

L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel suisse

Étude de problèmes choisis posés par la collaboration
intercantonale et intercommunale

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

Par

Eloi JEANNERAT

Jury :

Prof. Pascal MAHON
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Directeur de thèse

Prof. Valérie DEFAGO GAUDIN
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Rapporteuse interne

Prof. Thierry TANQUEREL
Faculté de droit de l'Université de Genève
Rapporteur externe

Soutenue le 14 février 2018

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**L'ORGANISATION RÉGIONALE CONVENTIONNELLE À L'AUNE DU DROIT
CONSTITUTIONNEL SUISSE**

**ÉTUDE DE QUESTIONS CHOISIES POSÉES PAR LA COLLABORATION
INTERCANTONALE ET INTERCOMMUNALE**

Eloi JEANNERAT

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

Mme Evelyne Clerc (président)
M. Pascal Mahon (directeur de thèse)
Mme Valérie Défago Gaudin (rapporteur interne)
M. Thierry Tanquerel (Professeur à l'Université de Genève) rap-
porteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 14 février 2018

Evelyne Clerc

Doyen de la Faculté de droit

Mots-clés

Droit public, droit constitutionnel, démocratie, souveraineté cantonale, autonomie communale, séparation des pouvoirs, droit intercantonal, droit cantonal, organisation intercantonale, organisation intercommunale, convention intercantonale, convention intercommunale, association de communes, établissement intercantonal, délégation de tâches, acquisition de prestations, délégation législative, renvoi législatif, droits politiques, référendum, initiative, élection, participation ou collaboration, organisation judiciaire, tribunal intercantonal, légalité, territorialité.

Keywords

Public law, constitutional law, democracy, cantonal sovereignty, communal autonomy, separation of powers, intercantonal law, cantonal law, intercantonal organization, intercommunal organization, intercantonal convention, intercommunal agreement, association of municipalities, intercantonal establishment, delegation of tasks, acquisition of services, legislative delegation, legislative reference, political rights, referendum, initiative, election, participation or collaboration, judicial system, intercantonal tribunal, legality, territoriality.

Résumé

La présente thèse consiste en une analyse du cadre juridique positif applicable à la collaboration régionale institutionnalisée entre cantons et entre communes.

Elle présente, dans un premier temps, le contexte dans lequel s'inscrit le phénomène dit de l'« organisation régionale conventionnelle » et rappelle, dans un deuxième temps, les principes constitutionnels que les cantons et les communes doivent respecter en matière d'organisation étatique. Elle développe et systématise ensuite les règles générales auxquelles sont soumis les cantons et les communes lorsqu'ils entendent exécuter une tâche publique ou exercer une compétence étatique de manière partenariale et qu'ils concluent, dans ce but, une convention intercantonale ou intercommunale de droit public. Cette troisième partie qui représente le cœur de la thèse aborde des problématiques diverses : les tâches et les compétences régionalisables, les règles de gouvernance régionale, les droits politiques régionaux, le droit applicable au sein des différentes formes d'organisations régionales et, enfin, la procédure conventionnelle intercantonale ou intercommunale.

La présente étude examine aussi, au passage, la constitutionnalité de certaines conventions ou réglementations adoptées – ou simplement proposées – dans le domaine de l'organisation régionale conventionnelle, avant d'aboutir à un bilan général et de formuler quelques constats et thèses variés (reconnaissance des limites du raisonnement juridique, élargissement des compétences des commissions interparlementaires intercantionales, phénomène de déterritorialisation du droit, etc.).

Abstract

The thesis consists of an analysis of the positive regulation governing institutionalized regional collaboration between cantons and between communes in Switzerland.

It firstly provides the context to which the so-called "regional conventional organization" phenomenon belongs and lays out the constitutional principles that the cantons and the communes must respect in terms of state organization. It then develops and systematizes the general legal norms which the cantons and communes are subject to when they intend to perform a public task or exercise state power in a partnership manner and, to do so, conclude an intercantonal or intercommunal convention under public law. This part, which represents the heart of the thesis, addresses various issues: tasks and competences being regionalised, rules of regional governance, regional political rights, governing law according to the different forms of regional organization and finally, the intercantonal or intercommunal conventional procedure.

At the same time, the study analyses the constitutionality of a few conventions or regulations adopted - or so far proposed - in the field of conventional regional organizations. It finally reaches a general assessment, puts forward some observations and debates various arguments (limits of legal reasoning, extension of the powers of intercantonal interparliamentary commissions, phenomenon of deterritorialization of the law etc.).

Table des matières

TABLE DES ABRÉVIATIONS	XXIII

BIBLIOGRAPHIE	XLI

DOCUMENTS OFFICIELS	XLI

A. Documents des autorités fédérales	XLI

B. Documents des autorités cantonales	XLVII

C. Documents de plusieurs cantons ou d'organisations intercantionales	LXIII

D. Documents d'autorités étrangères ou d'organes internationaux	LXVI

DOCTRINE	LXVIII

INTRODUCTION	1

A. Le sujet de la thèse	1

B. L'intérêt de la thèse	2

C. Les objectifs, la démarche et la méthode de la thèse	4

D. La structure de la thèse	6

PREMIÈRE PARTIE :

LE PHÉNOMÈNE ET LES ENJEUX DE L'ORGANISATION RÉGIONALE CONVENTIONNELLE	10

Chapitre 1 : La collaboration intercantonale et intercommunale en général	11

I. L'état et les perspectives de développement	11

II. Le contexte et les enjeux généraux	15

A. Les défis à relever par les cantons et les communes	15

1. Le morcellement des espaces politiques	16

2. L'inadéquation entre les frontières institutionnelles et la réalité fonctionnelle	19

3. La difficulté de remplir certaines tâches publiques	20

4. Les difficultés financières et budgétaires	21

B. L'intérêt et la nécessité de collaborer	23

1. Le point de vue politique	23

2. Le point de vue financier	26

3. Le point de vue juridique	28

4. Le point de vue des opposants à la collaboration	30

C.	Les réformes institutionnelles et territoriales et leurs limites	31
III.	<i>Le contexte juridique en particulier</i>	35
A.	L'autonomie d'organisation des cantons et des communes.....	35
1.	Les sources de l'autonomie organisationnelle des cantons	35
2.	L'objet et la fonction de l'autonomie organisationnelle des cantons	36
3.	Les limites à l'autonomie organisationnelle des cantons	39
4.	L'autonomie organisationnelle des communes.....	42
B.	Le renforcement du principe de collaboration régionale	45
1.	La révision totale de la Constitution fédérale de 1999	45
2.	La réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches (RPT)	48
3.	Les autres bases constitutionnelles et légales fédérales.....	50
4.	Le principe en droit cantonal	55
C.	Le contexte juridique d'un point de vue comparé	58
1.	La collaboration régionale en Suisse et à l'étranger.....	58
2.	La collaboration régionale et la coopération internationale	61
3.	La collaboration régionale dans les différents cantons.....	63
4.	La collaboration intercantonale et la collaboration intercommunale	65
	Chapitre 2 : Quelques notions, modèles et exemples choisis	69
I.	<i>Les notions de base de la thèse</i>	69
A.	Les notions d'« organisation conventionnelle » et de « convention organisatrice »	70
B.	La notion de « région »	75
1.	Les définitions légales et jurisprudentielles ponctuelles	75
2.	La notion connexe d'« espace fonctionnel »	77
3.	La définition retenue	80
C.	La notion d'« organisation régionale conventionnelle »	82
II.	<i>Quelques notions connexes</i>	85
A.	Les organisations régionales de droit privé	85
B.	Les organisations régionales transfrontalières.....	89
C.	Les organisations « supracantonales » ou « supracommunales »	91
III.	<i>Les modèles et exemples d'organisations régionales</i>	94
A.	Les modèles et exemples d'organisations intercommunales	95
1.	Les associations (ou syndicats) de communes.....	95
2.	Les nouvelles formes de corporations intercommunales.....	100
3.	Les conventions d'adhésion intercommunales	103
B.	Les modèles et exemples d'organisations intercantionales	106
1.	Les conférences et les services intercantonaux.....	107
2.	Les établissements autonomes de droit public intercantonal.....	110
3.	Les acquisitions et les échanges intercantonaux de prestations	116
C.	Les modèles et exemples d'organisations judiciaires régionales	119
1.	Les autorités judiciaires régionales communes	120
2.	Les « délégations » de compétences judiciaires	123

Chapitre 3 : Le défi(cit) démocratique de l'organisation intercantonale et intercommunale	127
<i>I. La problématique en général</i>	127
A. Le déficit démocratique reproché à l'organisation conventionnelle	128
B. Les adaptations du cadre juridique	131
1. Les révisions du droit cantonal	131
2. L'avènement des « conventions-cadres » intercantionales	132
C. Le dilemme d'une organisation étatique à la fois légitime et efficace	135
<i>II. Un problème « politico-juridique »</i>	137
A. Le politicien et le juriste face au déficit démocratique.....	137
B. Le contrôle juridique du déficit démocratique.....	140
1. Le contrôle juridique de la collaboration intercommunale.....	141
2. Le contrôle juridique de la collaboration intercantonale	144
C. L'interprétation « politico-juridique » du droit	147
<i>III. Les enjeux généraux</i>	150
A. Vers des limites à la collaboration régionale ?	151
B. Vers de nouveaux mécanismes démocratiques régionaux ?.....	153
C. Vers une nouvelle conception des principes démocratiques ?	155
 DEUXIÈME PARTIE :	
QUELQUES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS RÉGISSANT L'ORGANISATION DES CANTONS	157
 Chapitre 4 : Les cantons et les communes comme échelons étatiques fondamentaux	159
<i>I. La « souveraineté » cantonale et l'autonomie communale</i>	159
A. La « souveraineté » cantonale.....	159
1. Les sources et le sens de la notion.....	160
2. La souveraineté populaire cantonale	165
3. L'obligation de préserver les compétences cantonales	167
4. Le droit de dénoncer les conventions intercantionales	174
B. L'autonomie communale	175
1. Les sources et le sens de la notion.....	175
2. La « souveraineté » populaire communale	177
3. L'obligation de préserver les compétences communales.....	179
4. Le droit de dénoncer les conventions intercommunales.....	185
<i>II. La structure étatique suisse « à trois niveaux »</i>	186
A. L'égalité des collectivités de même niveau	187
1. Le principe d'égalité des cantons	187
2. Le principe d'égalité des communes	189
B. L'inconstitutionnalité d'un « quatrième niveau étatique »	191
1. L'interdiction d'un niveau supracantonal supplémentaire	191
2. L'interdiction d'un niveau supracommunal supplémentaire.....	193

<i>III. Les limites du droit cantonal et communal</i>	197
A. Le principe de la territorialité du droit	197
1. La notion, son fondement et sa fonction	197
2. Quelques critères de rattachement territorial pertinents	202
B. Le respect du droit intercantonal et intercommunal	205
1. La primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal	206
a. Le principe et sa source	206
b. La primauté sur le droit constitutionnel cantonal	208
c. La primauté du droit intercantonal secondaire	212
2. La primauté du droit intercommunal sur le droit communal	214
<i>IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir</i>	216
 Chapitre 5 : Les règles d'organisation des compétences et des tâches	219
<i>I. Quelques principes généraux</i>	219
A. La séparation des pouvoirs au niveau cantonal	220
1. La consécration constitutionnelle du principe	220
2. La portée juridique du principe	223
B. La « suprématie » du parlement cantonal	228
C. Les principes de répartition des pouvoirs au niveau communal	232
<i>II. La répartition des compétences en matière de relations extérieures</i>	234
A. Les compétences de représentation et de négociation au niveau cantonal	234
B. Les compétences d'approbation et de dénonciation au niveau cantonal	239
1. L'approbation des conventions intercantionales	239
2. La dénonciation des conventions intercantionales	243
C. La répartition des compétences au niveau communal	247
<i>III. La décentralisation des compétences et des tâches</i>	249
A. Les aspects généraux de la décentralisation de tâches cantonales	250
B. Les conditions spécifiques de la décentralisation	255
1. Le respect du principe de spécialité	256
2. L'exercice d'une surveillance	257
3. Le poursuite d'un intérêt public	259
C. La décentralisation au niveau communal	260
<i>IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir</i>	261
 Chapitre 6 : Les droits politiques garantis constitutionnellement	263
<i>I. Les droits populaires imposés par la Constitution fédérale</i>	263
A. L'initiative populaire constitutionnelle	263
B. Le référendum constitutionnel obligatoire	267
1. Lors de révisions formelles de la constitution cantonale	267
2. Lors de l'adoption de règles de « rang constitutionnel »	268
<i>II. Quelques autres droits populaires</i>	272
A. Les droits populaires cantonaux en matière intercantonale	273

1. Le référendum conventionnel facultatif	273
2. Le référendum conventionnel obligatoire.....	274
3. Le référendum obligatoire extraordinaire.....	278
4. Les initiatives populaires en matière intercantonale	280
B. Les droits populaires communaux et intercommunaux.....	280
1. Le référendum obligatoire minimal au niveau communal	280
2. Les droits politiques intercommunaux	283
III. L'aménagement des droits politiques	286
A. Les conditions d'exercice des droits populaires	286
B. L'égalité des droits politiques.....	292
1. L'égalité du poids électoral	292
2. L'égalité des chances électorales.....	295
IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir	298

Chapitre 7 : Le principe de la légalité 301

I. La réserve de la loi formelle.....	301
A. Les aspects généraux du principe	301
1. Les sources et la fonction du principe	302
2. L'objet du principe	303
B. La notion de « loi » au sens formel.....	307
1. La notion habituelle de « loi formelle »	308
2. Les actes équivalant à une « loi formelle »	311
II. La délégation législative	315
A. Les conditions de la délégation législative	315
1. Quelques aspects généraux.....	315
2. Quelle application des conditions de délégation ?	318
B. Le destinataire de la délégation législative	323
1. Quelques aspects généraux.....	323
2. La délégation législative à un organe intercantonal	325
III. Le « renvoi législatif » externe	329
A. Les aspects généraux.....	329
B. Le renvoi externe au droit fédéral en particulier	333
IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir	338

Chapitre 8 : Les règles en matière d'organisation et de procédure judiciaires 341

I. Le principe de l'indépendance des juges.....	341
A. Les sources et le champ d'application du principe.....	341
B. La notion de « tribunaux indépendants ».....	344
C. La nomination des juges par une autorité dite « exécutive ».....	346
II. Quelques règles générales d'organisation	349
A. L'élection des juges par le peuple ou le parlement	349
B. Le droit au « juge du domicile ».....	353

C. Les compétences des autorités judiciaires cantonales	357
III. Le respect du principe de légalité formelle.....	359
A. Les aspects généraux.....	359
B. Le contenu minimal des lois d'organisation judiciaire	361
C. Le contenu minimal des lois de procédure judiciaire	363
IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir	365

TROISIÈME PARTIE :

LES RÈGLES GÉNÉRALES DE L'ORGANISATION RÉGIONALE CONVENTIONNELLE 367

Chapitre 9 : Les tâches et compétences pouvant faire l'objet d'une régionalisation 369

I. Le cadre juridique général.....	369
A. Les limites générales déduites de la Constitution fédérale	369
B. Les autres limites déduites du droit fédéral	372
C. Le cadre juridique cantonal.....	376
1. Les règles cantonales limitant la régionalisation intercommunale.....	377
2. Les règles cantonales limitant la régionalisation intercantonale	379
II. Les tâches publiques « régionalisables ».....	383
A. Quelques considérations préliminaires	384
B. Les critères d'examen de constitutionnalité.....	387
1. L'importance des tâches et des compétences déléguées.....	388
2. Le système de gouvernance de l'organisation régionale.....	392
3. L'intérêt public de la régionalisation opérée	398
C. Quelques exemples.....	401
1. La régionalisation de l'aménagement du territoire et des constructions	402
2. La création d'organisations policières régionales.....	404
3. La régionalisation des services administratifs centraux	407
III. Les fonctions étatiques « régionalisables »	408
A. La régionalisation des fonctions législative et de haute surveillance	409
B. La régionalisation des fonctions exécutives et gouvernementales	413
C. La régionalisation des fonctions judiciaires et parajudiciaires	415
1. Les autorités judiciaires communes	416
2. La délégation de compétences judiciaires	420
3. La création de ministères publics intercantonaux.....	423
4. La « régionalisation improprement dite » des fonctions judiciaires.....	425
IV. Synthèse intermédiaire	430

Chapitre 10 : Les règles de gouvernance des organisations communes 431

I. Le cadre juridique général.....	431
A. Le cadre juridique fixé par la Confédération	431
1. Le respect des principes démocratiques généraux.....	432

2. Le respect du principe d'égalité.....	434
B. Le cadre juridique fixé par les cantons	437
1. Les règles d'organisation de droit cantonal.....	437
2. Les conventions-cadres intercantionales	439
a. La nature des conventions-cadres intercantionales	439
b. Le « rang » des conventions-cadres intercantionales	443
c. L'applicabilité directe des conventions-cadres intercantionales	446
II. Quelques questions choisies	448
A. Le fonctionnement des organes régionaux commun	448
1. Les règles de prise de décision	448
a. L'adoption de décisions à la majorité.....	449
b. L'adoption de décisions à l'unanimité	452
2. L'instruction des délégués	454
a. Le droit d'instruction en l'absence de réglementation régionale	454
b. Le droit d'instruction dans la réglementation régionale.....	459
c. Le droit d'instruction des parlementaires délégués	461
B. Le financement des organisations régionales communes.....	464
1. Les contributions financières des cantons et des communes.....	465
a. L'obligation de verser une contribution financière en général	465
b. Le pouvoir de fixer les contributions financières.....	470
(i) Au niveau intercommunal	470
(ii) Au niveau intercantonal.....	472
2. La perception de taxes et d'impôts	479
a. Le financement des coûts par les taxes causales	479
b. Le prélèvement d'impôts	483
III. Les instances interparlementaires et judiciaires.....	486
A. Les commissions interparlementaires de contrôle (CIP).....	486
1. L'obligation d'instituer des CIP	487
2. La composition et le mode de désignation des CIP.....	491
3. Les compétences des CIP	495
a. Les compétences imposées par les conventions-cadres	495
b. Les autres compétences déléguables	497
B. Les autorités judiciaires intercantionales	501
1. La désignation des juges intercantonaux.....	502
2. Les compétences des tribunaux cantonaux.....	507
IV. Synthèse intermédiaire.....	509

Chapitre 11 : Les droits politiques régionaux

513

I. Le cadre constitutionnel général	513
A. La constitutionnalité des droits politiques régionaux	514
1. Le référendum régional.....	514
2. L'initiative populaire régionale	515
3. L'élection populaire régionale des délégués	517

4. L'exigence d'une base constitutionnelle cantonale	518
B. L'obligation d'octroyer des droits politiques régionaux	521
1. Au niveau intercommunal	521
2. Au niveau intercantonal	525
II. L'exercice des droits politiques régionaux	526
A. La définition du corps électoral régional	527
B. La réglementation des droits populaires régionaux	530
1. L'objet des droits populaires	531
2. Le nombre de signatures nécessaire	534
3. Le délai de récolte des signatures	539
III. Les modalités des scrutins régionaux	542
A. Les votations régionales	542
1. Le jour et les modalités du scrutin	542
2. La détermination du résultat	545
B. L'élection régionale des délégués	548
1. Les circonscriptions électorales	548
2. Le système d'élection	551
IV. Synthèse intermédiaire	553
Chapitre 12 : Le droit applicable et les principes de légistique régionale	555
I. Quelques aspects généraux	555
A. L'adoption de normes intercantionales et intercommunales	555
1. Les normes conventionnelles	556
2. Les normes intercantionales et intercommunales secondaires	557
a. La délégation législative à des organes régionaux	557
(i) La délégation législative au niveau intercommunal	557
(ii) La délégation législative au niveau intercantonal	560
b. La valeur du droit intercantonal ou intercommunal secondaire	563
(i) Les normes intercommunales comme bases légales formelles ?	564
(ii) Les normes intercantionales comme bases légales formelles ?	566
B. L'application du droit fédéral, cantonal et communal	571
1. Le respect du droit fédéral, cantonal et communal	571
2. Le « renvoi » au droit fédéral, cantonal ou communal	576
a. Le « renvoi spécial » au droit fédéral, cantonal ou communal	576
b. Le « renvoi général » à un droit cantonal ou communal	580
II. Le droit applicable au fonctionnement de l'organisation régionale conventionnelle	583
A. Le droit applicable au statut du personnel	583
1. L'absence de réglementation régionale expresse	584
2. L'adoption d'une réglementation régionale	586
3. Le renvoi à un statut existant	589
B. Le droit applicable au prélèvement de taxes	593
1. L'absence de réglementation régionale	593
2. L'adoption d'une réglementation régionale expresse	595

3. Le renvoi à un droit existant	597
III. Le droit applicable en matière de contentieux	599
A. Le droit applicable en matière de juridiction administrative	600
1. L'absence de réglementation intercantonale expresse	600
2. L'adoption d'une réglementation intercantonale	604
a. Sur l'organisation d'un tribunal intercantonal	604
b. Sur la procédure applicable devant un tribunal intercantonal	606
3. Le renvoi à des procédures et des voies de droit existantes	608
B. Le droit applicable en matière de responsabilité civile	614
1. L'absence de réglementation intercantonale expresse	615
2. L'adoption d'une réglementation intercantonale	619
3. Le renvoi au droit cantonal ou fédéral	620
IV. Synthèse intermédiaire	624
 Chapitre 13 : Quelques questions choisies en matière de procédure conventionnelle	 627
I. La conclusion des conventions organisatrices régionales	627
A. La motion parlementaire et l'initiative populaire tendant à la conclusion d'une convention organisatrice régionale	628
1. La motion parlementaire	628
2. L'initiative populaire	632
B. La nécessité d'un consentement concordant	636
C. La procédure de consultation et d'approbation interne	641
1. La participation du législatif	641
a. La nécessité d'une approbation du législatif	642
b. La nécessité de consulter le législatif	647
c. La violation des droits de participation du législatif	649
2. La soumission à référendum de l'acte d'approbation	653
a. Quelques aspects généraux	654
b. La procédure de référendum obligatoire	656
(i) Le référendum obligatoire en matière intercommunale	656
(ii) Le référendum obligatoire en matière intercantonale	657
c. Les conséquences de la violation du droit de référendum	661
II. La modification des conventions organisatrices régionales	663
A. La motion parlementaire et l'initiative populaire tendant à la modification d'une convention organisatrice régionale	663
B. L'approbation interne de la modification	665
1. La nécessité d'une approbation du législatif	665
2. La soumission au référendum	668
C. La « régionalisation » du pouvoir de modifier la convention	670
1. Au niveau intercommunale	670
2. Au niveau intercantonal	675
III. La dénonciation des conventions organisatrices régionales	677
A. Le droit de dénoncer les conventions organisatrices régionales	678

1.	Le droit de dénoncer les conventions intercommunales.....	679
2.	Le droit de dénoncer les conventions intercantionales	681
B.	Les modalités d'exercice du droit de dénonciation.....	684
1.	Le délai de dénonciation	684
2.	Les autres conditions au droit de dénonciation.....	687
C.	La procédure de dénonciation.....	689
1.	L'approbation du législatif.....	690
2.	La soumission à référendum	691
3.	La motion parlementaire et l'initiative populaire tendant à la dénonciation d'une convention organisatrice régionale.....	693
IV.	Synthèse intermédiaire	698

QUATRIÈME PARTIE : BILAN GÉNÉRAL ET THÈSES **700**

Thèse A : Les possibilités et les limites de l'organisation régionale conventionnelle **703**

I.	<i>Des limites de l'approche juridique.....</i>	703
II.	<i>... à la négligence du cadre constitutionnel.....</i>	706

Thèse B : La mise en place de nouveaux mécanismes démocratiques **710**

I.	<i>De l'extension des droits politiques.....</i>	710
II.	<i>... à l'élargissement des compétences des commissions interparlementaires.....</i>	713

Thèse C : L'émergence d'une nouvelle conception des principes démocratiques **717**

I.	<i>De la « fédéralisation » des droits politiques.....</i>	717
II.	<i>... à la « déterritorialisation » des principes de souveraineté et de légalité.....</i>	721

CONCLUSION GÉNÉRALE **727**

Table des abréviations

ABSPF	Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance des fondations
aCConv	ancienne Convention relative à la négociation, à la ratification, à l'exécution et à la modification des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger, du 9 mars 2001, remplacée par la CoParl (Convention des Conventions; RO 2002 590)
Accord-cadre JU/BE	Accord-cadre portant sur la mise en place d'institutions communes entre le canton du Jura et le canton de Berne, des 3 et 4 avril 2001
aCEPC	ancienne Convention entre la République et canton de Genève et le canton de Vaud relative à l'exercice de la police de la circulation sur les sections genevoises de l'autoroute Genève-Lausanne (route nationale n° 1), du 22 mai 1964 (p. ex. ROLG 1964 159)
ACI	Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, du 22 novembre 2006 (p. ex. RSJU 659.1)
aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874 (RS de 1875, 1)
AG	canton d'Argovie
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AIJ	Assemblée interjurassienne
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 et du 15 mars 2001 (p. ex. RSJU 174.01)
AKCT	Accord de Karlsruhe sur la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales et organismes publics locaux (Accord de Karlsruhe), du 23 janvier 1996 (p. ex. RSG A 1 11)

aK-Psychiatrie UR/SZ/ZG	Konkordat der Kantone Uri, Schwyz und Zug betreffend die Psychiatrische Klinik Oberwil-Zug, du 29 avril 1982 (Psychiatriekonkordat, abrogé par le K-Psychiatrie UR/SZ/ZG, p. ex. GS SZ 17-389)
al.	alinéa
aLIM	ancienne LF sur l'aide en matière d'investissement dans les régions de montagne, du 28 juin 1974 (RO 1975 392)
aLOJ BE	ancienne LC bernoise sur l'organisation des juridictions civile et pénale, du 14 mars 1995 (ROB 95-64)
AP-LDter	avant-projet de LF sur le développement territorial, mise en consultation en 2008
AR	canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
ARE	Office fédéral du développement territorial (Bundesamt für Raumentwicklung)
art.	Article
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
aV-Wirtschaftsdelikte	Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Wirtschaftsdelikten, du 21 août 1995, remplacée par la V-Wirtschaftsdelikte (p. ex. OGS 1997, 2)
aV-Zivilstandsamt LU/SZ	Verwaltungsvereinbarung über die Führung des Zivilstandsamts für den Zivilstandskreis « Luzerner Seegemeinden », du 23 septembre 2003, dénoncée par le canton de Schwyz le 19 mai 2009 (non publiée, mais consultable sur www.zrk.ch > Sammlung Verträge, le 30 juin 2015)
aZPK	Konkordat über die polizeiliche Zusammenarbeit in der Zentralschweiz, du 25 août 1980 (p. ex. G LU 1980 77)
BE	canton de Berne
BGC/FR	Bulletin du Grand Conseil (fribourgeois)
BGC/VD	Bulletin du Grand Conseil (vaudois)
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung der solothurnischen Erlasse (recueil systématique des lois soleuroises)
bGS A. Rh.	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Appenzell A. Rh. (recueil systématique des lois du cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures)
BGS ZG	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug (recueil systématique du droit zougais)

BJM	Basler juristische Mitteilungen
BL	canton de Bâle-Campagne
BO + N ou E	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (du Conseil national ou du Conseil des États)
BS	canton de Bâle-Ville
BSGC	Bulletin des séances du Grand Conseil (valaisan)
c.	contre
BVerfGE	Entscheidungen des [deutschen] Bundesverfassungsgerichts
CACRI GE	Commission des affaires communales, régionales et internationales du Grand Conseil genevois
CAE	Commission (parlementaire) des affaires extérieures
C-AS-SO	Concordat sur la création et l'exploitation de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale, du 23 février 2011 (p. ex. RSV 831.95)
C-BEJUNE	Convention entre Berne, Jura et Neuchâtel sur les contributions aux frais d'enseignement, du 1 ^{er} juillet 2015 (p. ex. RSB 439.15-1)
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 201)
C-CHES-SO	Convention intercantonale relative au contrôle parlementaire sur la Haute Ecole Spécialisée de Suisse Occidentale (HES-SO), du 13 septembre 2002 (p. ex. RSV 419.97)
C-CS	Concordat sur la coordination scolaire, du 29 octobre 1970 (p. ex. RSV 400.91)
CdC	Conférence des gouvernements cantonaux
CDIP	Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique
CEAL	Charte européenne de l'autonomie locale, du 15 octobre 1985, ratifiée le 15 décembre 2004 (RS 0.102)
CEDA	Concordat sur l'exécution de la détention administrative à l'égard des étrangers, du 4 juillet 1996 (p. ex. RSG F 2 12)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, ratifiée le 28 novembre 1974 (RS 0.101)
CEDPM	Concordat sur l'exécution de la détention pénale des personnes mineures des cantons romands (et partiellement du Tessin), du 24 mars 2005 (p. ex. RSJU 349.2)

C-EJMP	Concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale, du 5 novembre 1992 (p. ex. RSV 351.91)
CGSO	Conférence des Gouvernements de Suisse occidentale
C-HE-ARC	Convention sur la Haute école ARC Berne-Jura-Neuchâtel, du 24 mai 2012 (p. ex. RSJU 414.75)
C-HEP-BEJUNE	Concordat intercantonal créant une Haute école pédagogique commune aux cantons de Berne, Jura et Neuchâtel (HEP-BEJUNE), du 5 juin 2000 (p. ex. RSJU 410.210)
C-HES-SO	Convention intercantonale sur la Haute école spécialisée de suisse occidentale (HES-SO), du 26 mai 2011 (p. ex. RSJU 414.71)
C-HIB VD/FR	Convention intercantonale sur l'Hôpital intercantonal de la Broye (HIB) Vaud-Fribourg, du 21 août 2013 (p. ex. RSF 822.0.7)
C-HIRC VD/VS	Convention intercantonale sur l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais, du 17 décembre 2008 (p. ex. RSV 810.94)
CHS BE	Commission de haute surveillance du canton de Berne
CIGB VD/FR	Convention intercantonale sur la création et l'exploitation du Gymnase intercantonal de la Broye, du 9 décembre 2002 (RSF 412.1.8)
CIIP	Conférence intercantonale de l'instruction publique de la Suisse romande et du Tessin
CIP	commission interparlementaire
CIP-N	Commission des institutions politiques du Conseil national
CLDJP	Conférence latine des chefs des départements de Justice et police
CLDPA	Concordat sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins, du 10 avril 2006 (Concordat latin sur la détention pénale des adultes; p. ex. RSJU 349.1)
C-LoRo	9 ^e Convention relative à la Loterie romande, du 18 novembre 2005 (p. ex. RSG I 3 15)
CO	LF complétant le Code civil suisse, du 30 mars 1911 (Code des obligations; RS 220)
CoDir PAJ	Comité de direction du projet « Police de l'arc jurassien »
Comm. (parl.)	Commission (parlementaire)

ConstC BE	Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993 (RS 131.212)
cons.	conseil
consid.	considérant
Convention-cadre GEC	Protocole n° 3 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif aux Groupements eurorégionaux de coopération (GEC), du 16 novembre 2009 (RS 0.131.13)
CoParl	Convention 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, du 5 mars 2010 (Convention sur la participation des parlements; p. ex. RSJU 111.190)
Cpa JU	LC jurassienne de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle, du 30 novembre 1978 (Code de procédure administrative; RSJU 175.1)
CPDT-JUNE	Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel, des 8 et 9 mai 2012 (p. ex. RSJU 170.41)
CPLR	Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe
C-Police du Lac NE	Convention intercantonale relative à l'organisation et à la gestion de la police du lac de Neuchâtel, du 15 août 2014 (p. ex. RSF 785.5)
C-Police Suisse romande	Concordat réglant la coopération en matière de police en Suisse romande, du 3 avril 2014 (p. ex. RSJU 559.111)
CPP	Code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale; RS 312.0)
CSEC-N	Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national
CSIAS	Conférence suisse des institutions d'action sociale
CSR	Convention scolaire romande, du 21 juin 2007 (p. ex. RSJU 410.103)
Cst. AR	Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, du 30 avril 1995 (RS 131.224.1)
Cst. AG	Constitution du Canton d'Argovie, du 25 juin 1980 (RS 131.227)

Cst. BL	Constitution du canton de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984 (RS 131.222.2)
Cst. BS	Constitution du canton de Bâle-Ville, du 23 mars 2005 (RS 131.222.1)
Cst. FR	Constitution du canton de Fribourg, du 16 mai 2004 (RS 131.219)
Cst. GL	Constitution du canton de Glaris, du 1 ^{er} mai 1988 (RS 131.217)
Cst. GR	Constitution du Canton des Grisons, du 18 mai 2003/14 septembre 2003 (RS 131.226)
Cst. JU	Constitution de la République et canton du Jura, du 20 mars 1977 (RS 131.235)
Cst. LU	Constitution du canton de Lucerne, du 17 juin 2007 (RS 131.213)
Cst. NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 (RS 131.233)
Cst. NW	Constitution du canton de Nidwald, du 10 octobre 1965 (RS 131.216.2).
Cst. OW	Constitution du canton d'Obwald, du 19 mai 1968 (RS 131.216.1)
Cst. SG	Constitution du canton de Saint-Gall, du 10 juin 2001 (RS 131.225)
Cst. SH	Constitution du canton de Schaffhouse, du 17 juin 2002 (RS 131.223)
Cst. SO	Constitution du canton de Soleure, du 8 juin 1986 (RS 131.221)
Cst. SZ	Constitution du canton de Schwyz, du 24 novembre 2010 (RS 131.215)
Cst. TG	Constitution du canton de Thurgovie, du 16 mars 1987 (RS 131.228)
Cst. UR	Constitution du canton d'Uri, du 28 octobre 1984 (RS 131.214)
Cst. VS	Constitution du Canton du Valais, du 8 mars 1907 (RS 131.232)
Cst. ZH	Constitution du canton de Zurich, du 27 février 2005 (RS 131.211)

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst-GE	Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (131.234)
Cst-VD	Constitution du canton de Vaud, du 14 avril 2003 (RS 131.231)
C-Surveillance LPP BE/FR	Convention relative à la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle ayant leur siège dans le canton de Fribourg, du 1 ^{er} décembre 2011 (p. ex. RSF 841.4.12)
CT	Conférence tripartite (ancienne CTA)
CTA	Conférence tripartite sur les agglomérations (rebaptisée Conférence tripartite [CT] en 2017)
CV	Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, approuvée le 15 décembre 1989 (RS 0.111)
DAJ GE	Direction des affaires juridiques du canton de Genève
DC	Droit de la construction
DDIP	Direction (fédérale) du droit international public
DIRE VD	Département des institutions et des relations extérieures de l'État de Vaud
D.R.	Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme
DSchG AI	Datenschutzgesetz, du 30 avril 2000 (LC appenzelloise sur la protection des données; GS AI 172.800)
DTAP	Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement
éd.	édition
EDH	Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH = Cour Européenne des Droits de l'Homme; Commission EDH = Commission européenne des Droits de l'Homme)
édit.	éditeurs
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
etc.	<i>et caetera</i>
FAO VD	Feuille d'avis officiels du canton de Vaud
FF	Feuille fédérale
FHNW	Fachhochschule Nordwestschweiz

FIR	Forum Interparlementaire Romand
FO	Feuille officielle de la République et Canton de Neuchâtel
Fondation ch	Fondation ch pour la collaboration confédérale
FR	canton de Fribourg
GC	Grand Conseil
GDB	Obwaldner Gesetzesdatenbank (recueil systématique des lois du canton d'Obwald)
GE	canton de Genève
GEC	Groupements eurorégionaux de coopération
GLCT	Groupements locaux de coopération transfrontalière
GemG NW	Gesetz über Organisation und Verwaltung der Gemeinden, du 28 avril 1974 (Gemeindegesetz, LC nidwaldienne sur les communes; NG 171.1)
GemG TG	Gesetz über die Gemeinden, du 5 mai 1999 (LC thurgovienne sur les communes; RB 131.1)
GG AR	Gemeindegesetz, du 7 juin 1998 (LC appenzelloise [AR] sur les communes; bGS A.Rh 151.11)
GG GL	Gemeindegesetz, du 3 mai 1992 (LC glaronnaise sur les communes; GS GL II E/2)
GG LU	Gemeindegesetz, du 4 mai 2004 (LC lucernoise sur les communes; SRL 150)
GG SG	Gemeindegesetz, du 21 avril 2009 (LC saint-galloise sur les communes; sGS 151.2)
GG SH	Gemeindegesetz, du 17 août 1998 (LC schaffhouseise sur les communes; SHR 120.100)
GG SO	Gemeindegesetz, du 16 février 1992 (LC soleuroise sur les communes; BGS 131.1)
GG ZG	Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden, du 4 septembre 1980 (LC zougoise sur l'organisation et l'administration des communes; BGS ZG 171.1)
GG ZH	Gemeindegesetz, du 20 avril 2015 (LC zurichoise sur les communes; LS 131.1)
GL	canton de Glaris
G LU	laufende Gesetzessammlung des Kantons Luzern (recueil chronologique des lois du canton de Lucerne)
GOG ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, du 10 mai 2010 (LC zurichoise sur

	l'organisation judiciaire en matière civile et pénale; LS 211.1)
GR	canton des Grisons
GS AI	Gesetzsammlung Appenzell I. Rh. (recueil systématique des lois du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures)
GS GL	Sammlung des glarnerischen Rechts (recueil systématique du droit glaronais)
GS SZ	Chronologische Gesetzsammlung des Kantons Schwyz (recueil chronologique des lois du canton de Schwyz)
ha	hectare
HE-ARC	Haute école Arc (Neuchâtel – Berne – Jura)
HEP-BEJUNE	Haute École Pédagogique – BEJUNE (Berne – Jura – Neuchâtel)
HES-SO	Haute école spécialisée de Suisse occidentale
IDHEAP	Institut de hautes études en administration publique
IKAPOL	Convention sur les engagements de police intercantonaux (IKAPOL), du 14 mars 2006 (Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze; p. ex. RSB 559.13)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux
JU	canton du Jura
km	kilomètre
K-Polizeischule Hitzkirch	Konkordat über Errichtung und Betrieb einer interkantonalen Polizeischule Hitzkirch, du 25 juin 2003 (p. ex. GDB 510.3)
K-Psychiatrie UR/SZ/ZG	Konkordat der Kantone Uri, Schwyz und Zug betreffend die psychiatrische Versorgung, du 17 mars 2016 (Psychiatriekonkordat; p. ex. SRSZ 574.210.1)
KR-Protokoll SZ	Verhandlungsprotokoll des Kantonsrats des Kantons Schwyz
K-ZBSA	Konkordat über die Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht, du 19 avril 2004 (p. ex. SRL 200a)
LACC FR	LC fribourgeoise d'application du code civil suisse, du 10 février 2012 (RSF 210.1)

LAC GE	LC genevoise sur l'administration des communes, du 13 avril 1984 (RSG B 6 05)
LACI	LF sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage; RS 837.0)
LAgg FR	LC fribourgeoise sur les agglomérations, du 19 septembre 1995 (RSF 140.2)
LAMal	LF sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (RS 832.10)
LAT	LF sur l'aménagement du territoire, du 22 juin 1979 (RS 700)
LATC VD	LC vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 4 décembre 1985 (RSV 700.11)
LATeC FR	LC fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 2 décembre 2008 (RSF 710.1)
LC	loi (cantonale)
LCAT JU	LC jurassienne sur les constructions et l'aménagement du territoire, du 25 juin 1987 (RSJU 701.1)
LC BE	LC bernoise sur les constructions, du 9 juin 1985 (RSB 721.0)
LcDP VS	LC valaisanne sur les droits politiques, du 13 mai 2004 (RS VS 160.1)
LCEaux FR	LC fribourgeoise sur les eaux, du 18 décembre 2009 (RSF 812.1)
LCo BE	LC bernoise sur les communes, du 16 mars 1998 (RSB 170.11)
LCo FR	LC fribourgeoise sur les communes, du 25 septembre 1980 (RSF 140.1)
LCom JU	LC jurassienne sur les communes, du 9 novembre 1978 (RSJU 190.11)
LConv FR	LC fribourgeoise concernant les conventions intercantionales, du 11 septembre 2009 (RSF 121.3)
LCo VS	LC valaisanne sur les communes, du 5 février 2005 (RSVs 175.1)
LCR	LF sur la circulation routière, du 19 décembre 1958 (RS 741.01)
LC VD	LC vaudoise sur les communes, du 28 février 1956 (RSV 175.11)

LDIP	LF sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 291(RS 291)
LDP JU	LC jurassienne sur les droits politiques, du 26 octobre 1978 (RSJU 161.1)
LDP NE	LC neuchâteloise sur les droits politiques, du 17 octobre 1984 (RSN 141)
LEDP FR	LC fribourgeoise sur l'exercice des droits politiques, du 6 avril 2001 (RSF 115.1)
LEDP VD	LC vaudoise sur l'exercice des droits politiques, du 16 mai 1989 (RSV 160.1)
LeGes	Législation & Évaluation (Bulletin de la Société suisse de lég- islation [SSL] et de la Société suisse d'évaluation [SE- VAL])
LF	loi (fédérale)
LFin VD	LC vaudoise sur les finances, du 20 septembre 2005 (RSV 610.11)
LFSP	LF sur la pêche, du 21 juin 1991 (RS 923.0)
LGC BE	LC bernoise sur le Grand Conseil, du 4 juin 2013 (RSB 151.21)
LGC VD	LC vaudoise sur le Grand Conseil, du 8 mai 2007 (RSV 171.01)
LI-CC NE	LC neuchâteloise concernant l'introduction du code civil suisse, du 22 mars 1910 (RSN 211.1)
LiCCS BE	LC bernoise sur l'introduction du Code civil suisse, du 28 mai 1911 (RSB 211.1)
LJC VD	LC vaudoise sur la juridiction constitutionnelle, du 5 octobre 2004 (RSV 173.32)
LJ FR	LC fribourgeoise sur la justice, du 31 mai 2010 (RSF 130.1)
LMSA NE	LC neuchâteloise sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires, du 27 janvier 2010 (RSN 162.7)
LOCEA FR	LC fribourgeoise sur l'organisation du Conseil d'État et de l'administration, du 16 octobre 2001 (RSF 122.0.1)
LOCE VD	LC vaudoise sur l'organisation du Conseil d'État, du 11 fé- vrier 1970 (RSV 172.115)
LOCRP VS	LC valaisanne sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs, du 28 mars 1996 (RSVs 171.1)

LOCT GE	LC genevoise relative aux organismes de coopération trans-frontalière, du 24 novembre 2008 (RSG A 1 12)
LOGA	LF sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010)
LOJ JU	LC jurassienne sur l'organisation judiciaire, du 23 février 2000 (RSJU 181.1)
LOJV VD	LC vaudoise d'organisation judiciaire, du 12 décembre 1979 (RSV 173.01)
LOP JU	LC jurassienne d'organisation du Parlement, du 9 décembre 1998 (RSJU 171.21)
LOST	LF sur les organes de sécurité des entreprises de transports publics, du 18 juin 2010 (RS 745.2)
LParl	LF sur l'Assemblée fédérale, du 13 décembre 2002 (Loi sur le Parlement; RS 171.10)
LPD	LF sur la protection des données, du 19 juin 1992 (RS 235.1)
LPers	LF sur le personnel de la Confédération, du 24 mars 2000 (RS 172.220.1)
LPP	LF sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (RS 831.40)
LPR	LF sur la politique régionale, du 6 octobre 2006 (RS 901.1)
LRCF	LF sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (Loi sur la responsabilité; RS 170.32)
LResp FR	LC fribourgeoise sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents, du 16 septembre 1986 (RSF 16.1)
LResp NE	LC neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (loi sur la responsabilité), du 26 juin 1989 (RSN 150.10)
LRGC GE	LC genevoise portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (RSG B 1 01)
LS	Zürcher Loseblattsammlung (recueil systématique des lois du canton de Zurich)
LSDIS VD	LC vaudoise sur le service de défense contre l'incendie et de secours, du 2 mars 2010 (RSV 963.15)
LTAF	LF sur le Tribunal administratif fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.32)

LTF	LF sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LU	canton de Lucerne
LUni FR	LC fribourgeoise sur l'Université, du 19 novembre 1997 (RSF 431.0.1)
LVLPCi VD	LC vaudoise d'exécution de la législation fédérale sur la protection civile, du 11 septembre 1995 (RSV 520.11)
N	(numéro de) paragraphe
n.	(numéro de) note de bas de page
NE	canton de Neuchâtel
NG	Nidwaldner Gesetzessammlung (recueil systématique des lois obwaldiennes)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPM	New Public Management
OACOT BE	Office des affaires communales et de l'organisation du territoire du canton de Berne
OCo BE	Ordonnance bernoise sur les communes, 16 décembre 1998 (RSB 170.111)
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
OGC NE	LC neuchâteloise d'organisation du Grand Conseil, du 30 octobre 2012 (RSN 151.10)
OGS	Obwaldner Gesetzessammlung (recueil chronologique des lois du canton d'Obwald)
OROCR BE	Ordonnance bernoise sur le règlement d'organisation des conférences régionales, du 24 octobre 2007 (RSB 170.212)
OW	canton d'Obwald
p.	page(s)
PA	LF sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
PAJ	Police de l'arc jurassien
P-Concordat PMI	Projet de concordat intercantonal visant à renforcer les mesures policières de sécurité, du 28 mars 1968 (FF 1968 II 827)
P-Concordat RHUSO	Projet de concordat instituant le Réseau hospitalo-universitaire de Suisse occidentale, du 9 janvier 1997 (projet de loi; 7585 ; p. ex. Mémorial du Grand Conseil genevois [en ligne], Séance du vendredi 21 mars 1997 à 17h – 53 ^e législature –

	4 ^e année – 4 ^e session – 14 ^e séance, disponible sur: http://ge.ch/grandconseil/memorial [consulté le 31 décembre 2015])
PFCC	LF sur la péréquation financière et la compensation des charges, du 3 octobre 2003 (RS 613.2)
PJA	Pratique juridique actuelle
PPmin	LF sur la procédure pénale applicable aux mineurs, du 20 mars 2009 (Procédure pénale applicable aux mineurs; RS 312.1)
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden
RB	Rechtsbuch Kanton Thurgau (recueil systématique des lois du canton de Thurgovie)
RCIR	Règlement de la Commission intercantonale de recours HES-SO (consultable sur www.hes-so.ch , le 29 février 2016)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public
RDDPDM	Règlement sur le droit disciplinaire applicable aux personnes détenues pénalement ou placées dans des établissements fermés pour mineurs, du 31 octobre 2013 (RSG E 4 58.03)
RDS	Revue de droit suisse
RELCo FR	Règlement fribourgeois d'exécution de la loi sur les communes, du 28 décembre 1981 (RSF 140.11)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RGC BE	Règlement du Grand Conseil (bernois), du 4 juin 2013 (RSB 151.211)
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
Rheinhafen-Vertrag	Staatsvertrag über die Zusammenlegung der Rheinschiffahrtstriedktion Basel und der Rheinhäfen des Kantons Basel-Landschaft zu einer Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit unter dem Namen « Schweizerische Rheinhäfen » (« Ports Rhénans Suisses », « Swiss Rhine Ports »), des 20 et 13 juin 2006 (p. ex. SG BS 955.400)
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel des lois fédérales

ROB	Recueil officiel des lois bernoises
ROF	Recueil officiel fribourgeois
ROLG	Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République et canton de Genève
RP JU	Règlement du Parlement de la République et Canton du Jura, du 16 décembre 1998 (RSJU 171.211)
RPT	Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJU	Recueil systématique du droit jurassien
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RSVs	Recueil systématique des lois valaisannes
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	suivant(e)
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts (recueil systématique du droit argovien)
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SG BS	Systematische Gesetzssammlung des Kantons Basel-Stadt (recueil systématique des lois du canton de Bâle-Ville)
SG	canton de Saint-Gall
SGS BL	Systematische Gesetzssammlung des Kantons Basel-Land (recueil systématique des lois du canton de Bâle-Campagne)
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen (recueil systématique des lois du canton de Saint-Gall)
SH	canton de Schaffhouse
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch (recueil des lois schaffhousoises)
SJ	La Semaine judiciaire
SO	canton de Soleure

SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern (recueil systématique des lois du canton de Lucerne)
SRSZ	Systematische Gesetzssammlung des Kantons Schwyz (recueil systématique des lois du canton de Schwyz)
ss	suivant(e)s
Staatsvertrag FHNW	Staatsvertrag zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW), du 27 octobre 2004, du 9 novembre 2004, du 18 et du 19 janvier 2005 (p. ex. SAR 426.070)
TG	canton de Thurgovie
UCV	Union des communes vaudoises
Ü-Fischerei ZH/SZ/GL/SG	Übereinkunft zwischen den Kantonen Zürich, Schwyz, Glarus und St.Gallen über die Fischerei im Zürichsee, Linthkanal und Walensee, du 10 septembre 1993 (p. ex. LS 923.72 10)
UR	canton d'Uri
V-Autobahnpolizei BE/SO	Vereinbarung zwischen den Kantonen Bern und Solothurn über die Autobahnpolizei auf der N1 zwischen Koppigen (Kantonsgrenze) und Oensingen, du 5 avril 1966 (p. ex. BGS 511.551)
V-Bostadel	Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Zug zur Errichtung und zum Betrieb einer gemeinsamen Strafanstalt im Bostadel (Kanton Zug), des 27 février et 19 mars 1973 (p. ex. SG BS 258.500)
V-BVG-Aufsicht Ostschweiz	Interkantonale Vereinbarung über die Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht, du 26 septembre 2005 (p. ex. sGS 355.01)
V-BVG-Aufsicht ZH/SH	Vereinbarung zwischen dem Kanton Schaffhausen und der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich betreffend die Aufsicht über Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, du 5 décembre 2011 (p. ex. SHR 831.410)
V-BVG-Aufsicht BS/BL	Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel, du 14 juin 2011 (BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag; p. ex. SG BS 833.100)
VD	canton de Vaud
V-Datenschutz SZ/OW/NW	Vereinbarung des Kantons Schwyz mit den Kantonen Obwalden und Nidwalden über die Zusammenarbeit bei der

	Aufsicht im Datenschutz, du 30 juillet 2008 (p. ex. GDB 137.2)
V-FHZ	Zentralschweizer Fachhochschul-Vereinbarung, du 15 septembre 2011 (SRL 520)
VfSlg	Erkenntnisse und Beschlüsse der [österreichischen) Verfassungsgerichtshofes
V-Hallwilersee LU/AG	Vereinbarung zwischen den Kantonen Luzern und Aargau über den Vollzug der Schifffahrtsvorschriften auf dem luzernischen Teil des Hallwilersees, des 10 et 18 novembre 2009 (p. ex. SRL 794)
V-Lufthygieneamt BS/BL	Vereinbarung über das Lufthygieneamt beider Basel, du 21 mai 1985 (p. ex. SG BS 144.6)
V-Polizeiaufgabe OW/LU	Verwaltungsvereinbarung über die Übernahme der Polizeiaufgaben im Gebiet der Luftseilbahn Sörenberg–Brienzer Rothorn AG, du 22 février 1994 (p. ex. GDB 510.114)
V-Prüfstation BS/BL	Vereinbarung betreffend die Motorfahrzeugprüfstation beider Basel, du 17 décembre 1974 (p. ex. SGS BL 481.5)
V-Regionalplanung BS/BL	Vereinbarung über die Organisation und die Führung der Regionalplanung beider Basel, du 21 septembre 1993 (p. ex. SGS BL 149.5)
V-Rheinschifffahrt	Vereinbarung zwischen den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Aargau in Rheinschifffahrts- und Hafenangelegenheiten, des 24 juin, 6 octobre et 21 novembre 1997 (p. ex. SAR 997.010)
VS	canton du Valais
V-Swiss TPH BL/BS	Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft des Schweizerischen Tropen- und Public Health-Instituts, du 5 avril 2016 (p. ex. SGS BL 665.1)
V-Unibas	Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel, du 27 juin 2006 (p. ex. SG BS 442.400)
VVGE-OW	Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheide des Kantons Obwalden
V-Wirtschaftsdelikte	Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Wirtschaftsdelikten, du 12 octobre 2010 (p. ex. GBD 320.311)

V-Zivilstandsdienst AG/ZH	Vereinbarung zwischen den Regierungsräten der Kantone Aargau und Zürich betreffend Zivilstandsdienst der Gemeinde Bergdietikon, des 23 mars 2004 et 26 mai 2004 (p. ex. LS 231.13)
V-Zusammenarbeit BS/BL	Vereinbarung zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die Zusammenarbeit der Behörden, du 21 juin 2011 (p. ex. SG BS 118.300)
ZBDK	Zentralschweizer Baudirektorenkonferenz
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZG	canton de Zoug
ZH	canton de Zurich
ZPK	Konkordat über die Grundlagen der Polizei-Zusammenarbeit in der Zentralschweiz, du 6 novembre 2009 (Polizeikonkordat Zentralschweiz ou Zentralschweizer Polizeikonkordat; p. ex. SRL 352)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRK	Zentralschweizer Regierungskonferenz

Bibliographie

DOCUMENTS OFFICIELS

A. Documents des autorités fédérales

- ARE Office fédéral du développement territorial, Rapport explicatif accompagnant l'avant-projet de Loi fédérale sur le développement territorial (AP-LD Ter), Berne 2008.
- Directives pour l'examen et le cofinancement des projets d'agglomération de 3^{ème} génération, du 16 février 2015.
- CIP-E Commission des institutions politiques du Conseil des États, Rapport relatif à la garantie de la Constitution du canton des Grisons, du 24 mai 2004, FF 2004, p. 3429-3432.
- Avant-projet et rapport explicatif – Initiative parlementaire Dénonciation et modification des traités internationaux. Répartition des compétences, du 16 novembre 2017, 16.456.
- CIP-N Commission des institutions politiques du Conseil national, Rapport relatif à l'initiative parlementaire « Loi sur le Parlement (LParl) », du 1^{er} mars 2001, FF 2001, p. 3298-3454.
- COMM. D'EXPERTS CST. Commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Rapport, Berne 1977.
- COMM. D'EXPERTS OJF Commission d'experts pour la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, Rapport final au Département fédéral de justice et police, juin 1997.
- CONSEIL FÉDÉRAL Conseil fédéral, Message à l'appui d'un projet de code pénal suisse, du 23 juillet 1918, FF 1918 IV, p. 1-120.
- Message à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative (Procédure administrative fédérale), du 24 septembre 1965, FF 1965 II, p. 1383-1411.
- Message sur un projet de loi complétant la loi sur la circulation routière, du 16 septembre 1966, FF 1966 II, p. 335-341.

Message concernant l'aide à la police mobile intercantonale, du 27 novembre 1968, FF 1968 II, p. 809-823.

Message concernant un projet de loi sur la navigation intérieure, du 1^{er} mai 1974, FF 1974 I, p. 1491-1506.

Message concernant la garantie des constitutions révisées des cantons d'Unterwald-le-Bas, Glaris, Fribourg, Soleure, Schaffhouse, Grisons, Argovie et Genève, du 2 octobre 1980, FF 1980 III, p. 1137-1158.

Circulaire aux gouvernements cantonaux relative à la garantie des constitutions cantonales, du 24 juin 1981, FF 1981 II, p. 839.

Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé, du 10 novembre 1982, FF 1983 I, p. 255-456.

Message relatif au second train de mesures pour une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, du 25 mai 1988, FF 1988 II, p. 1293-1367.

Message relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, du 18 mai 1992, FF 1992 IV, p. 1-530.

Message concernant la garantie des constitutions révisées des cantons de Glaris, de Soleure, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, de Saint-Gall et du Valais, du 2 novembre 1994, FF 1995, p. 957-985.

Message sur la nouvelle orientation de la politique régionale, du 28 février 1996, FF 1996 I, p. 1080-1214.

Message concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 4 décembre 1995, FF 1996 II, p. 1-187.

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I, p. 1-653.

Message concernant la loi fédérale sur les fors en matière civile (Loi sur les fors, LFors), du 18 novembre 1998, FF 1999, p. 2591-2639.

Politique des agglomérations de la Confédération, Berne 2001.

Message concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage, du 28 février 2001, FF 2001, p. 2123-2218.

Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, du 28 février 2001, FF 2001, p. 4000-4280.

Message concernant la garantie de la constitution révisée des cantons de Lucerne, de Nidwald, de Zoug, de Soleure, de Bâle-Campagne, d'Argovie, du Valais et de Genève, du 15 juin 2001, FF 2001, p. 4659-4677.

Rapport sur les traités normatifs conclus entre la Confédération et les cantons (en exécution du postulat de la Commission des institutions politiques du Conseil des États [99.436] « 01.3426 Traités normatifs conclus entre la Confédération et les cantons » du 27 août 2001), du 27 mai 2002 (consultable sur www.ofj.admin.ch > Thèmes > État & Citoyen > Fédéralisme, le 31 août 2016).

Message concernant la révision totale de la législation sur la protection civile, du 17 octobre 2001, FF 2002, p. 1607-1649.

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, FF 2002, p. 2157-2414.

Rapport sur les traités internationaux conclus en l'an 2002, du 21 mai 2003, FF 2003, p. 3611-3830.

Message du Conseil fédéral relatif à la Charte européenne de l'autonomie locale, du 19 décembre 2003, FF 2004, p. 71-92.

Message concernant la garantie de la Constitution du canton des Grisons, du 5 mars 2004, FF 2004, p. 993-1004.

Message relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), du 1^{er} octobre 2004, FF 2004, p. 5593-5924.

Message concernant la nouvelle politique régionale (NPR), du 16 novembre 2005, FF 2006, p. 223-298.

Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, du 21 décembre 2005, FF 2006, p. 1057-1372.

Rapport sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération (Rapport sur le gouvernement d'entreprise), du 13 septembre 2006, FF 2006, p. 7799-7870.

Message concernant la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Réforme structurelle), du 15 juin 2007, FF 2007, p. 5381-5438.

Rapport sur les effets de divers instruments de politique européenne sur le fédéralisme de la Suisse (en réponse au postulat

Pfisterer [01.3160] « Rapport sur le fédéralisme. Options en matière de politique européenne », du 15 juin 2007, FF 2007, p. 5605-5676.

Message concernant la garantie des Constitutions révisées des cantons de Berne, de Glaris, du Valais et de Neuchâtel, du 30 janvier 2008, FF 2008, p. 1265-1275.

Message relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire, du 20 janvier 2010, FF 2010, p. 959-992.

Message concernant la garantie des Constitutions révisées des cantons de Glaris, de Zoug, de Fribourg, de Saint-Gall, des Grisons et de Genève, du 5 mars 2010, FF 2010, p. 1955-1968.

Rapport sur la relation entre droit international et droit interne (en réponse au postulat [07.3764] de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 16 octobre 2007 et au postulat [08.3765] de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008), du 5 mars 2010, FF 2010, p. 2067-2143.

Message concernant la garantie des Constitutions révisées des cantons d'Argovie, de Thurgovie, de Vaud, de Genève et du Jura, du 30 juin 2010, FF 2010, p. 4463-4478.

Message relatif à l'initiative populaire « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère (accords internationaux : la parole au peuple !) », du 1^{er} octobre 2010, FF 2010, p. 6353-6380.

Message concernant l'approbation du Protocole n° 3 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif aux Groupements euro-régionaux de coopération (GEC), du 17 novembre 2010, FF 2010, p. 7497-7508.

Rapport additionnel au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, du 30 mars 2011, FF 2011, p. 3401-3447.

Message concernant la garantie des constitutions révisées des cantons de Zurich, d'Uri, d'Obwald, de Glaris, de Soleure, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, d'Argovie, de Neuchâtel et de Genève, du 20 avril 2011, FF 2011, p. 4149-417.

Rapport donnant suite au postulat Malama (10.3045) du 3 mars 2010 – Sécurité intérieure. Clarification des compétences, du 2 mars 2012, FF 2012, p. 4161-4298.

- Message concernant la garantie de la constitution du canton de Schwyz, du 15 août 2012, FF 2012, p. 7331-7335.
- Message concernant la garantie des constitutions révisées des cantons d'Uri, de Soleure, de Bâle-Campagne, des Grisons, d'Argovie, de Neuchâtel et de Genève, du 29 mai 2013, FF 2013, p. 3447-3459.
- Rapport sur la mise en œuvre de l'art. 50 de la Constitution Rapport (en réponse aux postulats identiques Fluri [13.3820] et Ger-mann [13.3835]), du 13 mai 2015, FF 2015, p. 3489-3522.
- Politique des agglomérations 2016+ de la Confédération, Pour un développement cohérent du territoire suisse, Rapport du 18 février 2015, Berne.
- CONSEIL FÉDÉRAL ET AL. Conseil fédéral suisse, Conférence des gouvernements cantonaux, Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement, Union des villes suisses, Association des Communes Suisses, Glossaire du Projet de territoire Suisse, du 21 janvier 2011, Berne (<https://biblio.parlament.ch/e-docs/355217.pdf>, consulté le 28 février 2015).
- Projet de territoire Suisse. Version remaniée, Berne 2012.
- CSEC-N Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national, Initiative parlementaire, Article constitutionnel sur l'éducation, Rapport, du 23 juin 2005, FF 2005, p. 5129-5220.
- DDIP Direction (fédérale) du droit international public, Guide de la pratique de la Confédération en matière de traités internationaux, Berne 2010.
- GROUPE DE PROJET RPT 2 Groupe de Projet RPT 2 (Projektgruppe NFA 2), Interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich, Schlussbericht der paritätisch aus Bundes- und Kantonsvertretern zusammengesetzten Projektgruppe 2, du 17 novembre 1997, Berne.
- GROUPE DE TRAVAIL CST. Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Rapport final, Berne 1973.
- OFJ Office fédéral de la justice, Bedeutung und Auslegung von Artikel 59 BV im innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Bereich. Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes, du 13 juillet 1973, in: JAAC 1973 n° 32.
- Prise de position, du 18 novembre 1980, in: JAAC 1981 n° 26.
- Kontrolle und Aufsicht des Bundesrates über die « halbstaatlichen » Unternehmungen – Contrôle et surveillance du Conseil

- fédéral à l'égard des entreprises « paraétatiques », du 10 novembre 1989, in: JAAC 1990 n° 26.
- Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse, Berne, juin 2001.
- Interkantonale Zivilstandskreise, Note interne, du 27 août 2002.
- Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Staatsverträgen – Questions de droit constitutionnel en relation avec les traités internationaux, in: JAAC 2004 n° 83.
- Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 3^e éd., Berne 2007.
- Rapport relatif au postulat 11.4072 Amherd du 15 décembre 2011 ; Contrôle de l'exécution des peines et des mesures en Suisse, du 18 mars 2014, Berne.
- OFJ/DDIP Office fédéral de la justice, Direction du droit international public, Abschluss von Staatsverträgen, Abgrenzungen zwischen dem ordentliche und dem vereinfachten Verfahren, in: JAAC 1987 n° 58.
- La compétence des unités administratives pour conclure et dénoncer des instruments internationaux. Droit et pratiques suisses – Zuständigkeit der Verwaltungseinheiten für den Abschluss und die Auflösung internationaler Vereinbarungen. Recht und Praxis in der Schweiz, in: JAAC 2006 n° 69.
- Voraussetzungen für die Gültigkeit von Volksinitiative und die materiellen Schranken der Verfassungsrevision, in: JAAC 2012 n° 4.
- OFS Office fédéral de la statistique, Les niveaux géographiques en Suisse, réalisé par Schuler Martin, Dessemontet Pierre, Joye Dominique, Neuchâtel 2005.
- La mobilité en Suisse, Résultats du microrecensement mobilité et transports 2010, Neuchâtel 2012.
- L'espace à caractère urbain en Suisse en 2012, Une nouvelle définition des agglomérations et d'autres catégories d'espace urbain, Neuchâtel 2014.
- ORG. DE PROJET RPT Organisation de projet RPT, La nouvelle péréquation financière entre la Confédération et les cantons, Rapport final au Conseil fédéral, Berne et Soleure, 31 mars 1999.
- Organisation de projet RPT, Annexes au rapport final du projet de nouvelle péréquation financière, 31 mars 1999.

- SECO Secrétariat d'État à l'économie, Merk- und Informationsblätter des SECO, Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, mises en forme par Fritsch Herbert, in: JAR 2009, p. 103-139.
- TRIBUNAL FÉDÉRAL Tribunal fédéral, Prise de position au sujet du projet de message relatif à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale et des projets de lois sur le Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal administratif fédéral, du 23 février 2001, FF 2001, p. 5622-5629.

B. Documents des autorités cantonales

AG :

- DEPARTEMENT DES INNERN Departement des Innern, Leitfaden Gemeindezusammenarbeit, Aarau 1999.
- REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Botschaft – Vereinbarung der Kantone Aargau und Zürich über den Zivilstandsdienst der Gemeinde Bergdietikon, 04.21, du 21 janvier 2004.
- Botschaft – Gemeindereform Aargau (GeRAG), Massnahmen des 2. Pakets, 09.215, du 1^{er} juillet 2009.

BE :

- AIB Assurance immobilière Berne, Guide pour la collaboration intercommunale dans le domaine des sapeurs-pompiers, ITTIGEN 2011.
- BUREAU DU GC Bureau du Grand Conseil, Réponse à l'interpellation 157/2008 Gagnebin: Rôle et statut des commissions interparlementaires et des délégations des relations extérieures, du 3 novembre 2008.
- CHS Commission (parlementaire) de haute surveillance, Rapport consécutif à l'interpellation 157/2008 Gagnebin: Rôle et statut des commissions interparlementaires et des délégations des relations extérieures, du 10 juin 2009.

- COMM. CONSTC Commission de la révision constitutionnelle, Projet de la commission soumis à la procédure de consultation, du 9 avril 1991, tiré à part.
- Rapport à l'intention du Grand Conseil concernant la révision totale de la Constitution cantonale, du 31 janvier 1992, tiré à part.
- COMM. RÉVISION LGC Commission de révision du droit parlementaire, Rapport au Grand Conseil concernant la loi sur la Grand Conseil (LGC) et le règlement du Grand Conseil (RGC), du 3 décembre 2012, in: Journal du Grand Conseil du canton de Berne 2013, Annexe 2.
- CONSEIL-EXÉCUTIF Conseil-exécutif, Rapport concernant la révision de la loi sur les communes, du 2 juillet 1997, in: Journal du Grand Conseil du canton de Berne 1997, Annexe 61.
- Rapport relatif à la Loi sur le statut particulier du Jura bernois et sur la minorité francophone du district bilingue de Bienne (Loi sur le statut particulier, LStP), du 17 mars 2004, in: Journal du Grand Conseil du canton de Berne 2004, Annexe 16.
- Stratégie en faveur des agglomérations et de la coopération régionale, Rapport à l'attention du Grand Conseil, du 11 mai 2005 (consultable sur www.jgk.be.ch > Communes > Conférences régionales, le 31 août 2016).
- Rapport concernant l'adhésion à l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (Accord-cadre, ACI), du 9 août 2006, in: Journal du Grand Conseil du canton de Berne 2006, Annexe 34.
- Rapport relatif 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, du 18 octobre 2006, in: Journal du Grand Conseil du canton de Berne 2007, Annexe 2.
- Rapport relatif à l'arrêté du Grand Conseil concernant l'approbation de la convention entre le canton de Berne et le canton de Fribourg relative à la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle ayant leur siège dans le canton de Fribourg, du 19 octobre 2011, in: Journal du Grand Conseil du canton de Berne 2011, Annexe 34.
- Rapport relatif à la Loi sur le statut particulier du Jura bernois et sur la minorité francophone du district bilingue de Bienne (Loi sur le statut particulier, LStP) (Modification), du 17 novembre 2012, in: Journal du Grand Conseil du canton de Berne 2013, Annexe 3.

- JCE Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques, Directives du canton de Berne sur la procédure législative (DPL), Berne 2000.
- OACOT Office des affaires communales et de l'organisation du territoire, Guide de la nouvelle loi du 16 mars 1998 sur les communes, Berne 1998.
- Conseils en matière de réformes communales, Guide, Berne 2000.
- Bulletin d'information n° 1, Coopération intercommunale en matière d'administration, Berne 2002.
- OFFICE JURIDIQUE Office juridique, Rechtsgutachten zur Verfassungsmässigkeit des Regionalkonferenzmodells, in: Materialienband zu: Strategie für Agglomerationen und regionale Zusammenarbeit, Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat – Entwurf zur Vernehmlassung, septembre 2004, p. 54-61.
- BL :
- REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Vorlage an den Landrat – Rechtsgültigkeit der formulierten Verfassungsinitiative « Für die Fusion der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft », 2013/224, du 18 juin 2013.
- Vorlage an den Landrat – Formuliert Verfassungsinitiative « Für die Fusion der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft », 2013/444, du 10 décembre 2013 et du 14 janvier 2014.
- Bericht zum Postulat von Hans Furer, GLP: « Für eine verstärkte Zusammenarbeit mit dem Kanton Basel-Stadt », 2014/252, du 8 juillet 2014.
- Vorlage an den Landrat – Formuliert Verfassungsinitiative « Für eine wirkungsvolle Kooperation in der Region (Regio-Kooperationsinitiative) », 2014/265, du 19 août 2014.
- BS :
- REGIOKOMMISSION Regiokommission, Bericht zur Kantonalen Volksinitiative « Für die Fusion der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft » und zu einem Gegenvorschlag, 13.0438.03, du 9 avril 2014.

FR :

BUREAU DU GC

Bureau du Grand Conseil, Message n° 265 accompagnant le projet de loi sur le Grand Conseil (LGC), du 15 mai 2006, in: BGC/FR 2006, p. 1297-1309.

Message 2016-GC-48 accompagnant le projet de loi modifiant la composition et la représentation de la Commission des affaires extérieures du Grand Conseil, du 26 août 2016, in: BGC/FR 2016, p. 2873-2874.

COMM. PARL. LCONV

Commission parlementaire, Rapport explicatif accompagnant l'avant-projet de loi précisant les compétences en matière de conventions intercantionales (LConv), du 10 novembre 2008.

Message n° 140 de la commission parlementaire au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur les conventions intercantionales (LConv), du 11 mai 2009, in: BGC/FR 2009, p. 1359-1367.

CONSEIL D'ÉTAT

Conseil d'État, Message n° 79 accompagnant le projet de révision de la loi du 25 septembre 1980 sur les communes, in: BGC/FR 1988, p. 1065-1114.

Rapport n° 265 sur le postulat n° 232.99 Eveline Krauskopf concernant un projet de concordat-type réglant le rôle et la participation des parlements dans les organismes régionaux, du 16 octobre 2000, in: BGC/FR 2000, p. 1557-1561.

Message n° 48 accompagnant le projet de décret portant adhésion du Canton de Fribourg à la convention intercantonale du 9 décembre 2002 sur la création et l'exploitation du Gymnase intercantonal de la Broye et le projet de décret relatif à l'octroi d'un crédit d'engagement pour les bâtiments destinés au Gymnase intercantonal de la Broye, du 9 décembre 2002, in: BGC/FR 2003, p. 73-82.

Message n° 237 accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur les communes (haute surveillance des communes et des associations de communes et adaptation partielle à la Constitution cantonale), du 6 décembre 2005, in: BGC/FR 2006, p. 113-131.

Message n° 226 accompagnant le projet de décret portant adhésion du canton de Fribourg à l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI), du 31 octobre 2005, in: BGC/FR 2006, p. 627-632.

Message n° 17 accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur les agglomérations, du 1^{er} mai 2007, in: BGC/FR 2007, p. 814 s.

Réponse à la motion populaire n° 1502.06 (pour une agglomération avec le district de la Singine), in: BGC/FR 2007, p. 875 s.

Message n° 175 accompagnant le projet de loi sur la justice (LJ), du 14 décembre 2009, in: BGC/FR 2010, p. 541-573.

Message 2013-DIAF-5 accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur les communes (art. 115 al. 2 LCo), in: BGC/FR 2013, p. 2263 s.

Message 2013-DICS-18 accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur l'Université, du 1^{er} octobre 2013, in: BGC/FR 2014, p. 1390-1399.

Message 2015-DICS-69 accompagnant le projet de décret concernant la validité de l'initiative constitutionnelle « Contre l'ouverture d'un centre Islam et société à l'Université de Fribourg: non à une formation étatique d'imams », du 14 décembre 2015, in: BGC/FR 2016, p. 823-825.

Message 2016-DIAF-8 accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur les communes (nombre de signatures pour demander un référendum), du 30 août 2016, in: BGC/FR 2016, p. 3269-3272.

SERVICE DE LÉGISLATION Service de législation, Directives de technique législative, février 2015 (consultable sur www.fr.ch/sleg > Technique législative, le 31 août 2016).

SERVICE DES COMMUNES Service des communes, Bulletin d'information n° 46, Les modifications de la législation sur les communes, Le nouveau droit et ses conséquences pratiques, Fribourg 2008.

GE :

CACRI Commission des affaires communales, régionales et internationales du Grand Conseil genevois, Rapport sur le projet du Conseil d'État portant adhésion de la République et canton de Genève à l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI) – PL 9960-A, du 6 mars 2007.

CONSTITUANTE (COMM. 2) Commission 2 de la Constituante, « Les droits politiques (y compris révision de la Constitution) », Rapport sectoriel 202, Instruments de démocratie directe, du 30 avril 2010.

CONSTITUANTE (COMM. 4) Commission 4 de la Constituante, « Organisation territoriale et relations extérieures », Rapport sectoriel 401, Région, du 30 avril 2010.

- Rapport sectoriel 403, Communes, du 30 avril 2010.
- CONSEIL D'ÉTAT Conseil d'État, Projet de loi portant adhésion de la République et canton de Genève à l'Accord-cadre pour la collaboration inter-cantonale assortie d'une compensation des charges (ACI) et exposé des motifs – PL 9960, du 29 novembre 2006.
- Projet de loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à la convention 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) et exposé des motifs – PL 10704, du 30 juillet 2010.
- Projet de loi modifiant la loi sur l'administration des communes (LAC) (B 6 05) (Communauté de communes) et exposé des motifs – PL 11591, du 28 janvier 2015.
- SECRÉTARIAT DU GC Secrétariat du Grand Conseil, Projet de loi modifiant la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève (La motion dans tous ses états) – PL 10664-A, du 28 octobre 2010.
- DAJ Direction des affaires juridiques, Directive sur la conclusion des traités, concordats et conventions, du 15 janvier 2013 (consultable sur www.ge.ch > Législation > Directives, le 31 août 2016).
- GRAND CONSEIL Grand Conseil, Procès-verbal du Séminaire du 28 mars 2006 du Grand Conseil genevois sur la collaboration intercantonale, Genève 2006.
- Mode d'emploi, Genève 2013.
- GL :
- REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Antrag an den Landrat, Beitritt des Kantons Glarus zur Datenschutzstelle SZ/OW/NW, 2013-21, du 21 mai 2013 (consultable sur www.gl.ch > Parlament > Geschäfte, le 31 août 2016).
- GR :
- REGIERUNG Regierung, Botschaft – 12. Totalrevision Kantonsverfassung, in: Botschaft Heft n° 10/2001-2002, p. 479-562.

Botschaft – 8. Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen sowie Totalrevision des Submissionsgesetzes, du 4 novembre 2003, in: Botschaft Heft n° 8/2003-2004, p. 279-342.

Botschaft – 23. Genehmigung der Interkantonalen Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen (Teilrevision vom 16. Juni 2005), du 10 janvier 2006, in: Botschaft Heft n° 17/2005-2006, p. 1409-1421.

Botschaft – 24. Beitritt zur Rahmenvereinbarung für die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich (IRV), du 10 janvier 2006, in: Botschaft Heft n° 17/2005-2006, p. 1477-1522.

Botschaft – 1. Beitritt zur Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (Genehmigung der Interkantonalen Vereinbarung), du 24 avril 2006, in: Botschaft Heft n° 1/2006-2007, p. 386-406.

Botschaft – 10. Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung zur Harmonisierung von Ausbildungsbeiträgen, du 12 janvier 2010, in: Botschaft Heft n° 9/2009-2010, p. 386-406.

JU :

COMM. DE LA PROTECTION DES DONNÉES

Commission de la protection des données, Rapport sur le projet de convention intercantonale CPDT-JU/NE, du 20 décembre 2010.

GOUVERNEMENT

Gouvernement, Message relatif à la modification de la loi sur les communes et à la modification de la loi sur les droits politiques, du 18 avril 2000, in: Journal des Débats n° 13/2000, p. 509-510.

Message relatif à l'arrêté portant adhésion au concordat intercantonal créant une Haute école pédagogique commune aux cantons de Berne, du Jura et de Neuchâtel (HEP-BeJuNe) et à la loi sur la Haute école pédagogique (HEP-BeJuNe), du 12 septembre 2000, in: Journal des Débats n° 19/2000, p. 785-796.

Message accompagnant le projet d'arrêté portant adhésion à l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI), du 13 juin 2006, non publié au Journal des Débats, mais consultable sur www.jura.ch/rpt, le 31 décembre 2013.

Message relatif à la modification de la loi sur les communes (syndicat d'agglomération) et à la modification de la loi sur les constructions et l'aménagement du territoire (aménagement régional), du 15 mars 2009, in: Journal des Débats n° 11/2009, p. 484-500.

Message concernant l'approbation de la Convention relative à la négociation, à la ratification, à l'exécution et à la modification des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger (Convention sur la participation des Parlements, Co-Parl), du 27 avril 2010, non publié au Journal des Débats.

Message relatif au projet de révision partielle de divers textes législatifs concernant la justice et la procédure judiciaire, du 9 juin 2015.

SERVICE DES COMMUNES Service des communes, Rapport sur les finances communales 2011, Delémont 2013.

LU :

RECHTSKONSULENT Rechstkonsulent des Regierungsrates und des Kantonsrates, Konkordate unterliegen im Kanton Luzern nicht dem Finanzreferendum, du 7 juillet 2002, Lucerne.

REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Botschaft zur Änderung des Gemeindegesetzes, du 18 avril 1977, in: Verhandlungen des Grossen Rates des Kantons Luzern, 2. Heft 1977, p. 236-283.

Botschaft zum Entwurf eines neuen Gemeindegesetzes, du 14 octobre 2003.

Botschaft zum Entwurf einer neuen Kantonsverfassung, du 22 novembre 2005.

Botschaft zu den Entwürfen eines Dekrets über die Genehmigung des Beitritts des Kantons Luzern zur neuen Zentralschweizer Fachhochschul-Vereinbarung und der Aufhebung des Gesetzes über die Hochschulen des Kantons Luzern in der Fachhochschule Zentralschweiz, du 27 janvier 2012.

VLG Verband Luzerner Gemeinden, Leitfaden für die Gemeindeverbände zur Umsetzung des Gemeindegesetzes, lieu d'édition non mentionné, 2006.

Statuten eines Gemeindeverbands midi – Beispiel einer möglichen Regelung, 2006.

NE :

- COMM. « CONSTITUTION » Commission « Constitution », Rapport à l'appui d'un projet de nouvelle Constitution cantonale, 00.009, du 22 novembre 1999, tiré à part.
- COMM. LÉGISLATIVE Commission législative, Rapport au Grand Conseil à l'appui – d'un projet de loi portant révision de la loi sur les droits politiques (LDP) (initiative et référendum en matière communale), du 21 octobre 2005, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance du 28 mars 2006, p. 2381-2390.
- Rapport au Grand Conseil à l'appui d'un projet de décret portant modification de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel (Cst. NE) et d'un projet de loi d'organisation du Grand Conseil (OGC), 12.048, du 4 septembre 2012.
- Rapport à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires (LMSA) (Domiciliation des magistrats), 14.603, du 17 mars 2014.
- COMM. PARLEMENTAIRE Commission parlementaire, Rapport d'examen du projet de loi portant révision de la loi sur les communes et de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 12 novembre 1979, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance du 28 avril 1980, p. 2294-2306.
- CONS. COMMUNAL (LA TÈNE) Conseil communal de la commune de la Tène, Rapport au Conseil général concernant l'adhésion au Syndicat intercommunal des Sapeurs-Pompiers volontaires du Littoral neuchâtelais, du 17 novembre 2014.
- CONSEIL D'ÉTAT Conseil d'État, Rapport à l'appui d'un projet de loi portant révision de la loi sur les communes et de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 16 février 1979, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance du 26 mars 1979, p. 1996-2003.
- Rapport à l'appui d'un projet de loi portant révision de la loi sur les communes (LCom), du 25 août 1995, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance du 22 novembre 1995, p. 2502-2544.
- Rapport à l'appui d'un projet de décret portant adhésion du canton de Neuchâtel à la convention du 5 mars 2010 relative à la négociation, à la ratification, à l'exécution et à la modification des conventions intercantionales et des traités des cantons avec

l'étranger (Convention sur la participation des Parlements, Co-Parl), du 26 avril 2010, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance du 29 juin 2010, p. 383-385.

Rapport à l'appui d'un projet de décret portant adhésion de la République et Canton du Neuchâtel au concordat sur la création et l'exploitation de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale, d'un projet de loi abrogeant la loi d'introduction de la loi fédérale sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité (LI-LPP) et d'un projet de loi modifiant la loi concernant l'introduction du code civil suisse (LI-CC), 11.029, du 22 juin 2011, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance des 1^{er} et 2 novembre 2011, p. 1127-1133.

Rapport à l'appui d'un projet de loi d'introduction de la législation fédérale sur la protection des animaux (LILPA), 11.035, du 24 août 2011, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance des 24 et 25 janvier 2012, p. 1703-1708.

Rapport d'information relatif au rapport sur l'opportunité et la faisabilité d'une police de l'arc jurassien, 13.024, du 25 mars 2013.

OW :

REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Bericht über die Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung von Wirtschaftsdelikten (32.11.03), du 3 mai 2011.

SG :

REGIERUNG Regierung, Gemeindegesetz, Botschaft und Entwurf, 22.08.05, du 11 mars 2008.

Nachtrag zur Kantonsverfassung (Gemeindeverband und Zweckverband), Botschaft und Entwurf, 21.08.01, du 11 mars 2008.

Kantonsratsbeschluss über die Einheitsinitiative « Ja zum Ausstieg aus dem HarmoS-Konkordat », Bericht und Antrag der Regierung zum Inhalt der Einheitsinitiative, 29.15.01, du 10 novembre 2015.

VERFASSUNGSKOMMISSION Verfassungskommission, Botschaft und Verfassungsentwurf, du 17 décembre 1999, in: Amtsblatt des Kantons St.Gallen n° 4a/2000, p. 165-460.

SH :

- REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Bericht und Antrag betreffend das Rechtssetzungsprogramm 2 zur Umsetzung der neuen Kantonsverfassung, 06-68, du 4 juillet 2006.
- Bericht und Antrag zum Grundsatzbeschluss betreffend das Verfahren zur Reorganisation des Kantons Schaffhausen und seiner Gemeinden (Ergänzungsvorlage zur Vorlage vom 18. Juni 2013 [ADS 13-48]), 15-30, du 14 avril 2015.

SZ :

- REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Kündigung der Vereinbarung über die interkantonale Zusammenarbeit im Bereich überregionaler Kultureinrichtungen, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, Beschluss Nr. 131/2013, du 5 février 2013.
- Totalrevision des Psychiatriekonkordats, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, Beschluss Nr. 490/2016, du 7 juin 2016.

VERFASSUNGSKOMMISSION

- Verfassungskommission, Schwyzer Kantonsverfassung, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, du 17 décembre 2009.

SO :

- REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Selbständige Gerichtsverwaltung, Botschaft und Entwurf an den Kantonsrat von Solothurn, 2004/621, du 24 mars 2004.
- Teilrevision des Gemeindegesetzes, Botschaft und Entwurf an den Kantonsrat von Solothurn, 2004/2035, du 27 septembre 2004.

TG :

- REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Botschaft zur Totalrevision des Planungs- und Baugesetzes, du 16 août 1995, Frauenfeld 2010.

UR :

REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Antwort auf die Interpellation Gusti Planzer, Bürglen, über die demokratische Defizite und die finanziellen Auswirkungen beim « kooperativen Föderalismus » (n° 2009-138 R-102-10), du 17 février 2009.

VD :

CAE Commission thématique des affaires extérieures, Rapport sur le rapport du Conseil d'État sur le Protocole d'accord concernant l'approbation de la Convention associant les Parlements à la négociation des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger, sur l'exposé des motifs et projet de décret d'adhésion du canton de Vaud à la Convention associant les Parlements à la négociation des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger et sur le rapport final du Conseil d'État sur le postulat Pascal Broulis et consorts proposant un projet de concordat-type réglant le rôle et la participation des Parlements dans les organismes régionaux, 218, du 10 novembre 2000, in: BGC/VD 2000, p. 4409-4412.

Rapport sur l'exposé des motifs, projet de loi modifiant la loi du 8 mai 2007 sur le Grand Conseil et sur l'exposé des motifs et projet de décret autorisant le Conseil d'Etat à ratifier la Convention 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 (Conventions sur la participation des parlements, CoParl), 299, du 11 juin 2010.

COMM. PARL. LC Rapport de la commission chargée d'examiner l'exposé des motifs et le projet de loi modifiant la loi du 28 février 1956 sur les communes, 453, du 1^{er} août 2012.

CONSTITUANTE (COMM. 4) Commission 4 de l'Assemblée constituante, Rapport contribuant au projet de nouvelle Constitution cantonale – Droits politiques, du 30 juin 2000.

CONSEIL D'ÉTAT Conseil d'État, Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 28 février 1956 sur les communes, du 15 janvier 1975, in: BGC/VD, Séance du 6 mai 1975, p. 145-188.

Exposé des motifs et projets de lois modifiant la loi du 28 février 1956 sur les communes et la loi du 16 mai 1989 sur l'exercice des droits politiques et rapport sur la motion Daniel Burnand et consorts demandant au Conseil d'État de dresser l'inventaire des moyens juridiques ou autres, existants ou à créer, à disposition des collectivités publiques locales, pour favoriser la collaboration entre elles et promouvoir des réalisations intercommunales, 148, du 20 décembre 1995, in: BGC/VD 1996, p. 369-395.

Rapport sur le Gymnase intercantonal de la Broye, 34, du 24 juin 1998, in: BGC/VD 1998, p. 4409-4438.

Rapport sur les affaires extérieures du canton de Vaud, du 30 septembre 1998, 52, in: BGC/VD 1999, p. 5976-6030.

Rapport final sur le postulat Pascal Broulis et consorts proposant un projet de concordat-type réglant le rôle et la participation des Parlements dans les organismes régionaux, 218, du 15 septembre 2000, in: BGC/VD 2000, p. 4379-4384.

Préavis sur l'initiative populaire constitutionnelle « Vaud-Genève », 244, du 18 décembre 2000, in: BGC/VD 2002, p. 8302-8317.

Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions, 18, du 22 avril 2002, in: BGC/VD 2003, p. 6535-6624.

Exposé des motifs et projet de décret relatif à la ratification de l'extension au Canton de Vaud de l'Accord de Karlsruhe sur la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales et organismes publics locaux, 210, du 1^{er} septembre 2004, in: BGC/VD 2005, p. 7651-7658.

Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 16 mai 1989 sur l'exercice des droits politiques (LEDP), 242, du 23 décembre 2004, in: BGC/VD 2005, p. 8345-8389.

Exposé des motifs et projets de lois modifiant la loi du 16 mai 1989 sur l'exercice des droits politiques (LEDP) et modifiant la loi du 5 octobre 2004 sur la juridiction constitutionnelle (LJC), 247, du 19 janvier 2005, in: BGC/VD 2005, p. 8431-8455.

Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 28 février 1956 sur les communes, 238, du 16 décembre 2004, in: BGC/VD 2005, p. 9071-9137.

Rapport sur la RPT et les travaux préparatoires dans le Canton de Vaud, exposé des motifs et projet de décret portant adhésion du

Canton de Vaud à l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI), exposé des motifs et projets de loi modifiant la loi du 3 février 1998 sur le Grand Conseil (LGC) et rapport sur le postulat de Pierre Zwaahlen et consorts pour la participation du Grand Conseil aux accords entre cantons au-delà de la Suisse occidentale seule, 369, du 28 juin 2006 (publié à part en ligne sur www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/chancellerie/bic/fichiers_pdf/doc-060629-rapport-rpt-adh-aci.pdf, consultable le 31 août 2016, également in: BGC/VD 2007, p. 11021-11083).

Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 11 février 1970 sur l'organisation du Conseil d'État, 332, du 8 mars 2006, in: BGC/VD 2007, p. 8463-8500.

Exposé des motifs et projet de lois modifiant la loi du 16 mai 1989 sur l'exercice des droits politiques (LEDP) et la loi du 28 février 1956 sur les communes (LC), 61, février 2008.

Exposé des motifs et projet de décrets autorisant le Conseil d'État à adhérer à la Convention intercantonale sur l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais et accordant la garantie de l'État de Vaud à l'Établissement intercantonal Riviera-Chablais Vaud-Valais pour l'emprunt bancaire de CHF 16,125 millions contracté pour financer le concours d'architecture et les études détaillées relatives à la construction de l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais sur le site de Rennaz, 105, décembre 2008.

Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi d'introduction dans le Canton de Vaud du Code civil suisse (LVCC) du 30 novembre 1910, 145, décembre 2008.

Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 8 mai 2007 sur le Grand Conseil et exposé des motifs et projets de décret autorisant la Conseil d'État à ratifier la Convention 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 (Conventions sur la participation des parlements, Co-Parl), 299, mai 2010.

Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 28 février 1956 sur les communes (LC), 453, décembre 2011.

Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 16 mai 1989 sur l'exercice des droits politiques (LEDP), 455, décembre 2011.

- Exposé des motifs et projet de décret ordonnant la convocation du corps électoral pour se prononcer sur les modifications constitutionnelles liées à la surveillance financière dans le Canton de Vaud, 17, novembre 2012
- Exposé des motifs et projet de décret autorisant le Conseil d'État à adhérer à la Convention intercantonale sur l'Hôpital intercantonal de la Broye (HIB) Vaud-Fribourg, 90, août 2013.
- Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 16 mai 1989 sur l'exercice des droits politiques (LEDP), 223, mars 2015.
- COUR DES COMPTES Cour des comptes, Rapport n°38, Organisation, financement et contrôle démocratique des associations de communes vaudoises, du 14 novembre 2016, Lausanne.
- DIRE Département des institutions et des relations extérieures de l'État de Vaud, Guide pour la planification intercommunale et régionale, Lausanne 2005.
- GROUPE DE TRAVAIL CST. Groupe de travail en vue de la révision totale de la Constitution vaudoise, Rapport comprenant un avant-projet de Constitution cantonale ainsi qu'un commentaire général, août 1997.
- MUNICIPALITÉ (NYON) Municipalité de Nyon, Préavis n° 104 au Conseil communal, Règlement de la Commission permanente aux affaires régionales, du 13 mai 2013.
- SECRI Service des communes et des relations institutionnelles, Aide-mémoire pour les municipalités vaudoises, juillet 2011.
- UCV Union des communes vaudoises, Rapport du groupe de travail « Collaboration intercommunale », Synthèse des réflexions, juin 2016.
- La collaboration intercommunale : mode d'emploi, août 2016.
- VS :
- COMM. PARITAIRE Commission paritaire pour les relations canton-communes, Deuxième rapport intermédiaire relatif à la promotion de la collaboration intercommunale, juillet 1999.
- CONSEIL D'ÉTAT Conseil d'État, Réponse à la motion de l'intergroupe par les députés A. Ribordy, A. Muster-Rouiller et G. Nariétan concernant un projet de concordat type réglant le contrôle parlementaire intercantonal des organismes régionaux (4.062), in: BSGC 1999/Mai, p. 896-897.

Message accompagnant le projet de loi sur les communes (LCo), du 28 avril 2003, in: BSGC 2003/septembre, p. 320-363.

Message accompagnant le projet de loi d'adhésion du canton du Valais à l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI) du 24 juin 2005, du 11 octobre 2006.

CoParl : consultation des Gouvernements cantonaux, Courrier à l'attention du Président de la CGSO, du 26 août 2009.

Message accompagnant le projet de loi sur les participations de l'État à des personnes morales, du 15 septembre 2010.

ZG :

DIREKTION DES INNERN Direktion des Innern, Wann Liegt ein rechtsetzendes Konkordat und wann liegt eine bloss interkantonale Verwaltungsvereinbarung vor ?, du 3 mai 2004, Zoug.

ZH :

GEMEINDEAMT Gemeindeamt, Musterstatuten Zweckverband, Zweckverbandsorganisation mit Delegiertenversammlung, Januar 2009 (consultable sur www.gaz.zh.ch > Gemeinderecht > Interkommunale Zusammenarbeit, le 31 août 2016).

REGIERUNGSRAT Regierungsrat, Richtlinien der Rechtsetzung, du 21 décembre 2005.

Bericht und Antrag zum dringlichen Postulat KR-Nr. 93/2005 betreffend Einbezug des Kantonsrates in Aushandlung, Ratifikation, Vollzug und Änderung interkantonalen Verträge und von Vereinbarungen mit dem Ausland, du 17 mai 2006.

Gesetz über den verstärkten Einbezug des Kantonsrates im Bereich der interkantonalen und internationalen Zusammenarbeit – Antrag mit Weisung – Vorlage an Kantonsrat, du 13 avril 2011.

Bericht und Antrag zum Postulat KR-Nr. 228/2009 betreffend Umsetzung der Demokratisierung in den Zweckverbänden, du 14 mars 2012.

Gemeindengesetz – Antrag mit Weisung – Vorlage an Kantonsrat, du 20 mars 2013.

Gemeinde- und Wirksamkeitsbericht 2013, Berichtsperiode
2. Januar 2008 – 1. Januar 2012, du 21 août 2013.

C. Documents de plusieurs cantons ou d'organisations intercantionales

- CdC Conférence des gouvernements cantonaux, Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges, Version commentée, du 24 juin 2005.
- CDE Conférence suisse des chanceliers d'État (Schweizerische Staatsschreiberkonferenz), Empfehlungen über das Verfahren bei Abschluss, Änderung und Aufhebung interkantonalen Abkommen, du 19 septembre 1980.
- CDIP Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique, Accord intercantonal sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire – Concordat HarmoS, février 2006, Berne.
- CGSO Conférence des gouvernements de Suisse occidentale, Projet et commentaire de Convention associant les parlements à la négociation des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger, du 30 juin 2000, p. ex. in: BGC/VD 2000, p. 4392-4397.
- Vade-mecum pour une interprétation commune de la Convention, du 26 novembre 2004.
- Rapport explicatif sur la convention 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), du 5 mars 2010.
- CIIP Conférence intercantonale de l'instruction publique de la Suisse romande et du Tessin, Convention scolaire romande, Rapport explicatif, version pour consultation du 16 février 2006 au 30 novembre 2006.
- Convention scolaire romande – Rapport explicatif, du 15 novembre 2007.
- Commentaires des statuts de la CIIP, du 25 novembre 2011.
- CIP CoPARL Commission interparlementaire CoParl, Prise de position sur le projet de convention 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, du 11 mars 2009.
- CIP HIRC VD/VS Commission interparlementaire de contrôle sur la construction de l'hôpital Riviera-Chablais, Rapport 2010-2011 présenté au Grand Conseil vaudois, GC 192, février 2012.
- CIP RIVIERA-CHABLAIS Commission interparlementaire de l'Hôpital Riviera-Chablais, Avant-projet de convention intercantonale sur l'Hôpital Riviera-Chablais, Vaud-Valais, Prise de position, du 12 décembre 2008.
- CLDJP Conférence latine des chefs des départements de Justice et police, Commentaire article par article du Concordat du 24 mars 2005 sur l'exécution de la détention pénale des personnes mineures des cantons romands (et partiellement du Tessin), mars 2005.
- Commentaire des modifications du Concordat du 24 mars 2005 sur l'exécution de la détention pénale des personnes mineures des cantons romands (et partiellement du Tessin) adoptées le 26 mars 2015 par la CLDJP, document de 2015 non daté.
- CoDIR PAJ Comité de direction du projet « Police de l'Arc jurassien », Rapport sur l'opportunité et la faisabilité d'une Police de l'arc jurassien, sous la direction de Blaise Bonvin, TC Team Consult SA, du 30 janvier 2013, Delémont/Neuchâtel.
- COMITÉS STRATÉGIQUES HES-SO/HES-S2
- Comités stratégiques HES-SO et HES-S2, La nouvelle convention HES-SO, Exposé des motifs et projet de convention adoptés par les Comités stratégiques après consultation et examen par la Commission interparlementaire ad hoc, à l'attention des gouvernements des cantons de Berne, de Fribourg, de Vaud, du Valais, de Neuchâtel, de Genève et du Jura, de 26 mai 2011, Sailion 2011.
- CSIAS Conférence suisse des institutions d'action sociale, Régionalisation et professionnalisation des services sociaux, Sur la voie d'une aide sociale forte et efficace, Berne 2006.
- CTA Conférence tripartite sur les agglomérations, Collaboration horizontale et verticale dans les agglomérations, Berne 2004.
- La voie vers une politique des agglomérations globale, Possibilités et limites de la politique cantonale des agglomérations, Berne 2007.
- La voie vers une politique des agglomérations globale. Possibilités et limites de la politique cantonale des agglomérations, Études de cas cantonales, Berne 2007.

- Renforcement de la compétitivité internationale de la Suisse, Pistes pour une politique métropolitaine suisse, Berne 2010.
- FIR Forum Interparlementaire Romand, Projet de concordat-type réglant le rôle et la participation du Grand Conseil dans les organismes régionaux et exposé des motifs et exposé des motifs (1^{ère} version), in: BSGC 1999/Mai, p. 345-351.
- Projet de concordat-type réglant le rôle et la participation du Grand Conseil dans les organismes régionaux et exposé des motifs (2^{ème} version), in: BGC/VD 2000, p. 4403-4409.
- FONDATION CH Fondation ch pour la collaboration confédérale (édit.), Le fédéralisme réexaminé : les procès-verbaux des dix consultations publiques à Soleure sur l'état du fédéralisme suisse, 3 volumes, Zurich 1973.
- Monitoring du fédéralisme 2011-2013, Soleure 2014.
- Monitoring du fédéralisme, Enquête et analyse 2015, Soleure 2016.
- GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE Gouvernement du canton du Jura, Conseil d'État du Canton de Neuchâtel, Rapport explicatif concernant l'avant-projet de convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CDPT-JUNE), du 28 septembre 2010, p. 1-16.
- Rapport explicatif concernant le projet de convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CDPT-JUNE), du 8 mai 2012, in: Journal des débats 12/2012, p. 491-498.
- GROUPE DE TRAVAIL VD ET AL. Groupe de travail intercantonal (VD/VS/NE/JU), Rapport concernant la création de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (AS-SO), du 20 janvier 2011, Neuchâtel.
- REGIERUNGSRÄTE BS/BL Regierungsräte der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, Gemeinsamer Bericht betreffend Staatsvertrag – Zusammenlegung der Rheinschiffahrtstsektion Basel und der Rheinhäfen des Kantons Basel-Landschaft (Rheinhafen-Vertrag), du 13 et 20 juin 2006.
- SERVICES JURIDIQUES JU/NE Services juridiques des cantons du Jura et de Neuchâtel, Résultats de la procédure de consultation échéant le 31 décembre 2010,

- Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE), du 23 mars 2011.
- ZBDK Zentralschweizer Baudirektorenkonferenz, Leitfaden für interkantonale Submissionen, Ergänzung zu den kantonalen Submissionshandbüchern, du 7 juillet 2006, Stans.
- ZFDK Zentralschweizer Finanzdirektorenkonferenz, Bericht über die Analyse der Konkordate FHZ und PHZ unter dem Aspekt des Controllings, du 2 mai 2005, Stans.
- ZPDK Zentralschweizer Polizeidirektorenkonferenz, Vernehmlassungsunterlage zum Entwurf eines neuen Polizeikonkordates Zentralschweiz im Rahmen des Projektes Polizei XXI, du 24 avril 2006, Stans.
- Bericht – Polizeikonkordat Zentralschweiz, du 6 novembre 2009, Flüelen.
- ZRK Zentralschweizer Regierungskonferenz, Bericht und Antrag zu Handen der 71. ZRK vom 21. November 2002 über die Weiterentwicklung der Zusammenarbeit in der Zentralschweiz, du 23 octobre 2002, Stans.
- Gestaltungsfreiraum der Kantone beim Vollzug von Bundesrecht, insbesondere für den interkantonalen Vollzug, Speziell am Beispiel der BVG- und Stiftungsaufsicht, du 21 janvier 2003, Stans.
- Mustervereinbarung interkantonaler Zusammenarbeit mittels Leistungskauf per Ausgleichszahlung bei einem anderen Kanton, du 3 février 2003, Stans.
- Mustervereinbarung über die Schaffung einer selbständigen interkantonalen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit Rechtspersönlichkeit, du 6 août 2003, Stans.

D. Documents d'autorités étrangères ou d'organes internationaux

- BUNDESKANZLERAMT (A) Bundeskanzleramt (Autriche), Handbuch der Rechtssetzungstechnik, Legistische Richtlinien, Vienne 1990.
- CCJE Conseil Consultatif de Juges européens, Avis (2012) n° 15 sur la spécialisation des juges, adopté lors de la 13^{ème} réunion plénière des 5 et 6 novembre 2012, in: Justice - Justiz - Giustizia 2013/2.
- CONSEIL DE L'EUROPE Conseil de l'Europe, Charte européenne de l'autonomie locale et rapport explicatif, Strasbourg 2010.

- Les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, Recommandation CM/Rec(2010)12 du 17 novembre 2010 et exposé des motifs, Strasbourg 2011.
- CPLR Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe, Exposé des motifs relatif au projet de recommandation 285 « La démocratie régionale en Suisse », Document CPR(18)2, du 1^{er} mars 2010 (consultable sur <https://wcd.coe.int>, le 30 novembre 2015).

DOCTRINE

- ABDERHALDEN Ursula, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit, thèse, Fribourg 1999.
- Die Beteiligung kantonaler Parlamente am Abschluss interkantonomer Vereinbarungen, in: *Parlament, Parlement, Parlamento* 2/99, p. 4-11.
- Der kooperative Föderalismus, in: Fleiner Thomas, Forster Peter, Mistic Alexander, Thalmann Urs (édit.), *Die neue schweizerische Bundesverfassung, Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur – La nouvelle Constitution suisse, Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État*, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 213-221.
- Verfassungsrechtliche Überlegungen zur interkantonalen Rechtsetzung, in: *LeGes* 2006/1, p. 9-20.
- AFFOLTER Kurt, Modelle von Fachbehörden als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Kanton Bern, Ligerz 2006.
- ALLEMANN Hans-Martin, Gemeinde- und Regionalverband im bündnerischen Recht, thèse, Coire 1983.
- ARN Daniel, Die Zuständigkeitsordnung im bernischen Gemeinderecht, thèse, Berne 1992.
- ARTA Hans-Rudolf, Die Zuständigkeitsordnung nach dem st. gallischen Gemeindegesetz in der politischen Gemeinde mit Bürgerversammlung, thèse, Saint-Gall 1990.
- ATTINGER Patrizia, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonale Volksinitiativen, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2016.
- AUBERT Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Tome I et II, Neuchâtel 1967.
- Traité de droit constitutionnel suisse*, Supplément 1967-1982, Neuchâtel 1982.
- La loi en droit neuchâtelois, in: Auer Andreas, Kälin Walter (édit.), *Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone – La loi en droit public cantonal*, Coire/Zurich 1991, p. 193-202.
- La Constitution, son contenu, son usage, in: *RDS* 1991 II, p. 9-141.
- L'évolution historique de la réglementation fédérale des délais et des limites du droit d'initiative, in: Auer Andreas (édit.), *Sans*

- délais et sans limites ? : L'initiative populaire à la croisée des chemins, Genève 2001, p. 1-18.
- La révision totale de la Constitution neuchâteloise, in: RJN 1998, p. 14-36.
- Commentaire de nombreux articles, in: Aubert Jean-François, Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.
- Étude institutionnelle de l'Assemblée interjurassienne. Les « autres pistes ». Réponses à un questionnaire de l'Assemblée interjurassienne de décembre 2006 relatif aux « autres pistes », du 11 juin 2007, Peseux.
- AUBERT/MAHON Aubert Jean-François, Mahon Pascal, Un regard extérieur, in: RFJ 2005, Numéro spécial, La Nouvelle Constitution fribourgeoise, p. 49-77.
- AUER Auer Andreas, Les droits politiques dans les cantons suisses, thèse, Genève 1978.
- La notion de loi dans la Constitution genevoise, in: SJ 1981, p. 257-301.
- La notion de loi en droit cantonal : Carrefour du fédéralisme et de la démocratie suisses, in: Auer Andreas, Kälin Walter (édit.), Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone – La loi en droit public cantonal, Coire/Zurich 1991, p. 21-34.
- Enquête sur une norme moribonde : la Constitution genevoise, in: SJ 1999 II, p. 81-99.
- La déclaration de Bologne et le fédéralisme universitaire en Suisse, in: PJA 2004, p. 712-726.
- Ungereimtes im schweizerischen Verfassungsrecht – Incongruités constitutionnelles helvétiques, in: RDS 2013 I, p. 419-436.
- Les cantons comme piliers de la Confédération suisse, in: Rüssli Markus, Hänni Julia, Häggi Furrer Reto (édit.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zurich 2013, p. 383-399.
- Staatrecht der schweizerischen Kantone, Berne 2016.
- AUER/MALINVERNI/HOTTELIER Auer Andreas, Malinverni Giorgio, Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'État, 1^{ère} éd., Berne 2000.

- Droit constitutionnel suisse, Volume II, L'État, 2^e éd., Berne 2006.
- Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'État, 3^e éd., Berne 2013.
- BARUH Baruh Erol, Les commissions d'enquête parlementaires, Cadre juridique d'une procédure politique, Étude de droit suisse fédéral et cantonal, thèse, Berne 2007.
- BAUER Bauer Alain, Constitution annotée de la République et Canton de Neuchâtel, 2^e éd., Bâle/Neuchâtel 2015.
- BAUMANN Baumann Andreas, Aargauisches Gemeinderecht, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2005.
- Aargauisches Gemeinderecht, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2005.
- BELLANGER Bellanger François, Le phénomène des autorités administratives indépendantes, in: Bellanger François, Tanquerel Thierry (édit.), Les autorités administratives indépendantes, Genève 2011, p. 9-36.
- Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in: Favre Anne-Christine, Martenet Vincent, Poltier Étienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich 2016, p. 43-66.
- BENDEL Bendel Felix, Gedenken und Vorschläge zur erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, in: ZBl 1975, p. 225-239.
- BERTSCHI Bertschi Martin, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht – Das Heranziehen ergänzend anwendbarer Normen, besonders des Obligationenrechts, in: ZBl 2004, p. 617-643.
- BESSON Besson Samantha, La souveraineté coopérative en Europe – Ou comment la Suisse pourrait être à la fois européenne et souveraine, in: Balmelli Tiziano (édit.), La Suisse saisie par l'Union européenne, Thèmes choisis sur le droit et les politiques de l'UE, Fribourg 2003, p. 5-47.
- Post-souveraineté ou simple changement de paradigmes ? : variations sur un concept essentiellement contestable, in: Balmelli Tiziano et al. (édit.), La souveraineté au XXI^e siècle, Fribourg 2003, p. 7-58.
- Souveraineté, Responsabilité et Neutralité – Comment ne pas faire de la neutralité active un lit de Procuste, in: Jusletter du 21 juillet 2006.

- BEURRET-FLÜCK Beurret-Flück Fabia, Die Organisation interkantonalen Institutionen unter besonderer Berücksichtigung der Interkantonalen Strafanstalt Bostadel in Menzingen/Bâle, thèse, Bâle 1983.
- BIAGGINI Biaggini Giovanni, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: Schaffhauser René, Poledna Tomas (édit.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten : Rechtsformen und ihre Folgen : Referate der Tagung vom 14. November 2001 in Luzern , Saint-Gall 2002, p. 143-175.
- Gutachten betreffend die Interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich und den Einsatz der Zwangsmittel gemäss Art. 48a BV, Zürich 2007.
- «Vertragszwang» im kooperativen Föderalismus: Verfassungsrechtliche Richtpunkte für den Einsatz der in Art. 48a vorgesehenen Zwangsmittel, in: ZBl 2008, p. 345-377.
- Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht - Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, ZBl 2010, p. 1-42.
- Wer spricht für wen? Über Rollenfragen und Departementalisierungsgefahren in der interkantonalen Zusammenarbeit, in: Plata Andrea (édit.), Le fédéralisme face aux nouveaux défis territoriaux: institutions, économie et identité, Actes de la 3^{ème} Conférence nationale sur le fédéralisme, Bellinzzone 2012, p. 143-147.
- Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, in: ZBl 2013, p. 316-337.
- Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 5. Oktober 2012, 2C_698/2011, BGE 138 I 435, Bemerkungen, in: ZBl 2013, p. 404-408.
- Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 25. März 2014, 1C_51/2014, Kommentar, in: ZBl 2015, p. 87-99.
- Majorz und majorzgeprägte Mischsysteme: Parlamentswahlverfahren mit Verfalldatum? Überlegungen aus Anlass des bundesgerichtlichen Urteils vom 26. September 2014 betreffend die Kantonsratswahl 2011 im Kanton Appenzell A.Rh. (BGE 140 I 394), in: ZBl 2016, p. 409-429.

- Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?, in: ZBI 2016, p. 588-600.
- BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2017.
- BIGLER Bigler Olivier, La révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, Entre droit, politique et histoire, les enjeux de l'écriture constitutionnelle, thèse, Neuchâtel. 2013.
- BLUM/NAEGELI/PETERS Blum Nina, Naegeli Vera, Peters Anne, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, in: ZBI 2013, p. 527-562.
- BOCHSLER/SCIARINI Bochslers Daniel, Sciarini Pascal, Konkordate und Regierungskonferenzen. Standbeine des horizontalen Föderalismus, in: LeGes 2006/1, p. 23-41.
- BOEGLI Boegli Laurence, Les concordats intercantonaux: Quels enjeux pour la démocratie, Travaux de cours et mémoires de l'ID-HEAP 12/1999, Chavannes-près-Renens 1998.
- Les concordats intercantonaux : quels enjeux pour la démocratie, in: Parlement, Parlement, Parlamento 2/99, p. 12-17.
- BOHNET Bohnet François, Trois ans de jurisprudence fédérale en matière de LFors – Une analyse critique, in: PJA 2004, p. 55-69.
- BOILLET/LAMMERS Boillet Véronique, Lammers Guillaume, La mise en œuvre des initiatives populaires fédérales, in: ZBI 2016, p. 511-540.
- BOLKENSTEYN Bolkensteyn Arun, Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales, thèse, Berne 2014.
- BOLZ Bolz Urs, Die Volksrechte im Berner Verfassungsentwurf vom 31. Januar 1992, in: ZBI 1992, p. 433-456.
- Commentaire de tous les articles, in: Kälin Walter, Bolz Urs (édit.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995.
- Droits politiques, in: Kälin Walter, Bolz Urs (édit.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995, p. 105-129.
- BOLZ/LIENHARD Bolz Urs, Lienhard Andreas, Staatsrechtliche Kernfragen der wirkungsorientierten Steuerung in den Kantonen, in: ZBI 2001, p. 1-30.

- BOMATTER Bomatter Ralph, Herausforderung Konkordate: Inventar der von den Kantonsparlamenten eingesetzten Institutionen und Verfahren, in: PJA 2014, p. 1684-1691.
- BONOMI Bonomi Andrea, Commentaire de l'art. 133 LDIP, in: Bucher Andreas (édit.), Commentaire romand de la Loi sur le droit international privé et de la Convention de Lugano, Bâle 2011.
- BORTER Borter Willy, Demokratiegebot und interkantonaies Vertragsrecht, thèse, Fribourg 1976.
- BOVET Bovet Christian, Soumission organisée par des pouvoirs adjudicateurs de cantons différents, in: DC 1999, p. 137.
- BRAAKER Braaker Christa, Die Gemeindeautonomie, in: Fleiner Thomas, Forster Peter, Misić Alexander, Thalmann Urs (édit.), Die neue schweizerische Bundesverfassung, Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur – La nouvelle Constitution suisse, Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 225-246.
- BREINIG-KAUFMANN Breining-Kaufmann Christine, Internationales Verwaltungsrecht, in: RDS 2006 II, p. 5-73.
- BREITENMOSER Breitenmoser Stephan, Regionalismus – insbesondere grenzüberschreitende Zusammenarbeit, in: Thürer Daniel, Aubert Jean-François, Müller Jörg Paul (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 507-523.
- BROGLIN/WINKLER DOCOURT
- Broglin Pierre, Winkler Docourt Gladys, Procédure administrative : principes généraux et procédure jurassienne, Genève 2015.
- BRÜHWILER Brühwiler Jürg, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3^e éd., Bâle 2014.
- BRUNNER Brunner Stephan C., Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantonaler Zusammenarbeit, Untersucht am Beispiel der Ostschweiz, thèse, Zürich 2000.
- Kantonale Staatlichkeit im Wandel: Die Kantonsparlamente vor der Herausforderung kooperativer Handlungsformen, in: LeGes 2004/1, p. 131-155.
- Föderalismus: Ein altes Konzept für neue Probleme? Interkantonale Zusammenarbeit als Instrument zur Bewältigung des Wandels von Vielfalt und Einheit, Erstvotum zum Beitrag von Thomas Pfisterer, in: PJA 2009, p. 733-739.
- BRUNNER B. Brunner Babette, Das Staatsvertragsreferendum: Ein Volksrecht im Wandel, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2014.

- BSK BGG-AUTEUR Niggli Marcel A., Uebersax Peter, Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2^e éd., Bâle 2011.
- BSK BV-AUTEUR Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria, Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Bâle 2015.
- BÜRKI Bürki Christoph, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Eine Untersuchung zum Verhältnis gerichtsorganisations- und verfahrensbezogener Gesetzmässigkeit und Prozesswirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Bund und im Kanton Bern, thèse, Berne 2011.
- BUSER Buser Denise, Kantonales Staatsrecht, Eine Einführung für Studium und Praxis, 2^e éd., Bâle 2011.
- Comm. aCst.-AUTEUR Aubert Jean-François, Eichenberger Kurt, Müller Jörg Paul, Rhinow René, Schindler Dietrich (édit.), Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Bâle/Zürich/Berne dès 1986.
- Comm. LTF-AUTEUR Corboz Bernard, Wurzbürger Alain, Ferrari Alain, Frésard Jean-Maurice, Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014.
- Congrès SSJ-ORATEUR Société suisse des juristes, Sitzung vom Sonntag, den 5 octobre 1969 in der Aula Magna der Universität Genf, in: RDS 1969 II, p. 1053-1092.
- CORVINI Corvini Ivo Lorenzo, Kommunale Rechtsetzung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Basel-Landschaft, thèse, Liestal 1999.
- COTTIER Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, thèse, Diessenhofen 1983.
- DAENIKER Daeniker Daniel, Überführung staatlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Jaag Tobias (édit.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Referate einer Tagung vom 29. September 1999, Zürich 2000, p. 49-66.
- DÉPRAZ Dépraz Alex, Parlement et Gouvernement dans la nouvelle Constitution, in: Moor Pierre (édit.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 229-266.
- DILLIER Dillier Stephan, Die politischen Rechte, in: RFJ 2005, Numéro spécial, La Nouvelle Constitution fribourgeoise, p. 179-202.
- DOMINICÉ Dominicé Christian, Fédéralisme coopératif, in: RDS 1969 II, p. 743-893.
- DONZALLAZ Donzallaz Yves, L'art. 30 al. 2 nCst. Féd., in: PJA 2002, p. 530-549.

- DORMANN Dormann Albert, Interkantonale Institutionen mit Hoheitsbefugnissen, thèse, Zurich 1970.
- DREIER Dreier Horst, Commentaire de l'art. 79 GG, in: Dreier Horst (édit.), Grundgesetz – Kommentar, Vol. II, 2^e éd., Tübingen 2006.
- DUBACH Dubach Reto, Commentaire de nombreux articles, in: Dubach Reto, Marti Arnold, Spahn Patrick (édit.), Verfassung des Kantons Schaffhausen – Kommentar, Schaffhouse 2004.
- DUBEY/ZUFFEREY Dubey Jacques, Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014.
- EHRENZELLER Ehrenzeller Bernhard, Kooperativer Föderalismus und Demokratie, in: Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse (édit.), 1^{ère} Conférence sur le fédéralisme, Le fédéralisme coopératif face à de nouveaux défis, Bâle/Fribourg 2005, p. 67-86.
- Politische Fragen vor Verwaltungsgerichten, in : ZBl 2016, p. 3-21.
- EHRENZELLER/NOBS Ehrenzeller Bernhard, Nobs Roger, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, in: ZBl 2009, p. 1-31.
- EICHENBERGER Eichenberger Kurt, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Berne 1960.
- Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980, Erläuterungen, Aarau 1986.
- ELLWANGER Ellwanger Maria Rodriguez, Les instruments juridiques de la planification transfrontalière dans le bassin de vie franco-valdo-genevois, thèse, Genève/Zurich 2016.
- EQUEY Equey David, Aspects juridiques de l'institution communale vaudoise, in: RDAF 2010 I, hors série, p. 1-215.
- ERNST Ernst Wolfgang, Fremde Richter – damals und heute, in: PJA 2013, p. 1374-1377.
- ESTERMANN Estermann Josef, Comment endiguer la consommation de sol – Instruments pour une utilisation durable du sol, «Durabilitas» 2016, Bienne 2016.
- FAVRE Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel », in: Favre Anne-Christine, Martenet Vincent, Poltier Étienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich 2016, p. 145-192.

- FEUZ Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe, Inhalt und Tragweite. Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, thèse, Berne 2002.
- FISCHBACHER Fischbacher Alain, Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland: Aufgaben, Einfluss und Auswahl, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2006.
- FISCHER/LUCK Fischer Roland/Luck Simon, La situation financière des collectivités publiques en Suisse, in : La Vie économique 4-2009, p. 46-49.
- FLEINER Fleiner Thomas, Föderalismus und Totalrevision, in: Fleiner Thomas, Forster Peter, Misic Alexander, Thalmann Urs (édit.), Die neue schweizerische Bundesverfassung, Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur – La nouvelle Constitution suisse, Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 1-5.
- FLEINER/IVANOV Fleiner Thomas, Ivanov Daniela, La mise en œuvre de la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29 Cst. dans le droit intercantonal, Avis de droit, du 30 avril 2007.
- FREIVOGEL Freivogel Andreas, Die Basler Gerichtsorganisation, in: Buser Denise (édit.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt : Festgabe zum 125-jährigen Jubiläum der Advokatenkammer in Basel, Bâle 2008, p. 401-434.
- FREUDIGER Freudiger Patrick, Anstalt oder Aktiengesellschaft ? Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, thèse, Berne 2016.
- FRIEDERICH Friederich Ueli, Gemeinderecht, in: Müller Markus, Feller Reto (édit.), Bernisches Verwaltungsrecht, Berne 2013, p. 232-264.
Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 21. August 2015, 2C_510/2014, Kommentar, in: ZBl 2016, p. 96-99.
- FRIEDERICH/WICHTERMANN Friedrich Ueli, Wichtermann Jürg, Zwischen Legalität und Flexibilität, in: LeGes 1997/3, p. 13-61.
- GANDER Gander Peter, Volksinitiative im Kanton Schwyz, in: ZBl 1990, p. 378-408.
- GAVILLET Gavillet André, Un échec ; un épisode, in: Domaine public, n° 1347, du 11 juin 1998, p. 2.
La collaboration intercantonale, du concordat au traité, in: Domaine Public, numéro spécial n° 1386, du 14 mai 1999, p. 1-32.

- GLASER/FUHRER Glaser Andreas, Fuhrer Corina, Der Lehrplan 21: Interkantona-
les soft law mit Demokratiedefizit, in: RDS 2015 I, p. 513-540.
- GLASER/LANGER Glaser Andreas, Langer Lorenz, Die Institutionalisierung der Bi-
lateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische
Demokratie, in: RSDIE 2013, p. 563-583.
- GRASS ET AL. Grass Michael, Krummenacher Reto, Eichler Martin, Müller Urs,
Situation budgétaire actuelle et future des cantons suisses, in:
La Vie économique 3-2012, p. 18-21.
- GREBER Greber Anton, Die strukturellen Grundlagen des Schweizeri-
schen Bundesstaats, in: Fleiner Thomas, Forster Peter, Misic Ale-
xander, Thalmann Urs (édit.), Die neue schweizerische Bundes-
verfassung, Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und
Staatsstruktur – La nouvelle Constitution suisse, Fédéralisme,
droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État,
Bâle/Genève/Munich 2000, p. 7-20.
- GRIFFEL Griffel Alain, Städte und Agglomerationen, in: Ruch Alexander,
Griffel Alain (édit.), Raumplanungsrecht in der Krise: Ursachen,
Auswege, Perspektiven, Zurich 2008, p. 135-169.
- GRISEL Grisel Etienne, Association de communes, avis de droit à l'inten-
tion de la Municipalité de Nyon, Préverenges, du 11 sep-
tembre 2002.
- Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-
directe en droit suisse. 3^e éd., Berne 2004.
- Déclin ou renouveau du fédéralisme ? Les conventions intercan-
tonales dans les révisions constitutionnelles de 1999 à 2004, in:
Bovay Benoît, Nguyen Minh Son (édit.), Mélanges Pierre Moor
– Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du terri-
toire, Berne 2005, p. 297-310.
- Les relations entre la municipalité et le conseil général ou com-
munal en droit vaudois, in: RDAF 2013 I, p. 45-68.
- GRODECKI Grodecki Stéphane, L'initiative populaire cantonale et munici-
pale à Genève, thèse, Genève 2008.
- GROSS Gross Jost, Aufsicht und Verantwortlichkeit, in: Schaffhauser
René, Poledna Tomas (édit.), Auslagerung und Privatisierung
von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und
ihre Folgen: Referate der Tagung vom 14. November 2001 in Lu-
zern, Saint-Gall 2002, p. 125-143.

- GRÜTER Grüter Peter, Die schweizerischen Zweckverbände, Eine Untersuchung der interkommunalen Zusammenarbeit, thèse, Zurich 1973.
- GSCHWEND Gschwend Lukas, Fremde Richter, fremde Gerichte, fremdes Recht, in: Justice - Justiz - Giustizia 2014/1.
- GUY-ÉCABERT Guy-Écabert Christine, Divers instruments de la collaboration intercommunale, en particulier le contrat de coordination, in: RDAF 2004 I, p. 81-101.
- GYGI Gygi Fritz, Zweckverband oder Region? Über Reformbestrebung im Organisationsrecht der Staats- und Gemeindeverwaltung, namentlich im Bereich der Raumplanung (Vorgetragen vor dem Zürcher Juristenverein am 16. November 1972), in: ZBl 1973, p. 137-153.
- HAEFLIGER/SCHÜRMANN Haefliger Arthur, Schürmann Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz: die Bedeutung der Konvention für die Schweizerische Rechtspraxis, 2^e éd., Berne 1999.
- HÄFELIN Häfelin Ulrich, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz: Referat, in: RDS 1969 II, p. 549-741.
Aktuelle Fragen des Konkordatsrechts, in: RSJ 1973, p. 249-262.
- HÄFELIN ET AL. Häfelin Ulrich, Haller Walter, Keller Helen, Turnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.
- HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Häfelin Ulrich, Müller Georg, Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd., Zurich/Saint-Gall 2016.
- HÄFELIN/HALLER/KELLER Häfelin Ulrich, Haller Walter, Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.
- HALDY Haldy Jacques, L'organisation territoriale et les communes, in: Moor Pierre (édit.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 291-310.
- HÄNER Häner Isabelle, Kausalabgaben – Eine Einführung, in: Häner Isabelle, Waldmann Bernhard (édit.), Kausalabgaben, Berne 2015, p. 1-25.
Organisationsrecht (ausgewählte Fragen), in: Biaggini Giovanni et al. (édit.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2015, p. 1165-1209.
- HANGARTNER Hangartner Yvo, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Erster Band: Organisation, Zurich 1980.

- Parlament und Regierung, in: ZBl 1990, p. 473-503.
- Die Wahl kantonaler Parlamente nach dem Majorzsystem, in: ZBl 106/2005, p. 217-233.
- Bundesgericht, I. Öffentlich-rechtliche Abteilung, 7.7.2010, Grüne Nidwalden, Norbert Furrer und Leo Amstutz c. Verfassungsgericht des Kantons Nidwalden, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (1C_541/2009) mit Bemerkungen, in: PJA 2011, p. 140-144.
- Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV), in: RDS 2012 I, p. 145-157.
- Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, in: PJA 2013, p. 698-707.
- HANGARTNER/KLEY Hangartner Yvo, Kley Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000.
- HÄNNI Hänni Peter, Vor einer Renaissance des Konkordates? – Möglichkeiten und Grenzen interkantonalen Vereinbarungen, in: Ehrenzeller Bernhard, Mastronardi Philippe, Schaffhauser René, Schweizer Rainer J., Vallender Klaus A. (édit.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen : Festschrift für Yvo Hangartner, Saint-Gall 1998, p. 659-674.
- HAUSER Hauser Matthias, Formen ausgelagerter Handlungseinheiten, in: Schaffhauser René, Poledna Tomas (édit.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen: Referate der Tagung vom 14. November 2001 in Luzern, Saint-Gall 2002, p. 29-70.
- HERZOG Herzog Ruth, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungspflege, thèse, Berne 1995.
- HERZOG/MAHON/PAPADOPOULOS Herzog Eva, Mahon Pascal, Papadopoulos Yannis, Vers une réforme du Conseil des États ? Discussion d'une proposition de réforme de la composition de la Chambre des cantons, in: Plata Andrea (édit.), Le fédéralisme face aux nouveaux défis territoriaux: institutions, économie et identité, Actes de la 3^{ème} Conférence nationale sur le fédéralisme, Bellinzzone 2012, p. 165-169.
- HEUBERGER Heuberger Nils, Interkantonale Zusammenarbeit aus Sicht der Regionen, Erste Resultate der BADAC-Erhebung über die Behörden und die kantonalen Verwaltungen 2008, Working paper de l'IDHEAP 02/2010, Chavannes-près-Renens.

HIRTER	Hirter Hans, Die Grösse eines Parlaments aus politologischer Sicht, in: Parlament, Parlement, Parlamento 1/04, p. 4 s.
HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES	Horber-Papazian Katia, Jacot-Descombes Caroline, La collaboration intercommunale en Suisse, in: Tanquerel Thierry, Bellanger François (édit.), L'avenir juridique de communes, Genève 2007, p. 105-123.
HOTTELIER	Hottelier Michel, Tribunal fédéral, IIème Cour de droit public, 30.11.1998, Union genevoise des carrossiers et consorts c. Office cantonal de conciliation du canton de Genève et FTMH (cause 2P.354/1997), recours de droit public. Commentaire, in: PJA 1999, p. 344-347.
HOTTELIER/TANQUEREL	Hottelier Michel, Tanquerel Thierry, La Constitution genevoise du 14 octobre 2012, in: SJ 2014 II, p. 341-385.
HOTTINGER	Hottinger Julian T., La diversité culturelle, in: Fleiner Thomas, Forster Peter, Mistic Alexander, Thalmann Urs (édit.), Die neue schweizerische Bundesverfassung, Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur – La nouvelle Constitution suisse, Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 35-52.
HOTZ	Hotz Reinhold, Probleme bei der eidgenössischen Gewährleistung kantonaler Verfassungen, in: ZBI 1982, p. 19.
HÜNGERBÜHLER	Hüngebühler Adrian, Begriff der gebundenen Ausgabe und Delegation der Ausgabenkompetenz, in: Hangartner Yvo (édit.), Ausgewählte Fragen des Finanzreferendums, Saint-Gall 1992, p. 55-87.
HUOVINEN	Huovinen Anja, Der Universitätsvertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt: Beitrag – Beteiligung – Gemeinsame Trägerschaft, in: Canton de Bâle-Campagne (édit.), Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft V, Liestal 2012, p. 163-197.
IFF ET AL.	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.
INSTITUT DU FÉDÉRALISME	Institut du Fédéralisme, De l'existence, des fonctions et de l'utilité d'un échelon intermédiaire en Suisse et plus spécialement dans le Canton du Valais, Granges-Paccot 2002.

- IVANOV Ivanov Daniela, Étude juridique portant sur la piste « Compétences interjurassiennes », Granges-Paccot 2008.
- IVANOV/ROTH Ivanov Daniela, Roth Marius, Verbesserungsmöglichkeiten im Bereich der Publikation des interkantonalen Rechts, in: Le-Ges 2013, p. 201-207.
- IWSB Institut für Wirtschaftsstudien Basel (IWSB), Steuerungsinstrumente der Bodennutzung. Faktenblätter, Bienne 2016.
- JAAG Jaag Tobias, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Jaag Tobias (édit.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Referate einer Tagung vom 29. September 1999, Zurich 2000, p. 23-48.
- Die Verordnung im Schweizerischen Recht, in: ZBl 2011, p. 629-659.
- Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundestaat, in: PJA 2013, p. 774-781.
- Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen sowie zwischen den Kantonen, in: Biaggini Giovanni, Gächter Thomas, Kiener Regina (édit.), Staatsrecht, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2015, § 14, p. 166-174.
- JAAG/RÜSLI Jaag Tobias, Rüssli Markus, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf für ein neues Gemeindegesetz des Kantons Zürich, Zurich 2011.
- JAGMETTI Jagmetti Riccardo, Die Region, in: Jagmetti Riccardo, Schlupe Walter (édit.), Festschrift für Walther Hug, Berne 1968, p. 469-495.
- Die Stellung der Gemeinden, in: RDS 1972 II, p. 225-396.
- JEANNERAT Jeannerat Eloi, La planification dans les espaces fonctionnels, in: Territoire & Environnement 6/2012, p. 2-31.
- L'égalité des droits politiques : enjeu et limite des réformes territoriales, in: Bahar Rashid, Trigo Trindade Rita (édit.), L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 177-208.
- La notion de « législateur formel »: Quelle mise en œuvre au niveau régional ?, in: Pichonnaz Pascal (édit.), Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit, Zurich 2014, p. 153-174.
- La régionalisation des tâches publiques entre difficultés financières et préservation de l'autonomie cantonale et communale, in: Heckendorn Urscheler Lukas, Topaz Druckman Karen (édit.),

- Les difficultés économiques en droit, Genève/Zurich 2015, p. 83-96.
- JEANNERAT/MAHON Jeannerat Eloi, Mahon Pascal, Commentaire des art. 359-360e CO, in: Dunand Jean-Philippe, Mahon Pascal (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 1256-1264.
- JEANRENAUD/VOILLAT Jeanrenaud Claude, Voillat Françoise, Budget de la nouvelle entité de type cantonal des six districts, Canton du Jura et Jura bernois, Estimation selon deux modèles, Mandat de l'Assemblée interjurassienne, Neuchâtel 2008.
- JENNY Jenny David, Interkantonale Zusammenarbeit, in: Buser Denise (édit.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt: Festgabe zum 125-jährigen Jubiläum der Advokatenkammer in Basel, Bâle 2008, p. 275-303.
- JENNY K. Jenny Kurt, Interkantonaes Nachbarschaftsrecht, in: Eichenberger Kurt et al. (édit.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Bâle 1984, p. 285-315.
- KÄLIN Kälin Walter, Loi et ordonnance, in: Kälin Walter, Bolz Urs (édit.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995, p. 131-149.
- KAMER Kamer Bernhard, Rechtliche Fragen aus dem Problemkreis der interkantonalen Zusammenarbeit, thèse, Zurich 1981.
- KAUZ Kauz Hannah, Multi-Level-Government Schweiz – Aspekte der Zusammenarbeit im Bundestaat, in: Waldmann Bernhard, Hänni Peter, Belser Eva Maria (édit.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke / Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Berne 2011, p. 29-48.
- KELLER Keller Andreas J., Commentaire de l'art. 14 CPP, in: Donatsch Andreas, Hansjakob Thomas, Lieber Viktor (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich 2014.
- KELLER/BALAZS-HEGEDÜS Keller Helen, Balazs-Hegedüs, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?, in: PJA 2016, p. 712-724.
- KETTIGER Kettiger Daniel, Aufgabenteilung von Regierung und Parlament bei der wirkungsorientierten Steuerung – Gedanken und Thesen zur Gewaltenteilung unter NPM, in: PJA 2000, p. 521-530.
- KIENER/KÄLIN Kiener Regina, Kälin Walter, Grundrechte, Berne 2007.
- KNAPP Knapp Blaise, L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers, in: Koller Heinrich, Müller Georg, Rhinow René A., Zimmerli Ulrich (édit.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht,

- Partie 1 sous la responsabilité de Tobias Jaag, Bâle/Frankfurt a.M. 1996, p. 1-62.
- KNAPP/RUCH/SCHWEIZER Knapp Blaise, Ruch Alexander, Schweizer Rainer J., Réforme de la Constitution fédérale, Rapport à l'intention du groupe de travail des cantons « révision de la Constitution fédérale », in: Conférence des gouvernements cantonaux (édit.), Réforme de la Constitution comme réforme du fédéralisme, Le projet de Constitution 1995 du point de vue des cantons, Zurich 1997, p. 9-64.
- KOCHER Kocher Martin, Regionalkonferenzen im Kanton Bern, in: JAB 2010, p. 289-336.
- KOLLER Koller Cornelia, Organisationsformen interkantonaler Zusammenarbeit im Justizvollzug am Beispiel des Konzepts Risikoorientierter Sanktionenvollzug (ROS), travail de Master, Berne 2009.
- KÖLZ Kölz Alfred, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, Darstellung und kritische Betrachtung, in: ZBl 1982, p. 2-49.
- Problemen des kantonalen Wahlrechts – Darstellung und kritische Betrachtung der Gesetzgebung und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, I. Teil Allgemeine Grundlagen und Parlamentswahlen, in: ZBl 1987, p. 1-40.
- KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI Kölz Alfred, Häner Isabelle, Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.
- Komm. GG BE-AUTEUR Arn Daniel, Friederich Ueli, Friedli Peter, Müller Markus, Müller Stefan, Wichtermann Jürg (édit.), Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Berne 1999.
- Komm. KV GR-AUTEUR Bänziger, Mengiardi, Toller & Partner (édit.), Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden, Coire 2006.
- Komm. KV LU-AUTEUR Paul Richli Paul, Wicki Franz (édit.), Kommentar der Kantonsverfassung Luzern, Berne 2010.
- Komm. KV ZH-AUTEUR Häner Isabelle, Rüssli Markus, Schwarzenbach Evi (édit.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zurich 2007.
- KRAEMER Kraemer Raphael, Ballungsräume und ihre Rolle im föderalen Gefüge von Bundesstaaten, in: Waldmann Bernhard, Hänni Peter, Belser Eva Maria (édit.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke / Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Berne 2011, p. 29-48.

- KÜNZLI Künzli Jörg, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, in: RDS 2009 I, p. 47-75.
- LADNER ET AL. Ladner Andreas, Steiner Reto, Horber-Papazian Katia, Fiechter Julien, Jacot-Descombes Caroline, Kaiser Claire, Gemeindemonitoring 2009/2010 – Bericht zur fünften gesamtschweizerischen Gemeindeschreiberbefragung, Berne 2013.
- LIENHARD Lienhard Andreas, Die Stellung der Gemeinden nach der neuen Verfassung des Kantons Bern, in: Lienhard Andreas, Friedli Peter (édit.), Beiträge zum Gemeinderecht, Berne 1994, p. 5-53.
- Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, in: PJA 2002, p. 1163-1174.
- Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz – Analyse – Anforderungen – Impulse, Berne 2005.
- LIENHARD ET AL. Lienhard Andreas, Schwarz Daniel, Sager Fritz, Steiner Reto, Müller Andreas, Reform des Parlamentsrechts im Kanton Bern, Studie im Auftrag der Kommission Parlamentsrechtsrevision des Kantons Bern, Berne 2011.
- LIENHARD/WICHTERMANN Lienhard Andreas, Wichtermann Jürg, Haftung bei gemeinsamen Trägerschaften im Rahmen der interkantonalen Zusammenarbeit mit Lastenausgleich, Rechtsgutachten im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK), du 7 mars 2005, Berne.
- LINDER Linder Wolf, Schweizerische Demokratie, Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 3^e éd., Berne 2012.
- MACHERET Macheret Augustin, Le renouveau du paysage suisse des hautes écoles, in: Zufferey Jean-Baptiste, Dubey Jacques, Previtali Adriano (édit.), L’Homme et son droit, Mélanges en l’honneur de Marco Borghi, Zurich 2011, p. 263-280.
- MÄCHLER Mächler August, Die Erfüllung von Gemeindeaufgaben durch ausgegliederte Verwaltungseinheiten (Überarbeitete Fassung eines der Expertenkommission für die Revision des Gemeindeorganisationsgesetzes erstatteten Berichtes), in: EGV-SZ 1989, p. 153-171.
- Föderalismus in der Krise: Geleitete Zusammenarbeit als Ausweg ?, in: RDS 2004 I, p. 571-599.

- Ersatzvornahme für die Rechtssetzung der Gemeinden, in: Rüssli Markus, Hänni Julia, Häggi Furrer Reto (édit.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag, Zurich 2012, p. 115-127.
- MAGNIN Magnin Josianne, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2017.
- MAHON Mahon Pascal, La décentralisation administrative, thèse, Genève 1985.
- La citoyenneté active en droit public suisse, in: Thürer Daniel, Aubert Jean-François, Müller Jörg Paul (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 335-347.
- Le principe de la séparation des pouvoirs, in: Thürer Daniel, Aubert Jean-François, Müller Jörg Paul (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 1011-1025.
- Rapport sur l'avant-projet de Constitution [vaudoise], mis en consultation en juin 2001, établi sur mandat de l'Assemblée constituante du 1er mai 2001, du 20 septembre 2001.
- Commentaire de nombreux articles, in: Aubert Jean-François, Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.
- MAHON/JEANNERAT Mahon Pascal, Jeannerat Eloi, La notion de « révision totale matérielle », Un remède inutile à l'exigence de l'unité de la matière ?, in: PJA 2013, p. 1390-1398.
- Commentaire de l'art. 342 CO, in: Dunand Jean-Philippe, Mahon Pascal (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, p. 880-895.
- MAHON/SCHALLER Mahon Pascal, Schaller Roxane, L'élection des juges entre tradition démocratique et exigences de l'État de droit, in: Parlement, Parlement, Parlamento 2/13, p. 3-14.
- MARTENET Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse, Bâle 1999.
- La conclusion des conventions internationales et intercantonales au regard de la séparation des pouvoirs, spécialement dans le canton de Genève, in: ZBI 2011, p. 173-208.
- MATEFI Matefi Gabriella, Das Verfahren vor der Beschwerdekommision der Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW), in: Leupold Michael, Rüetschi David, Stauber Demian, Vetter Meinrad (édit.),

- Der Weg zum Recht : Festschrift für Alfred Bühler, Zurich 2008, p. 301-333.
- MCGREGOR McGregor Eleanor, L'arbitrage en droit public suisse, Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2015.
- MEIER Meier Philippe, Le nouveau droit de la protection de l'adulte: présentation générale et quelques rapports avec le droit des poursuites et faillites, in: JdT 2013 II, p. 3-31.
- MEYER Meyer Kilian, Gemeindeautonomie im Wandel : eine Studie zu Art. 50 Abs. 1 BV unter Berücksichtigung der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie, thèse, Saint-Gall 2011.
- MEYER M. Meyer Markus, Die interkantonale Konferenz – ein Mittel der Kantone zur Zusammenarbeit auf Regierungsebene, thèse, Berne 2006.
- MEYLAN Meylan Jacques, Problèmes actuels de l'autonomie communale, in: RDS 1972 II, p. 1-219.
- MOHLER Mohler Markus H.F., Grundsatz des Polizeirechts in der Schweiz, Bâle 2012.
- MOOR Moor Pierre, Droit administratif, Volume III : L'organisation des activités administratives – Les biens de l'État, Berne 1992.
- Droit administratif, Volume I : Les fondements généraux, 2^e éd., Berne 1994.
- MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET
- Moor Pierre, Flückiger Alexandre, Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I, Les fondements, 3^e éd., Berne 2012.
- MOOR/POLTIER Moor Pierre, Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011.
- MORARD Morard Martine, Les systèmes de rémunération applicables à la fonction publique : exemple du canton de Fribourg, in: RFJ 2004, p. 201-224.
- MORITZ Moritz Jean, La juridiction constitutionnelle dans le Canton du Jura, Porrentruy 1993.
- Commentaire de la Constitution jurassienne. Volume I. Préambule, articles 1er à 54, Courrendlin 1997.
- Commentaire de la Constitution jurassienne. Volume II (art. 55 à 81). Les principes de l'activité étatique, les droits politiques. Courrendlin 2002.

- Contrôle des normes : la juridiction constitutionnelle vaudoise à l'épreuve de l'expérience jurassienne, in: RDAF 2005 I, p. 1-34.
- MOSER C. Moser Christian, Für eine erweiterte parlamentarische Mitwirkung im Bereich der interkantonalen Zusammenarbeit, in: Parlament, Parlement, Parlamento 2/10, p. 21-23.
- MOSER W. Moser Walter, Interkantonale Rechtsetzung am Beispiel der Rahmenvereinbarung über die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich (IRV), in: LeGes 2006/1, p. 43-64.
- MOSER/FISCHER Moser Peter, Fischer Judith, Gemeindegrösse und Leistungsfähigkeit von Gemeinden, Studie zuhanden des Amtes für Gemeinden des Kantons Graubünden, Coire 2010.
- MÜLLER Müller Georg, Ausschaltung des Finanzreferendums durch Delegation der Ausgabenbewilligungskompetenz, Bemerkungen zu den Urteilen des Bundesgerichts vom 3. November 1976 und vom 8. Juni 1977 (BGE 102 Ia 457 ff. und ZBl 78/1977, 506 ff), in: ZBl 1978, p. 8.
- Gesetz und Verordnung in der Justizgesetzgebung, in: Aargauischer Juristenverein (édit.), Festschrift für den Aargauischen Juristenverein, 1936-1986 : Beiträge zum Zivilprozess-, Anwalts- und Justizverwaltungsrecht sowie zum Raumplanungsrecht, Aarau 1986, p. 19-30.
- Legalitätsprinzip und kantonale Verfassungsautonomie, in : Halter Walter, Kölz Alfred, Müller Georg, Thürer Daniel (édit.), Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift Dietrich Schindler, Bâle/Francfort 1989, p. 747-757.
- Problemen der Abgrenzung der parlamentarischen Oberaufsicht im Bund, in: RDS 1992 I, p. 389-414.
- Sind Wahlen von Parlamenten nach dem Majorzsystem verfassungswidrig? Das Bundesgericht zwischen Verfassungsfortbildung und Verfassungspolitik, in: RSJ 2015, p. 103-105.
- MÜLLER M. Müller Markus, Das besondere Rechtsverhältnis, Berne 2003.
- MÜLLER R. Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848, thèse, Egg bei Einsiedeln 2009.
- MÜLLER/SCHEFER Müller Jörg Paul, Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^e éd., Berne 2008.
- MÜLLER/UHLMANN Müller Georg, Uhlmann Felix, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

- MÜLLER/VOGEL Müller Georg, Vogel Stefan, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, in: ZBl 2010, p. 649-669.
- NGUYEN Nguyen Minh Son, Droit administratif international, in: RDS 2006 II, p. 75-136.
- NUSPLIGER Nuspliger Kurt, Gouvernement et parlement, in: Kälin Walter, Bolz Urs (édit.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995, p. 151-176.
- Bernisches Staatsrecht und Grundzüge des Verfassungsrechts der Kantone, 3^e édition, Berne 2008, update 2011 consultable sur <http://www.sjl.recht.ch>.
- NUSPLIGER/MÄDER Nuspliger Kurt, Mäder Jana, Der Dialog zwischen Regierung und Parlament, in: ZBl 2014, p. 523-551.
- OBERSON P. Oberson Pierre, Tâches publiques et finances, in: RFJ 2005, Numéro spécial, La Nouvelle Constitution fribourgeoise, p. 205-233.
- OBERSON X. Oberson Xavier, Droit fiscal suisse, 4^e éd., Bâle 2012.
- ODENDAHL Odendahl Kerstin, Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Lichte des Völkerrechts, in: Tschudi Hans Martin et al. (édit.), Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz, Juristisches Handbuch zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Bund und Kanton, Zurich/Saint-Gall 2014, p. 3-24.
- OECHSLIN Oechslin Roger, Einbezug der Kantonsparlamente zur Behandlung von Konkordaten während der Ausarbeitung, in: Parlament, Parlement, Parlamento 3/09, p. 19-20.
- ÖHLINGER Öhlinger Theo, Verfassungsrecht, 8^e éd., Vienne 2009.
- PELLATON Pellaton Nicolas, Le droit disciplinaire des magistrats du siège, un essai dans une perspective de droit suisse, thèse, Neuchâtel 2016.
- PERREN/WICHTERMANN Perren Peter, Wichtermann Jürg, Erfüllung kommunaler Aufgaben, in: KPG-Bulletin 1/2001, p. 1-12.
- PFISTERER Pfisterer Thomas, Das Recht der Abwasserzweckverbände, thèse, Aarau 1969.
- Die kantonalen Gesetzgeber vor der Reform der Bundesrechtspflege, in: Ehrenzeller Bernhard, Schweizer Rainer J. (édit.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Saint-Gall 2006, p. 257-349.

- Die Bundesverfassung vor Vielfalt und Einheit im Wandel, in: PJA 2009, p. 706-726.
- PLATIPODIS-BÄTSCHMANN Bettina, Das Behördenreferendum in den Kantonen, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2013.
- PIGUET Jean-Michel, La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse en matière d'autonomie communale: une « charte prétorienne » de l'autonomie locale, Rapport présenté dans le cadre de la Conférence de Barcelone sur la Charte européenne de l'autonomie locale, in: RDAF 1992 I, p. 145-159.
- POLEDNA Tomas, Wahlrechtsgrundsätze und kantonale Parlamentswahlen, thèse, Zurich 1988.
- Annäherung ans Obligationenrecht, in: Helbling Peter/Poledna Tomas (édit.), Personalsrecht des öffentlichen Dienstes, Berne 1999, p. 209-237.
- POLTIER Etienne, La surveillance des entités décentralisées, in: Bellanger François, Tanquerel Thierry (édit.), Surveillance et contrôles de l'administration, Genève 2008, p. 67-109.
- PUKELSHEIM/SCHUHMACHER Friedrich, Schuhmacher Christian, Das neue Zürcher Zuteilungsverfahren für Parlamentswahlen, in: PJA 2004, p. 505-522.
- RAEMY Reinold, Organisation der Gerichtsbehörden, in: RFJ 2005, Numéro spécial, La Nouvelle Constitution fribourgeoise, p. 273-287.
- REY/THÉVOZ Michel, Thévoz Laurent, La collaboration intercommunale: facteur décisif du succès de la mise en œuvre des plans régionaux et des schémas d'agglomération, Essai sur la pratique de la gouvernance territoriale en Suisse romande, Lausanne 2012.
- RHINOW René, Die Totalrevision der Kantonsverfassung: zur Problematik gliedstaatlicher Staatsreformen, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (édit.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973, Bâle 1973, p. 113-129.
- Die Bundesverfassung 2000 : Eine Einführung, Bâle 2000.
- Partnerschaft statt Fusion, Die Fusions- und Partnerschaftsbestrebungen 2013-2015 im Rückblick, in: Canton de Bâle-Campagne (édit.), Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft VI, Liestal 2015, p. 9-53.

- RHINOW ET AL. Rhinow René, Koller Heinrich, Kiss Christina, Thurnherr Daniela, Brühl-Moser Denise, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3^e éd., Bâle 2014.
- RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX Rhinow René, Schefer Markus, Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^e édition, Bâle 2016.
- RIBORDY Ribordy Alain, Le canton de Fribourg peut-il accorder des droits civiques aux étrangers sans modifier sa constitution ?, in: RFJ 1996, p. 197-217.
- RICHLI Richli Paul, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management: staatsrechtliche Fixpunkte für Flexibilisierung und Dynamisierung des Beamtenverhältnisses, Berne 1996.
- Partnerschaft zwischen Basel-Stadt und Basel-Landschaft, in: Schriftenreihe des Justizdepartements Basel-Stadt, Baselstädtische Kantonsverfassung, Bâle 2001, p. 97-119.
- ROSELLO Rosello Héloïse, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, thèse, Neuchâtel 2016.
- ROTH Roth Marius, Die Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz, thèse, Zurich 2011.
- RUDIN Rudin Beat, Commentaire de nombreux articles, in: Rudin Beat, Baeriswyl Bruno (édit.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (IDG), Zurich 2014.
- RÜEFLI Rüefli Anna, Spezialisierung an Gerichten, in: Justice – Justiz – Giustizia 2013/2.
- RÜHLI Rühli Lukas, Gemeindeautonomie zwischen Illusion und Realität: Gemeindestrukturen und Gemeindestrukturpolitik der Kantone, in: Avenir Suisse (édit.), Kantonsmonitoring 4, Zurich 2012, p. 1-192.
- RÜSSLI Rüssli Markus, Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden des Kantons Zürich und zwischen dem Kanton und den Gemeinden, in: Rüssli Markus, Hänni Julia, Furrer Reto Häggi (édit.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag, Zurich 2012, p. 129-143.
- RÜTSCHKE Rüttsche Bernhard, Avis de droit : Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux suite à la mise en oeuvre du nouveau financement hospitalier, du 31 mars 2012, Lucerne.
- Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 2013, p. 153-162.

- SÄGESSER Sägesser Thomas, Commentaire des art. 143 à 191c Cst., in: Sägesser Thomas (édit.), Die Bundesbehörden, Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Berne 2000.
- Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG – Kommentar, Berne 2007.
- SALADIN Saladin Peter, Demokratische Sonderrechte von « Betroffenen » ?, in: Aubert Jean-François, Bois Philippe (édit.), Mélanges André Grisel : recueil de travaux offert à André Grisel, Neuchâtel 1983, p. 271-288.
- SANTSCHY Santschy Antoine, Le droit parlementaire en Suisse et en Allemagne, thèse, Neuchâtel 1982.
- SCHAFFHAUSER Schaffhauser René, Die direkte Demokratie in den komplexen Formen der Gemeindeorganisation, thèse, Saint-Gall 1978.
- SCELLENBERG Schellenberg Barbara, Die Organisation der Zweckverbände, Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Kantons Zürich, thèse, Zurich 1975.
- SCHENKE Schenke Wolf-Rüdiger, Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, in: NJW 1980, p. 743-749.
- SCHENKER Schenker Marcel, Das Recht der Gemeindeverbände – Unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in den Kantonen Bern, Luzern, Nidwalden, Zug, St.Gallen, Graubünden, Aargau, Waadt, Neuenburg und Jura, thèse, Saint-Gall 1986.
- SCHERRER Scherrer Josef, Die Demokratie in der ordentlichen Gemeindeorganisation des Kantons St. Gallen, thèse, Winterthur 1965.
- SCHINDLER Schindler Benjamin, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, in: ZBl 2016, p. 113-114.
- SCHINDLER/LOUIS Schindler Benjamin, Louis Patrik, Erstinstanzlicher Rechtsschutz gegen universitäre Prüfungsentscheidungen, in: ZBl 2011, p. 509-537.
- SCHMID N. Schmid Niklaus, Möglichkeiten und Grenzen der Kantone bei der Organisation ihrer Strafbehörden, in: PJA 2007, p. 699-707.
- SCHMID S. Schmid Stefan G., Alte Unbekannte: Das Behördenreferendum und das ausserordentliche Referendum im kantonalen Staatsrecht, in: ZBl 2013, p. 127-158.
- SCHMIDT Schmidt Noël Aline, La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, thèse, Neuchâtel 2011.

- SCHMITT Schmitt Nicolas, Le droit intercantonal comparé, reflet de l'essence même du fédéralisme, in: LeGes 2012, p. 277-294.
Les initiatives populaires cantonales – tendances récentes 2009-2013, in: LeGes 2014, p. 247-271.
- SCHMITZ Schmitz Daniel, Die Ausgabenbindung beim Finanzreferendum, thèse, Berne 1991.
- SCHNEUWLY Schnewly Laurent, Communes et structure territoriale, in: RFJ 2005, Numéro spécial, La Nouvelle Constitution fribourgeoise, p. 303-321.
- SCHNYDER Schnyder Thierry, Organisation der Gemeindegerichte, in: RVJ 2012, p. 3-31.
- SCHNYDER V. WARTENSEE Schnyder von Wartensee Zeno, Schwerpunkte und Tendenzen im Bereich des interkantonalen Rechts, in: LeGes 2013, p. 471-487.
- SCHOTT C. Schott Clausdieter, Fremde Richter – fremde Gerichte, in: PJA 2013, p. 1368-1373.
- SCHOTT M. Schott Markus, Bildung und Kultur, in: Buser Denise (édit.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt: Festgabe zum 125-jährigen Jubiläum der Advokatenkammer in Basel, Bâle 2008, p. 1033-1081.
- SCHWEIZER Schweizer Rainer J., Kantonale Kompetenzordnung und interkantonale Vereinbarungen, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (édit.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973, Bâle 1973, p. 131-157.
Die erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes durch Rekurs- und Schiedskommissionen – Aktuelle Situation und Reformbedürfnisse, Gutachten zuhanden der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Bâle 1998.
- SCIARINI Sciarini Pascal, Vorbereitung für die Föderalismusreform?, in: Neue Zürcher Zeitung du 8 février 2005, n° 32, p. 15.
- SCYBOZ Scyboz Pierre, Pouvoirs législatif et exécutif: règles générales, organisation et fonctionnement, in: RFJ 2005, Numéro spécial, La Nouvelle Constitution fribourgeoise, p. 235-271.
- SEILER Seiler Hansjörg, Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berne 1994.
Commentaire de nombreux articles, in: Seiler Hansjörg, von Werdt Nicolas, Güngerich Andreas, Oberholzer Niklaus (édit.), Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2^e éd., Berne 2015.

- SG Komm. BV-AUTEUR Ehrenzeller Bernhard, Mastronardi Philippe, Schweizer Rainer J., Vallender Klaus A. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève/Saint-Gall 2008.
- Ehrenzeller Bernhard, Schindler Benjamin, Schweizer Rainer J., Vallender Klaus A. (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève/Saint-Gall 2014.
- SIEGRIST Siegrist Ulrich K., *Die schweizerische Verfassungsordnung als Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus*, Band I: Grundlagen, thèse, Zurich 1977.
- Die schweizerische Verfassungsordnung als Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus, Band II: Schranke, thèse, Zurich 1978.
- SOYER/DE SALVIA Soyer Jean-Claude, de Salvia Michel, Article 6, in: Pettiti Louis-Edmond, Decaux Emmanuel, Imbert Pierre-Henri (édit.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris 1999, p. 239-279.
- SPAHN Spahn Patrick, *Commentaire de nombreux articles* in: Dubach Reto, Marti Arnold, Spahn Patrick (édit.), *Verfassung des Kantons Schaffhausen – Kommentar*, Schaffhausen 2004.
- STÄHELIN Stähelin Philipp, *Wegweiser durch die Thurgauer Verfassung*, 2^e éd., Weinfelden 2007.
- STALDER Stalder Beat, *Das Dekret im bernischen Recht, Versuch einer Standortbestimmung*, in: JAB 1990, p. 265-336.
- STEINER Steiner Reto, *Collaboration intercommunale et fusions de communes en Suisse – Résultats d'une étude empirique et jalons pour une gestion systématique de la coopération et de la fusion*, Université de Berne, 2000.
- STEINER/KAISER Steiner Reto, Kaiser Claire, *Administration communale*, in: Ladner Andreas, Chappelet Jean-Loup, Emery Yves, Knoepfel Peter, Mader Luzius, Soguel Nils, Varone Frédéric (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne 2013, p. 143-168.
- STEINMANN Steinmann Gerold, *Die Gewährleistung der politischen Rechte durch die neue Bundesverfassung (Artikel 34 BV)*, in: RJB 2003, p. 481-507.
- STERN Stern Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. 1, 2^e éd., Munich 1984.
- STRECKER/ARN Strecker Mirjam, Arn Daniel, *Synthèse de l'échange d'expériences sur les projets-modèles, Développement de la culture de*

- collaboration dans les agglomérations: réflexions sur les expériences des projets-modèles, Berne 2010.
- SUBILIA-ROUGE Subilia-Rouge Liliane, La nouvelle LPers : quelques points de rencontre avec le droit privé du travail, in: RDAF 2003 I, p. 289-317.
- SURBER Surber Reto Andrea, Commentaire de l'art. 30 al. 2 Cst., in: Spühler Karl, Tenchio Luca, Infanger Dominik (édit.), Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) mit kommentierung von Art. 30 Abs. 2 BV, Bâle 2001.
- SUTTER-SOMM/GUT Sutter-Somm Thomas, Gut Nicolas, Commentaire de l'art. 10 CPC, in: Sutter-Somm Thomas, Hasenböhler Franz, Leuenberger Christoph (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zurich 2013.
- STÖCKLI Stöckli Alex, Die politischen Rechte des Aktivsbürgers in der ordentlichen Gemeindeorganisation des Kantons Luzern, thèse, Willisau 1989.
- STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF Streiff Ullin, von Kaenel Adrian, Rudolph Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.
- STUDERUS Studerus Janine, Fiscal effects of voluntary municipal mergers in Switzerland, Working Paper, 2016.
- TANQUEREL Tanquerel Thierry, Arrêt du Tribunal fédéral du 28 avril 1998, in: RDAF 2000 I, p. 571-573.
- L'établissement public démocratisé: un modèle pour la collaboration intercantonale ?, in: RDAF 2001 I, p. 17-35.
- Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011.
- Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, in: Tanquerel Thierry, Bellanger François (édit.), Les réformes de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 49-82.
- Interview sur la problématique des conseils supérieurs de la magistrature cantonaux, in: Plaidoyer 3/15, p. 6-8.
- Le cadre institutionnel des agglomérations en Suisse, in: Tanquerel Thierry, Bellanger François (édit.), Les agglomérations, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 9-48.

- Commentaire de l'art. 21 LAT, in: Aemisegger Heinz, Moor Pierre, Ruch Alexander, Tschannen Pierre (édit.), *Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation*, Genève/Zürich/Bâle 2016, p. 659-700.
- TANQUEREL/MCGREGOR Tanquerel Thierry, McGregor Eleanor, *L'arbitrage en droit public suisse*, in: Renders David, Devolvé Pierre, Tanquerel Thierry (édit.), *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles 2010, p. 227-279.
- THALMANN Thalmann Hansrudolf, *Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz*, 3^e éd., Wädenswil 2002.
- Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Ergänzungsband*, Wädenswil 2011.
- TÖNDURY Töndury Andrea Marcel, *Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV*, thèse, Zurich 2004.
- Die kantonale Verfassungsinitiative – Ausfluss des Selbstkonstituierungsrechts des Volkes und Anforderung des Bundes an die Kantone*, in: RDS 2007 I, p. 3-20.
- TORNAY Tornay Bénédicte, *La démocratie directe saisie par le juge – L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, thèse, Genève 2008.
- TREPP Trepp Rudolf E., *Gemeindeautonomie und interkommunale Zusammenarbeit im Kanton Graubünden, unter besonderer Berücksichtigung der Regionen Heinzberg-Domleschg und Hinterrhein*, thèse, Saint-Gall 1975.
- TSCHANNEN Tschannen Pierre, *Stimmrecht und politische Verständigung: Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, Bâle 1995.
- Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3^e éd., Berne 2011.
- Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016.
- TSCHANNEN/WYSS Tschannen Pierre, Wyss Simone, *Wahlkreise im Kanton Zug, Gutachten zuhanden der Direktion des Innern des Kantons Zug*, Berne 2005.
- TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER Tschannen Pierre, Zimmerli Ulrich, Müller Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014.

- TSCHENTSCHER Tschentscher Axel, Direkte Demokratie in der Schweiz – Länderbericht 2008/2009, in: Feld Lars P., Huber Peter M., Jung Otmar, Welzel Christian, Wittreck Fabian (édit.), Jahrbuch für direkte Demokratie 2011, Baden-Baden 2010, p. 205-240.
- TURNHERR Turnherr Daniela, Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonaler Autonomie und Vereinheitlichung, in: BJM 2013, p. 217-255.
- UHLMANN/FLEISCHMANN Uhlmann Felix, Fleischmann Florian, Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft, in: Uhlmann Felix (édit.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zurich 2017, p. 7-29.
- UHLMANN/ZEHNDER Uhlmann Felix, Zehnder Vital, Rechtsetzung durch Konkordate, in: LeGes 2011, p. 9-33.
- VEDDER Vedder Christoph, Intraföderale Staatsverträge, Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, Baden-Baden 1996.
- VOGEL Vogel Stefan, Interkantonale Verwaltungsorganisationen, in: ZBl 2009, p. 556-570.
- VOLLERY Vollery Luc, Le Conseil de la Magistrature fribourgeois – Statut et voies de droit contre ses décisions, in: RFJ 2011, p. 107-136.
- VON WYSS Von Wyss Moritz, Maximen und Prinzipien des parlamentarischen Verfahrens, Eine Untersuchung über die Schweizerische Bundesversammlung, thèse, Fribourg 2000.
- VOUTAT Voutat Bernard, Les droits politiques dans la nouvelle Constitution vaudoise, in: Moor Pierre (édit.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004, p. 179-228.
- WALDMANN Waldmann Bernhard, Die Rechtsform der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) *de lege lata* und *de lege ferenda*, Rechtsabklärung, Fribourg, décembre 2005.
- Der kooperative Föderalismus. Eine kurze Einführung, in: Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse (édit.), 1^{ère} Conférence sur le fédéralisme, Le fédéralisme coopératif face à de nouveaux défis, Bâle/Fribourg 2005, p. 15-34.
- La RPT et ses enjeux, Discours prononcé lors du Forum Interparlementaire Romand, Lausanne, 27 février 2009.
- Föderalismus unter Druck, Eine Skizze von Problemfeldern und Herausforderungen für den Föderalismus in der Schweiz, in: Gredig Markus, Mahaim Raphaël, Meier Thomas, Melchior Riccardo, Stöckli Andreas (édit.), Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung – Festschrift für Peter Hänni, Berne 2010, p. 3-23.

- WALDMANN/OESCHGER Waldmann Bernhard, Oeschger Magnus, Datenarbeit im Rahmen der interkantonalen Zusammenarbeit, in: Belser Eva Maria, Epiney Astrid, Waldmann Bernhard (édit.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Berne 2011, p. 895-914.
- Aufsicht, in: Belser Eva Maria, Epiney Astrid, Waldmann Bernhard (édit.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Berne 2011, p. 915-950.
- WATTS Watts Ronald L., Comparaison des régimes fédéraux, 2^e éd., Montréal 2002.
- WEBER Weber Anina, Schweizerisches Wahlrecht und die Garantie der politischen Rechte, Eine Untersuchung ausgewählter praktischer Probleme mit Schwerpunkt Proporzahlen und ihre Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung, thèse, Zurich 2016.
- WIEDERKEHR Wiederkehr René, Funktionale Regionen im Rahmen der Bundesstaatsordnung – Dargestellt anhand neuer Reformprojekte in der Schweiz, in: ZBl 2002, p. 617-647.
- Die Wesentlichkeitstheorie gemäss Art. 164 BV im Lichte der Verwaltungspraxis, in: recht 2007, p. 25-39.
- Kausalabgaben, Berne 2015.
- Sonderabgaben, in: recht 2017, p. 43-59.
- WIEDERKEHR/RICHLI Wiederkehr René, Richli Paul, Praxis des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine Systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Berne 2012.
- Praxis des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine Systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Berne 2014.
- WIGET Wiget Stefanie, Die Programmvereinbarung – Ein Zusammenarbeitssinstrument zwischen Bund und Kantonen, thèse, Berne 2012.
- WIZARD Wizard Nicolas, Les autorités administratives indépendantes cantonales, in: Bellanger François, Tanquerel Thierry (édit.), Les autorités administratives indépendantes, Genève 2011, p. 105-152.
- WÜST Wüst Felix, Die Interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 16. Juni 1954: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung, Organisation und Aufgaben der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS), thèse, Berne 1969.

- ZEHNDER Zehnder Vital, Die interkantonale öffentlich-rechtliche Körperschaft als Modelle Form für die gemeinsame Trägerschaft, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2007.
- ZIEGLER Ziegler Bernard, L'exemple romand du contrôle parlementaire, in: Bulletin CIIP, n° 11 – janvier 2003, p. 9-10.
- ZIMMERLI Zimmerli Ulrich, Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie (Nach einem am 14. Februar 1972 vor dem Bernischen Juristenverein gehaltenen Vortrag), in: ZBl 1972, p. 257-274.
- Neue Bundesverfassung und föderalistische Strukturen, in: Gauch Peter, Thürer Daniel (édit.), Die neue Bundesverfassung: Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 79-104.
- ZIMMERLI/KIENER Zimmerli Ulrich, Kiener Regina, Justice, in: Kälin Walter, Bolz Urs (édit.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995, p. 177-196.

Introduction

A. Le sujet de la thèse

Le processus des fusions de communes s'est accéléré ces deux dernières décennies en Suisse. Il laisse percevoir un affaiblissement de l'identité locale au profit d'un sentiment d'appartenance se référant à une échelle géographique plus large que l'on peut qualifier de « régionale ».

Cela étant, avant de fusionner, les communes ont généralement développé – et développent encore aujourd'hui – de nombreuses collaborations avec les communes voisines, afin d'exécuter efficacement et/ou à un moindre coût des tâches qu'elles auraient peiné ou peinerait à exécuter seules. Selon une étude récente, ces multiples collaborations intercommunales constitueraient d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles les économies espérées ou promises avant une fusion de communes font régulièrement défaut après celle-ci ou ne sont pas forcément à la hauteur des attentes : les communes les auraient souvent réalisées en amont, en coopérant avec leurs voisines¹.

Les cantons, qui mettent en place des mécanismes de coopération intercantonale sans cesse plus nombreux et qui les institutionnalisent toujours davantage, suivent un chemin similaire à celui de leurs communes. Celui-ci les mènera probablement aussi, un jour, à la fusion. Jurassien de cœur, neuchâtelois d'adoption, ancien étudiant lucernois, tantôt résident fribourgeois, tantôt travailleur bernois, nous pensons et espérons effectivement que, dans quelques décennies, les citoyens de certains cantons préféreront se regrouper en une seule entité politique plutôt que de multiplier les collaborations intercantionales. Ils abandonneront leur « esprit de clocher » et choisiront d'abolir des frontières cantonales historiques qui ne correspondent plus à aucune réalité fonctionnelle et qui empêchent parfois une exécution efficiente des tâches par les pouvoirs publics.

Il s'agit cependant là d'une musique d'avenir. Pour les cantons, l'heure est actuellement à la coopération, comme elle l'a été – et l'est encore régulièrement – pour les communes. L'échec de la fusion du canton de Bâle-Ville avec le canton de Bâle-Campagne, rejetée en 2014 par la population du second, illustre

¹ Voir STUDERUS (2016), p. 1-20.

parfaitement ce constat. Il faut dire que, dans la foulée, en 2015, cette même population bâloise a plébiscité l'initiative populaire cantonale « *Für eine wirkungsvolle Kooperation in der Region* »², enterinant de cette façon de manière durable dans la constitution cantonale le principe politique « *Partnerschaft statt Fusion* »³.

Désireux de dédier notre thèse à un sujet d'actualité et de ne pas « mettre la charrue avant les bœufs », nous avons donc décidé de consacrer ce travail de doctorat en droit à la problématique de la collaboration institutionnalisée entre collectivités publiques suisses à l'échelle régionale, c'est-à-dire à l'« organisation régionale conventionnelle » des tâches et des compétences en droit suisse.

B. L'intérêt de la thèse

- 4 Le sujet de recherche proposé est assurément d'actualité, mais nous n'oserons pas prétendre qu'il est totalement original.

- 5 Dans un rapport présenté en 1969 à la Société suisse des juristes, le Professeur Christian Dominicé introduisait certes son propos en constatant que « [d]ans la littérature juridique, le problème du fédéralisme coopératif n'a[vait] pas encore fait l'objet, en tant que tel, d'étude systématique »⁴.

La constatation qui précède n'est plus exacte aujourd'hui, ne serait-ce que parce que cette année-là ce même professeur, dans ce même rapport, tout comme le Professeur Ulrich Häfelin dans un second rapport présenté à la même société, traitaient de manière approfondie de la problématique de la collaboration intercantonale, dont la nécessité commençait déjà à se faire pressante⁵. Par la suite, le sujet de la collaboration intercantonale a fait l'objet de nombreuses études juridiques qu'il n'est pas nécessaire de toutes citer ici. Nous nous limiterons à mentionner, dans l'ordre chronologique, la thèse d'Ulrich Siegrist, publiée en deux tomes et intitulée *Die schweizerische Verfassungsordnung als Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus*, celle d'Ursula Abderhalden, intitulée *Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit*, celle de Stefan Brunner, intitulée *Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantionaler Zusammenarbeit, Untersucht am Beispiel der Ostschweiz*, et, enfin, celle de Vital Zehnder, intitulée, *Die interkantonale*

² Voir les résultats de votations cantonales sur www.baselland.ch > Themen > Politische Rechte > Abstimmungsergebnisse, consulté le 31 janvier 2017.

³ RHINOW (2015), p. 11-40.

⁴ DOMINICÉ (1969), p. 746.

⁵ DOMINICÉ (1969), p. 743-893, et HÄFELIN (1969), p. 555-741.

*öffentlich-rechtliche Körperschaft als Modelle Form für die gemeinsame Trägerschaft*⁶.

La problématique de la collaboration intercommunale et, en particulier, celle de l'association de communes ont, elles aussi, fait l'objet de nombreuses études juridiques par le passé, même si le sujet, qui relève du droit cantonal, semble avoir perdu quelque peu de son intérêt ces derniers temps. On citera en exemple la thèse de Thomas Pfisterer, intitulée *Das Recht der Abwasserzweckverbände*, celle de Barbara Schellenberg, intitulée *Die Organisation der Zweckverbände, Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Kantons Zürich*, et celle de Marcel Schenker, intitulée *Das Recht der Gemeindeverbände – Unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in den Kantonen Bern, Luzern, Nidwalden, Zug, St.Gallen, Graubünden, Aargau, Waadt, Neuenburg und Jura*⁷.

Si le phénomène de la collaboration entre cantons ou entre communes constitue un sujet juridique ancien, la présente thèse envisagera cette problématique sous un angle nouveau. Ces dernières décennies, au plan fédéral, le constituant et le législateur ont continuellement cherché à favoriser et à encourager le développement de la collaboration intercantonale en adaptant le cadre juridique en ce sens. Quant aux cantons, ils proposent dans leurs législations, voire dans leurs constitutions, des modèles d'organisations intercommunales aux structures et aux compétences toujours plus développées. De nombreuses études juridiques, dont celles mentionnées ci-avant, apparaissent ainsi en partie dépassées, du moins au regard du droit positif.

Compte tenu du développement que connaît la collaboration intercantonale et intercommunale et que l'on ne pouvait pas forcément supputer par le passé, la science juridique n'a encore que peu – voire pas du tout – traité de questions qui se posent actuellement, en pratique, ou qui ne manqueront pas de se poser à l'avenir (votations régionales, larges délégations législatives à des organes intercantonaux, renvois législatifs dynamiques au droit d'autres cantons ou d'autres communes)⁸. Pour reprendre les propos tenus par ZEHNDER dans sa thèse de 2007, « *[d]ie Literatur lieferte zwar vieles zu den Themen Zusammenarbeit und Föderalismus-, Demokratie- oder Rechtsstaatstheorie, aber nur wenig Konkretes für die alltägliche Kooperation und Vertragsarbeit* »⁹.

⁶ Dans l'ordre respectif, SIEGRIST (1977 et 1978), p. 1-215 et p. 1-238; ABDERHALDEN (1999), p. 1-261; BRUNNER (2000), p. 1-385; ZEHNDER (2007), p. 1-359.

⁷ Dans l'ordre, PFISTERER (1969), p. 1-292; SCHELLENBERG (1975), p. 1-198; SCHENKER (1986), p. 1-342.

⁸ Voir BIAGGINI (2011), p. 35, selon lequel « *[n]eben der Fragmentierung und der Internationalisierung der Behördenlandschaft verlangt auch die zunehmende "Interkantonalisierung" nach intensiverer wissenschaftlicher Begleitung* ».

⁹ ZEHNDER (2007), p. VII.

Le constat est particulièrement vrai s'agissant de la collaboration intercantonale, où la réalité a parfois dépassé ce qui aurait encore pu représenter de la « pure fiction » il y a une trentaine d'années. Nous pensons notamment au projet, lancé en 2011, de fusion des polices cantonales neuchâteloise et jurassienne auquel nous avons eu la chance de pouvoir participer activement en tant que membre du comité directeur¹⁰. Bien que « schubladisé » en 2013, ce projet fournit un bon exemple des perspectives de développement de la collaboration intercantonale, laquelle est destinée à concerner des compétences centrales et symboliques des cantons. Sans surprise, nous l'évoquerons très fréquemment dans la présente thèse.

- 8 La présente thèse entend enfin combler une lacune en adoptant une approche méthodologique inexplorée, différente des autres études de droit suisse. De manière étonnante en effet, l'organisation intercommunale et l'organisation intercantonale n'ont jamais fait l'objet d'une recherche juridique comparée approfondie en droit suisse¹¹.

Il nous semble pourtant que l'analyse juridique de la collaboration intercantonale, pour être cohérente et convaincante, doit tenir compte des « acquis » juridiques applicables en matière de collaboration intercommunale. Une approche à la fois globale et comparée de la collaboration intercantonale et de la collaboration intercommunale est propre à apporter une plus-value importante à l'analyse juridique de la collaboration régionale conventionnelle dans son ensemble. La similitude existant en pratique entre la collaboration intercantonale et la collaboration intercommunale est déjà reconnue par la doctrine et, notamment, par les thèses et ouvrages précités. Il arrive aussi que les tribunaux appliquent dans l'un des domaines des solutions prévalant dans l'autre en suivant un raisonnement par analogie. Les acteurs politiques cantonaux déclarent enfin régulièrement vouloir s'inspirer des modèles d'organisations intercommunales en matière de gouvernance intercantonale (voir *infra* N 124 ss).

C. Les objectifs, la démarche et la méthode de la thèse

- 9 La présente thèse consiste en une analyse du cadre juridique positif applicable à la collaboration régionale institutionnalisée entre cantons et entre communes. Elle entend préciser, du point de vue juridique et constitutionnel spécialement,

¹⁰ Voir CODIR PAJ (2013), p. 1-65.

¹¹ Le sujet a certes fait l'objet d'une étude comparée commandée par le Grand Conseil bernois. Cette étude envisage cependant la problématique d'un point de vue politique essentiellement (voir 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).

ce qu'il est possible de faire dans ce domaine, ce qui ne l'est théoriquement pas ou ce qui devrait être amélioré, dès lors que l'on reproche habituellement à la collaboration intercantonale et intercommunale d'engendrer un « déficit démocratique ». Simultanément, cette thèse vise à apprécier la constitutionnalité des réglementations adoptées – ou simplement proposées par certains organes politiques ou certains auteurs de doctrine – en matière d'organisation intercantonale et intercommunale.

Le double objectif poursuivi dans notre étude – c'est-à-dire (1) celui de définir les règles juridiques générales applicables à l'organisation régionale intercantonale et intercommunale et (2) celui de déterminer si cette forme organisation étatique en tient compte en pratique – suppose de suivre deux méthodes. 10

Dans un premier temps, une *approche déductive* doit permettre d'esquisser des règles générales applicables à l'organisation régionale conventionnelle tirées, principalement, soit de la Constitution fédérale, soit des constitutions cantonales. De ce point de vue, la présente thèse consiste en un exercice d'interprétation du droit constitutionnel positif suisse ou, alors, en un essai d'application pratique de celui-ci, étant précisé qu'il n'existe que peu de règles constitutionnelles régissant précisément ou spécifiquement la question de la collaboration régionale. Dans un second temps, une *approche évaluative* doit permettre d'apprécier si l'organisation régionale conventionnelle respecte ou viole les règles générales d'organisation régionale conventionnelle que nous aurons identifiées ou établies.

Pour être convaincante, la présente étude doit évidemment tenir compte des intérêts et des nécessités – politiques et financières – des cantons et des communes, ainsi que de la pratique et des modèles que ces collectivités ont développés dans le domaine de la collaboration régionale. Il n'en demeure pas moins qu'elle se cantonne à une appréciation strictement juridique de la problématique de l'organisation régionale conventionnelle. Son objectif n'est pas de déterminer si le développement d'une collaboration intercantonale ou intercommunale est préférable ou non à un éventuel *statu quo* ou, alors, à une éventuelle fusion de cantons ou de communes. À notre sens, de telles questions relèvent, prioritairement, des sciences politiques ou des sciences économiques, pour ne pas dire de la politique. 11

Nous renonçons aussi à proposer nos propres « modèles idéaux » d'organisations régionales conventionnelles, ce pour deux raisons au moins, l'une dogmatique, l'autre pragmatique. 12

D'une part, la détermination des règles générales valables en matière de gouvernance intercantonale ou intercommunale doit précéder l'élaboration d'éventuels modèles d'organisations régionales conventionnelles. Il nous

semble nécessaire de nous concentrer sur cette première étape encore largement négligée par la doctrine et la pratique en Suisse.

D'autre part, le risque est grand que le modèle que nous proposerions soit totalement ignoré par la pratique. Le modèle de corporation intercantonale de droit public développé par Vital Zehnder dans sa thèse est par exemple resté lettre morte jusqu'à présent. Quant à celui que nous avons eu l'occasion de présenter dans le cadre du projet de fusion des polices cantonales jurassienne et neuchâteloise, il n'a pas davantage convaincu les autorités politiques qui l'ont reçu froidement. Très prosaïquement, nous en concluons qu'en réalité, les modèles d'organisations intercantionales et intercommunales sont choisis sur la base des contingences politiques et de la pratique existante dans les autres cantons, si bien que les modèles « parachutés » sont en principe destinés à l'oubli.

D. La structure de la thèse

- 13 Quels que soient les objectifs visés et la méthode adoptée par la présente thèse, celle-ci se doit d'expliquer le phénomène de l'organisation régionale conventionnelle sur lequel elle entend porter.

Nous procéderons évidemment à une telle explication dès le début de la première partie de notre étude en commençant par présenter brièvement le contexte politique, financier et juridique dans lequel la collaboration intercantonale et intercommunale – et notamment celle de niveau régional – s'inscrit, ainsi que les enjeux qui gravitent autour de celle-ci (chapitre 1). Conscient que la nomenclature pour désigner les différents instruments et mécanismes de collaboration intercantonale et intercommunale est mouvante en droit suisse et dans la pratique, nous définirons ensuite la notion d'« organisation régionale conventionnelle » telle qu'elle sera entendue tout au long de la thèse. À ce stade, nous donnerons également des exemples illustratifs de la forme que cette organisation peut prendre et des domaines qu'elle peut concerner en pratique (chapitre 2). Enfin, nous nous attacherons à expliquer brièvement au lecteur les origines, les enjeux et les implications juridiques du principal reproche que l'on adresse aux mécanismes de collaboration entre cantons ou entre communes : le déficit démocratique que ceux-ci entraînent (chapitre 3).

- 14 En deuxième partie de thèse, nous nous évertuerons à rappeler les règles juridiques fondamentales qui régissent l'organisation des cantons et des communes.

Cette partie ne concernera donc pas directement la problématique de l'organisation régionale intercantonale ou intercommunale. Après être entré rapidement dans le sujet, le lecteur ne doit pas s'étonner de ce « détour » méthodologique. L'approche déductive que nous nous proposons d'adopter pour définir les règles générales de l'organisation régionale conventionnelle nous contraint

à présenter les normes juridiques dont découlent de telles règles et à en préciser le contenu et la portée. Autrement dit, avant de définir d'éventuelles règles régissant l'organisation régionale conventionnelle, nous devons exposer les principes fondamentaux d'organisation applicables aux cantons et aux communes, principes qu'une organisation intercantonale ou intercommunale ne devrait pas violer, ni contourner¹².

Il s'agit ici de rappeler, notamment, que le constituant fédéral et les constituants cantonaux ont érigé une structure étatique à trois niveaux et consacré les principes de « souveraineté » cantonale et d'autonomie communale, structure et principes qui ne peuvent être vidés de leur substance par la collaboration régionale (chapitre 4). Il convient aussi de se remémorer quelques règles de répartition des compétences et de décentralisation des tâches qui ont été fixées par ces mêmes constituants (chapitre 5), ainsi que les droits politiques cantonaux et communaux que ceux-ci ont garantis (chapitre 6), puisque l'exécution ou l'exercice régionalisé d'une tâche ou d'une fonction étatique doit s'opérer dans le respect de ces règles et de ces droits.

Enfin, la collaboration régionale ne peut évidemment se faire au détriment du principe général de la légalité (chapitre 7), ni, dès lors qu'elle porterait sur des compétences judiciaires cantonales, au détriment des règles constitutionnelles d'organisation et de fonctionnement des tribunaux (chapitre 8). Il s'agit donc, une nouvelle fois, d'exposer brièvement le contenu et la portée de ce principe fondamental et de ces quelques règles constitutionnelles.

Après avoir fixé le « carcan » juridique dans lequel est censée s'inscrire la collaboration intercantonale et intercommunale, nous traiterons de cinq problématiques choisies – qui nous semblent fondamentales d'un point de vue constitutionnel – en matière d'organisation régionale conventionnelle.

15

Dans cette troisième partie de thèse, nous aborderons donc, en introduction, la question des tâches et des compétences cantonales et communales qui sont régionalisables ou ne le sont pas (chapitre 9), avant de définir quelques règles de gouvernance applicables aux organisations régionales conventionnelles communes (chapitre 10). Nous explorerons ensuite deux questions délaissées par les constitutionnalistes suisses : celle de la constitutionnalité des droits politiques intercommunaux, voire intercantonaux (chapitre 11), ainsi que celle du droit

¹² On remarquera que l'Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg (IFF) a adopté la même approche juridique lorsque la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) l'a chargé de réaliser une étude juridique portant sur la mise en œuvre de la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst. dans le domaine du droit intercantonal. Cet institut s'est, dans un premier temps, attelé à définir la garantie de l'accès au juge et ses effets sur le droit cantonal avant de proposer, dans un second temps, des modèles de réglementations intercantionales et d'apprécier la constitutionnalité de quelques conventions intercantionales (voir FLEINER/IVANOV [2007], p. 1-94).

applicable – et des règles de légistique applicables – aux organisations intercantionales et intercommunales (chapitre 12). Nous clorons enfin cette troisième partie en examinant les règles de conclusion, de modification et de dénonciation des conventions intercantionales et intercommunales (chapitre 13).

Il va de soi que nous profiterons d'évaluer ponctuellement, dans chacun de ces cinq chapitres, dans quelle mesure la pratique des cantons et celle des communes respectent – ou ne respectent pas – le cadre juridique ainsi fixé.

- 16 Avant de terminer cette étude, nous esquisserons encore, sur la base de l'analyse présentée précédemment, quelques « thèses » sur l'état et les perspectives de développement de l'organisation régionale conventionnelle en droit suisse ainsi que sur l'interaction existant entre ce phénomène et la conception que l'on peut avoir de certains concepts constitutionnels. Ces « thèses » sont l'objet de la quatrième et ultime partie de ce travail et précèdent une conclusion plus générale (thèses A, B et C).

Première partie :

Le phénomène et les enjeux de l'organisation régionale conventionnelle

Résumé introductif. – Nous l'avons écrit en introduction. Quels que soient les objectifs que nous nous proposons d'atteindre dans notre étude et la méthode que nous entendons adopter pour y parvenir, nous ne pouvons épargner au lecteur une « exposition » du contexte dans lequel l'organisation régionale conventionnelle s'insère, des enjeux autour desquels ce phénomène gravite ou des défis qu'il pose et auxquels il est censé répondre.

Il s'agit de la fonction principale de ce premier « acte » de thèse qui commence logiquement par présenter au lecteur le contexte politique, financier et juridique dans lequel s'inscrit l'intérêt croissant, voire la nécessité toujours plus pressante pour les collectivités publiques suisses de collaborer les unes avec les autres. Sur ce point, les cantons et les communes font face à des défis largement comparables (chapitre 1).

Dans cette première partie, nous définissons dans un deuxième temps la notion d'« organisation régionale conventionnelle » telle qu'elle est entendue dans notre travail et la distinguons d'autres types d'organisations régionales qui ne seront pas traités par la présente étude. Cette étape recèle un intérêt méthodologique, car, dans le domaine de la collaboration intercantonale et intercommunale, la nomenclature est assez mouvante et imprécise. Il existe par ailleurs un intérêt juridique à différencier l'organisation régionale conventionnelle des autres mécanismes de collaboration intercantonale et intercommunale – de portée nationale, respectivement cantonale – qui ne sont pas forcément encouragés par les constituants et les législateurs et qui posent des problèmes démocratiques particuliers. Ce même chapitre présente enfin des exemples et des modèles censés illustrer les formes concrètes que prend le phénomène de la régionalisation conventionnelle et les domaines qu'elle concerne, exemples et modèles pratiques dont la constitutionnalité sera évaluée par la suite, en troisième partie de thèse (chapitre 2).

Nous concluons enfin cette première partie de thèse en expliquant les origines, les enjeux et les implications juridiques – et non politiques – du principal reproche que l'on adresse parfois aux mécanismes de coopération entre cantons et entre communes : le déficit démocratique qu'ils peuvent entraîner (chapitre 3).

Chapitre 1 : La collaboration intercantonale et intercommunale en général

I. L'état et les perspectives de développement

Introduction. – Une exigence s'impose chaque jour davantage en Suisse : l'action politique des cantons et des communes doit être coordonnée compte tenu des défis auxquels ces collectivités sont aujourd'hui confrontées. Il s'agit de tenir compte, notamment, du phénomène de différenciation fonctionnelle du territoire, des exigences de qualité toujours plus hautes en matière de prestations étatiques, du besoin de réduire les dépenses liées à la réalisation des tâches étatiques et de la petitesse des collectivités publiques suisses (sur ces questions, *infra* II). Ainsi, le nombre de situations où des cantons ou des communes s'engagent à exécuter des tâches publiques en collaborant entre eux, respectivement entre elles s'avère en constante augmentation. 17

L'ampleur du phénomène ne se laisse pas évaluer précisément, ne serait-ce que parce que la collaboration intercantonale et intercommunale n'est que peu apparente, notamment lorsqu'elle se fonde sur des conventions conclues par des exécutifs ou, informellement, par de simples organes administratifs¹. Toujours est-il qu'il est établi que la coopération entre cantons et entre communes connaît un développement continu non seulement sur le plan quantitatif, mais également sur le plan qualitatif si l'on considère l'importance des tâches régionalisées et l'institutionnalisation toujours plus poussée de cette coopération.

La fréquence et l'objet de la collaboration intercommunale. – La constatation qui précède est évidemment valable pour la collaboration intercommunale, ce depuis quelques décennies déjà. À l'heure actuelle, une commune de taille moyenne collaborerait, en moyenne, avec d'autres communes dans une dizaine de domaines au moins². Du coup, il n'existe plus guère de domaines qui ne fassent pas l'objet de collaboration intercommunale. Les communes collaborent en 18

¹ Voit notamment RÜHLI (2012), p. 40.

² Cf. STEINER/KAISER (2013), p. 156

matière scolaire, en matière sanitaire, en matière de police du feu, d'aménagement du territoire, de gestion des déchets, de promotion économique. La liste des domaines se prêtant particulièrement à – voire passant obligatoirement par – une coopération s'est considérablement allongée, certaines communes ayant même regroupé l'intégralité de leur administration³. On estime qu'aujourd'hui, en Suisse, un tiers des tâches communales font normalement l'objet de collaboration⁴, étant précisé que les communes optent très régulièrement pour une solution collaborative lorsqu'il s'agit d'exécuter de nouvelles tâches communales⁵.

En somme, une part importante de la politique communale présente un lien plus ou moins étroit avec la collaboration intercommunale, de sorte d'ailleurs que certains législateurs cantonaux – comme le législateur saint-gallois – reconnaissent expressément que les communes légifèrent, entre autres, par « conventions » intercommunales⁶.

19 *La forme de la collaboration intercommunale.* – La collaboration intercommunale se développe et s'intensifie également d'un point de vue organisationnel et institutionnel. Certes, un bon tiers des collaborations intercommunales prennent toujours la forme d'un rapport contractuel ordinaire, qui n'opère aucune délégation de compétence, ni ne crée d'institution intercommunale. Toutefois, près de la moitié des collaborations se réalisent sous la forme d'institutions de droit public (p. ex. associations de communes, organisations autonomes de droit public ou fondations de droit public, *infra* N 169 ss). Un petit reste est organisé sous la forme d'une institution juridique de droit privé (p. ex. associations, coopératives, fondations de droit privé ou sociétés anonymes, *infra* N 152 ss)⁷.

Ainsi, il existerait plus de deux cents associations de communes différentes dans le seul canton de Zurich. La tendance est bien entendu similaire en Suisse romande étant précisé que la collaboration intercommunale y a toujours été plus institutionnalisée et moins contractualisée qu'en Suisse alémanique⁸. Dans un rapport publié en 2016, la Cour des comptes du canton de Vaud constatait qu'il existait plus de cent cinquante associations de communes vaudoises et que cette forme de collaboration institutionnalisée connaissait un succès important

³ Voir HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES (2007), p. 116 s.; OACOT BE (1998), p. 10.

⁴ Cf. RÜHLI (2012), p. 41.

⁵ Cf. STEINER/KAISER (2013), p. 1599.

⁶ Cf. art. 3 de la loi saint-galloise sur les communes du 21 avril 2009 (Gemeindengesetz, GG SG; sGS 151.2).

⁷ Cf. STEINER/KAISER (2013), p. 1599; aussi CONSEIL D'ÉTAT VD (2011), p. 22, qui soulignait le développement important que connaissait encore l'association de communes dans le canton de Vaud; dans un sens similaire, OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 57 s.

⁸ Cf. RÜHLI (2012), p. 47 et 134.

puisque deux tiers des associations existantes avaient été créées durant les dix dernières années précédant la publication du rapport en question⁹.

L'évolution de la collaboration intercantonale en général. – Sans être encore aussi développée que la collaboration intercommunale, la collaboration intercantonale en suit les traces depuis quelques décennies déjà¹⁰.

20

Aujourd'hui, tous les cantons ont conclu des conventions avec d'autres cantons et prévoient de le faire encore. Ces conventions intercantionales réunissent le plus souvent deux ou trois cantons voisins seulement ; elles regroupent plus rarement l'ensemble des cantons¹¹. Elles concernent des domaines toujours plus larges et plus importants si bien que l'on peut dire que presque aucun domaine n'échappe plus à la collaboration intercantonale¹². D'ailleurs, comme nous le verrons encore, une telle collaboration est assez largement encouragée par la Confédération (*infra* N 82 ss). Et, même si certains projets de collaboration importants – notamment le projet de fusion des polices cantonales neuchâteloise et jurassienne et, avant lui, le projet de fusion des hôpitaux universitaires genevois et vaudois – ont échoué à ce jour (voir notamment *infra* N 264 et 990), il est certain que la collaboration intercantonale va poursuivre son essor ces prochaines décennies. L'intégration dans la Constitution de la République et canton de Genève (Cst-GE)¹³, adoptée le 14 octobre 2012, d'une disposition prévoyant expressément la possibilité d'instaurer un conseil de la magistrature intercantonal illustre parfaitement cette prévision (sur cette disposition encore, *infra* N 679)¹⁴.

Sans aucun doute donc, pour reprendre les mots du Conseil d'État vaudois, « [e]n dépit des difficultés rencontrées, la collaboration intercantonale [va] être non seulement poursuivie, mais intensifiée »¹⁵.

Les limites de la collaboration contractuelle non institutionnalisée. – Au-delà de son développement quantitatif, la collaboration intercantonale partage une autre similarité avec la collaboration intercommunale : elle aussi se caractérise par une institutionnalisation croissante¹⁶.

21

⁹ Voir COUR DES COMPTES VD (2016), p. 4 s.

¹⁰ Cf. notamment, sur le développement de la collaboration intercantonale dans les années 1970, HÄFELIN (1973), p. 249 s.

¹¹ HEUBERGER (2010), p. 5-10; aussi SCIARINI (2005), p. 15.

¹² Aussi AUER (2016), N 830-833; BOCHSLER/SCIARINI (2006), p. 30 s.

¹³ RS 131.234.

¹⁴ Cf. art. 125 al. 2 Cst-GE.

¹⁵ CONSEIL D'ÉTAT VD (1999), p. 5986.

¹⁶ Dans ce sens également, AUER (2016), N 869; BIAGGINI (2012), p. 144; BIAGGINI (2010), p. 35-38.

Certes, les cantons, comme les communes, peuvent choisir de s'entendre et conclure des accords qui règlent, par exemple, l'entraide que se doivent ponctuellement les collectivités parties, en considérant qu'il n'est pas nécessaire d'institutionnaliser cette collaboration par la création d'une organisation politique ou administrative commune. L'idée est alors de préserver au mieux l'autonomie des différentes collectivités. Il n'empêche que cette forme de collaboration intercantonale, un peu à l'image de celle qu'entretient la Suisse avec l'Union européenne, montre régulièrement ses limites¹⁷. Le fait est que l'absence d'une véritable institutionnalisation de la collaboration – par le biais de règles d'organisation communes qui permettent, par exemple, de réunir au sein d'un organe déterminé les représentants des différentes autorités cantonales ou communales – présente de multiples inconvénients.

De manière générale, une collaboration purement contractuelle ne favorise pas forcément la recherche des consensus habituellement nécessaires à la coordination des politiques publiques, puisque l'unanimité est en principe exigée pour qu'un accord voie le jour ou pour qu'il soit révisé. Le risque est alors, en fonction des intérêts en jeu, qu'une collectivité soit en mesure de dicter purement et simplement ses conditions¹⁸. En outre, en cas de collaboration multilatérale, l'existence d'un grand nombre d'interlocuteurs peut rendre la structure de coopération un peu lourde. Enfin, à plus long terme, de tels procédés ne favorisent pas forcément l'émergence d'une conscience régionale, mais entretiennent au contraire l'« esprit de clocher », lequel peut constituer une entrave à une collaboration efficace¹⁹.

Ainsi, il est en principe souhaitable – et il est en pratique fréquent – qu'une approche purement contractuelle débouche tôt ou tard sur une collaboration faisant l'objet d'une organisation institutionnalisée, elle-même dotée de compétences larges (p. ex. établissement de droit public intercantonal, service intercantonal, conférence intergouvernementale, *infra* N 190 ss)²⁰.

L'encouragement à la collaboration institutionnalisée au niveau fédéral. – Vu ce qui précède, il n'est pas étonnant que, dans la cadre de sa politique des agglomérations, la Confédération ambitionne que chaque agglomération ait, à terme, un seul organisme responsable pour toute la conduite du processus d'élaboration et de mise en œuvre des projets d'agglomération cofinancés par elle. D'un point de vue théorique, il s'agirait même d'une condition déjà nécessaire à l'octroi d'un cofinancement fédéral, car un organisme

¹⁷ Voir notamment, pour un exemple, mais en matière transfrontalière, CONSEIL D'ÉTAT VD (2005), p. 7654, lequel souligne la nécessité de renforcer les capacités juridiques des institutions et des organismes de coopération, celle-ci se trouvant souvent limitée en raison de l'absence de capacité juridique des organismes existants et de leur incapacité de prendre des décisions qui lient les collectivités partenaires.

¹⁸ Cf. MEYLAN (1972), p. 158.

¹⁹ GOUVERNEMENT JU (2011), p. 488.

²⁰ Cf., dans ce sens également, TANQUEREL (2015//II), p. 34 et BRUNNER (2000), p. 103.

responsable garantit mieux l'efficacité et la coordination des processus d'élaboration des projets d'agglomération²¹.

II. Le contexte et les enjeux généraux

Introduction. – Après avoir rapidement exposé l'état et les perspectives de développement de la collaboration intercantonale et intercommunale en Suisse, nous nous proposons de revenir un peu plus longuement sur le contexte et les enjeux qui entourent ce phénomène et que nous pouvons résumer de la manière suivante : les défis politiques, techniques et financiers que doivent relever les cantons et les communes (A) font que ceux-ci ont grand intérêt – voire se voient contraints – à collaborer entre eux (B), en attendant de procéder à des réformes territoriales et institutionnelles profondes qui, pour l'heure, ne sont pas forcément envisageables (C). 22

A. Les défis à relever par les cantons et les communes

La problématique. – Comme nous l'avons déjà mentionné brièvement, le développement de la collaboration intercantonale et intercommunale en Suisse représente une réponse aux défis classiques auxquels sont confrontées les collectivités publiques suisses. Rappelons que le morcellement important et historique des espaces politiques qui définit notre pays (1) tranche avec la modernité qui caractérise aujourd'hui notre société, notamment avec l'étalement du tissu bâti et la grande mobilité de la population. Il en résulte un phénomène croissant de différenciation entre les espaces politiques et le découpage territorial réel du pays, tel qu'il pourrait être perçu d'un point de vue purement fonctionnel (2). Par voie de conséquence et parallèlement, les collectivités suisses – très souvent de dimensions modestes – doivent remplir toujours mieux de nombreuses tâches publiques dont l'exécution se complexifie (3), ce malgré des ressources financières, techniques et humaines limitées (4)²². 23

²¹ Voir l'art. 23 de l'ordonnance concernant l'utilisation de l'impôt sur les huiles minérales à affectation obligatoire du 7 novembre 2007 (OUMin; RS 725.116.21). Cette exigence est toutefois appliquée de manière pragmatique ; la fonction d'organisme responsable peut être limitée, à l'heure actuelle, à un rôle d'intermédiaire entre les collectivités publiques ayant la compétence de planification et d'octroi de crédits et l'administration fédérale (ARE [2015], p. 32; aussi CONSEIL FÉDÉRAL [2015/II], p. 46).

²² Sur la question également et notamment SG Komm. BV-SCHWEIZER/MÜLLER (2014), N 23-38 ad Vorbemerkungen zu Art. 42-135; HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES (2007), p. 106-108; MÄCHLER (2004), p. 575-579.

1. Le morcellement des espaces politiques

24 *Un système politique à trois niveaux.* – C'est un fait connu : le système institutionnel suisse est caractérisé par son fédéralisme et son communalisme. Comme l'exprime bien le titre III de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; « Confédération, cantons et communes »)²³, l'exercice des tâches étatiques est en effet réparti entre la Confédération, les cantons et les communes. Et, même si les compétences des collectivités publiques inférieures ont tendance à se rétrécir et à être centralisées auprès de la collectivité publique qui leur est directement supérieure, chaque collectivité territoriale jouit encore et toujours de compétences importantes (sur la question aussi, entre autres, *infra* N 28 et 75 s.).

25 *Le morcellement politique en chiffres.* – À l'heure actuelle, en Suisse, le pouvoir étatique est partagé entre la Confédération, 26 cantons et, encore, plus de 2 200 communes, malgré la multiplication des fusions communales (sur la question, aussi *infra* N 57)²⁴.

Les disparités entre les collectivités territoriales de même rang sont abyssales en termes de population. Les cantons comptent *grosso modo* entre 15 000 (canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures) et 1 400 000 habitants (canton de Zurich), tandis que les communes en comptent entre 40 (p. ex. commune de la Scheulte dans le canton de Berne) et 400 000 (ville de Zurich)²⁵. La moyenne se situe donc à environ 310 000 habitants par canton, respectivement 3'100 habitants par commune.

D'un point de vue territorial, la situation est tout aussi bigarrée. Il existe certains cantons qui s'étendent sur près de 710 000 km² (canton des Grisons), alors que d'autres ne s'étendent que sur 37 km² (canton de Bâle-Ville). Il en va de même en ce qui concerne les communes puisque certaines d'entre elles ont des superficies de près de 300 km² et que d'autres ne s'étalent que sur quelque 30 hectares (0,3 km²).

Des frontières enclavées. – Enfin, nous ne manquerons pas de souligner – moins par souci d'exhaustivité que pour illustrer le morcellement politique extrême de la Suisse – qu'il n'est pas rare que les frontières cantonales de même que les frontières communales forment des enclaves, comme dans la région valdo-fribourgeoise de la Broye.

26 *En comparaison internationale.* – La Suisse est probablement le pays le plus morcelé des différents États fédéraux et décentralisés existant dans le monde.

²³ RS 101.

²⁴ Il est possible de consulter des données extrêmement détaillées et comparatives sur le site de l'OFS (cf. www.bfs.admin.ch > Statistiques des régions ; site consulté le 28 février 2017).

²⁵ Aussi STEINER/KAISER (2013), p. 143.

Elle se distingue notamment d'autres États occidentaux comme la Belgique, l'Allemagne, le Canada et les États-Unis²⁶.

Il n'est même pas nécessaire d'articuler des chiffres pour pouvoir affirmer que la problématique du morcellement des espaces politiques se pose de manière moindre dans les deux États fédéraux nord-américains qu'en Suisse, compte tenu de l'étalement territorial qui les caractérise. Il en va de même en ce qui concerne les autres États fédéraux européens. La plus petite des trois régions belges regroupe plus d'un million d'habitants sur environ 160 km² (Région de Bruxelles-Capitale), alors que la plus grande en compte plus de 3 500 000 sur environ 17 000 km² (Région wallonne)²⁷. En Allemagne, les *Länder* comptent généralement plusieurs millions d'habitants occupant un territoire de quelques dizaines de milliers de km². Les plus petits *Länder* urbains sont pour le reste comparables à la région zurichoise en termes de population (p. ex. Brême, Hambourg, Berlin)²⁸.

Ajoutons enfin que dans tous ces pays, les communes comptent en moyenne plus d'habitants qu'en Suisse. Par exemple, les communes allemandes comptent en moyenne 7 300 habitants et les communes belges 18 300 habitants. En règle générale, elles sont aussi plus étendues²⁹.

Une forte décentralisation des compétences. – Le morcellement politique suisse ne se caractérise pas uniquement par l'existence d'une multitude de frontières cantonales et communales, mais également par une forte décentralisation des compétences.

27

Certes, le constituant fédéral et le législateur fédéral ont tendance à accaparer toujours plus de pouvoirs au profit de la Confédération et un phénomène similaire se produit aussi entre les communes et les cantons au profit de ceux-ci (voir aussi N 41)³⁰. Il n'empêche que la décentralisation des pouvoirs reste extrêmement importante en Suisse, bien plus que dans d'autres États fédéraux. Cette particularité résulte notamment du fait que les cantons et les communes conservent des compétences concurrentes importantes et une autonomie fiscale et budgétaire passablement large³¹. Par ailleurs, la particularité de la structure

²⁶ Pour une comparaison, voir notamment WATTS (2002), p. 25.

²⁷ Il est également possible de consulter des données extrêmement détaillées et comparatives sur le site de la Direction générale Statistique, organisation assurant les statistiques nationales (officielles) de la Belgique (cf. <http://statbel.fgov.be> > Population > Structure de la population; site consulté le 3 février 2015).

²⁸ Il est possible de consulter des données extrêmement détaillées et comparatives sur le site de l'office fédéral (allemand) de la statistique (*Statistisches Bundesamt*; cf. www.destatis.de > Zahlen & Fakten > Bevölkerung; site consulté le 3 février 2015).

²⁹ Pour un comparatif avec de nombreux États fédéraux ou unitaires, cf. RÜHLI (2012), p. 5.

³⁰ Cf. notamment FONDATION CH (2014), p. 2; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2016), N 660-663; respectivement STEINER/KAISER (2013), p. 146.

³¹ Voir notamment RÜHLI (2012), p. 16.

institutionnelle suisse réside dans le fait que, contrairement à d'autres États fédéraux, la délégation des pouvoirs se fait depuis les entités cantonales vers la Confédération³². Il subsiste ainsi des compétences cantonales originelles et exclusives auxquelles le pouvoir central ne peut toucher, ce qui n'est pas le cas dans d'autres États fédéraux. Enfin, les cantons ont la charge d'exécuter de nombreuses lois fédérales, ce qui constitue un aspect essentiel du système suisse³³.

Ainsi, on considère parfois que la Suisse pourrait être l'État fédéral le plus décentralisé du monde³⁴.

28 *L'exemple de l'aménagement du territoire.* – L'un des domaines qui illustre peut-être le mieux le morcellement politique traditionnel de la Suisse est probablement l'aménagement du territoire, domaine dans lequel les compétences fédérales, cantonales et communales sont, comme le dit le Tribunal fédéral, fortement « engrenées » (« *verzahnt* »)³⁵. En effet, la répartition des tâches dans ce domaine a été pensée à une époque où la société commençait seulement à s'urbaniser de sorte qu'elle suit une logique de forte décentralisation. Selon l'art. 75 Cst., dans le domaine de l'aménagement du territoire, la Confédération ne jouit que d'une compétence limitée aux « principes ». Dans ce cadre, elle peut certes contraindre les cantons à planifier de manière coordonnée leurs espaces fonctionnels ou fixer quelques règles de base s'agissant de la coordination intercantonale³⁶. Le droit fédéral ne peut cependant fixer le périmètre des espaces fonctionnels et leur planification concrète, ni même déterminer les mécanismes organisationnels qui doivent être prévus à cette fin, cela même lorsqu'il s'agit de planifier un espace régional ou fonctionnel intercantonal³⁷.

Rappelons pour terminer que, dans la plupart des cantons, les communes jouissent historiquement de larges compétences en matière d'aménagement local, étant précisé que les constitutions cantonales consacrent très souvent cette autonomie à laquelle la population et les communes sont encore extrêmement attachées (sur la question, *infra* N 77 ss et 313).

³² CPLR (2010), N 13.

³³ Cf. art. 46 Cst.

³⁴ Sur cette question, voir WATTS (2002), p. 79.

³⁵ ATF 142 I 177, consid. 4; voir, aussi, JEANNERAT (2012), p. 1-5.

³⁶ Voir notamment ARE (2008), p. 103-105.

³⁷ Cf. art. 5a Cst.; voir aussi, entre autres, MAHON (2003), N 4-5 ad art. 75 Cst.

2. L'inadéquation entre les frontières institutionnelles et la réalité fonctionnelle

La modernisation de la société. – L'existence des nombreuses frontières cantonales et communales de même que la préservation des compétences cantonales et communales n'ont pas empêché la Suisse de se moderniser. La Suisse d'aujourd'hui n'est effectivement plus comparable à celle qui existait en 1848 lors de la création de l'État fédéral. Et elle ne ressemble déjà presque plus à celle qui existait en 1999 lors de la dernière révision totale de la Constitution fédérale. 29

La mobilité et la « pendularité » en particulier. – À l'instar du reste du monde, notre pays s'est fortement urbanisé et doit faire face à une mobilité croissante de sa population, compte tenu de l'industrialisation et de la tertiarisation de l'emploi ainsi que de l'amélioration des moyens et des infrastructures de transports. Chaque personne domiciliée en Suisse parcourt presque 40 000 km par an pour voyager en Suisse, ce qui représente environ 40 km par jour par personne. Les déplacements – qui se font majoritairement en voiture, mais aussi en transports publics pour une part importante – se font tant pour les loisirs que pour le travail. En effet, en Suisse, près de sept personnes sur dix travaillent en dehors de leur commune de domicile³⁸.

L'inadéquation entre décideurs, financeurs, utilisateurs et intéressés. – La modernisation de la société, la construction de grandes infrastructures et le développement de la mobilité sont quelques-uns des phénomènes qui ont entraîné l'émergence et le renforcement de problématiques qui dépassent largement les frontières cantonales et communales³⁹. Pour reprendre l'exemple de l'aménagement du territoire, il s'agit de planifier les infrastructures de transports (p. ex. équipements routiers), celles de production d'énergie (p. ex. éoliennes) et celles de loisirs (p. ex. terrains de golf, pistes de ski, etc.), de manière intercommunale, voire intercantonale⁴⁰. 30

Autre problématique : les personnes qui décident d'une mesure sont de moins en moins celles qui sont touchées par celle-ci ou, du moins, qui sont les seules touchées par celles-ci⁴¹. Notamment, celles qui profitent des infrastructures ou des prestations offertes par une collectivité donnée ne participent pas forcément à leur financement⁴². Très souvent, ce sont les grandes villes ou les centres régionaux qui assurent l'essentiel de l'offre culturelle et de loisirs pour

³⁸ Pour les données susmentionnées et/ou plus de détails, voir OFS (2012) ou www.bfs.admin.ch (> Thèmes > Transports de personnes > Comportements en matière de transports; site consulté le 3 février 2015).

³⁹ Notamment CONSEIL FÉDÉRAL (2015/II), p. 22.

⁴⁰ Voir, p. ex., sur la problématique des éoliennes, Tribunal fédéral, arrêt 1C_346/2014 du 26 octobre 2016, consid. 2.

⁴¹ Voir aussi TANQUEREL (2015//II), p. 32 s.

⁴² Entre autres, CONSEIL FÉDÉRAL (2015/II), p. 30.

les habitants des communes périphériques. Les grands cantons assurent quant à eux l'essentiel des services sanitaires de pointes et de hautes études.

En résumé, les espaces politiques traditionnels ne correspondent aujourd'hui plus, dans de nombreux domaines de la vie publique, aux espaces dits « fonctionnels », c'est-à-dire aux espaces dont le développement nécessiterait une action politique unique ou, du moins, concertée entre plusieurs collectivités (sur la notion encore, *infra* N 140 ss).

3. La difficulté de remplir certaines tâches publiques

31 *Le nombre et la complexité des tâches publiques.* – Comme presque toutes les collectivités publiques dans le monde, les cantons et les communes sont soumis à une pression croissante en ce qui concerne l'exécution des tâches publiques qui leur incombent. Ce phénomène résulte en partie du fait que les tâches qu'ils doivent assumer se multiplient et, surtout, se complexifient. Les communes, par exemple, sont aujourd'hui amenées à résoudre de nombreux problèmes épineux dans le domaine de la politique d'aménagement du territoire, de la politique des transports et de la politique sociale, alors qu'elles étaient à l'origine essentiellement en charge d'assurer certains services de base comme l'approvisionnement en électricité et en eau, la scolarité obligatoire et la gestion des déchets⁴³. La situation est bien entendu similaire pour les cantons qui peinent toujours plus à remplir seuls les tâches qui leur incombent, même celles qu'ils remplissent depuis de nombreuses années, compte tenu de leur complexification⁴⁴.

32 *Les exigences de la société.* – Dans le même temps, la société civile exige plus que jamais que la collectivité publique à laquelle elle appartient et les autorités qui la dirigent accomplissent du « bon travail »⁴⁵. L'État doit rendre des comptes tant sur la gestion des deniers publics que sur la qualité des prestations qu'il fournit et des conditions de vie qu'il assure. Il doit légitimer son action par des résultats (sur la question également, *infra* N 239).

L'exemple de la sécurité publique. – On constate ainsi que, dans le domaine de la sécurité, les exigences de la population sont toujours plus hautes. Les questions sécuritaires et sanitaires sont devenues le centre des débats publics. On commence à exiger dans ces domaines un niveau d'excellence dans la gestion et des résultats visibles. La police doit rendre des comptes sur ce qu'elle fait et pourquoi elle le fait, tandis que, dans le domaine pénitentiaire, il existe une focalisation toujours plus grande à la fois sur la question sécuritaire, mais également sur celle de la resocialisation des détenus⁴⁶.

⁴³ Cf. notamment OACOT BE (2000), p. 6, et RÜHLI (2012), p. 62 s.

⁴⁴ Pour l'exemple de la sécurité portuaire sur le Rhin, REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 6 s.

⁴⁵ Cf., entre autres, DEPARTEMENT DES INNERN (1999), p. 1, et RÜHLI (2012), p. 9.

⁴⁶ Voir notamment OFJ (2014), p. 109.

Les exigences des autorités supérieures. – Cette exigence de qualité et d’efficacité de l’État trouve régulièrement écho auprès des collectivités supérieures qui sont alors tentées d’imposer de nouveaux standards aux collectivités inférieures qui leur sont subordonnées. La pression n’est alors plus uniquement politique, mais également juridique. Les lois fédérales et cantonales imposent de plus en plus de standards de qualité que les cantons ou les communes doivent respecter⁴⁷. Lorsque la loi n’exige pas directement une professionnalisation des agents de l’État, il est très fréquent qu’elle conduise *de facto* à une obligation indirecte de professionnalisation, tant les exigences de qualité sont élevées et les tâches conférées complexes (sur la question encore et pour des exemples, *infra* N 51).

4. Les difficultés financières et budgétaires

En général. – La multiplication des tâches tout comme l’exigence de les remplir toujours mieux ne font qu’accroître la nécessité, pour les cantons et les communes, d’engager des ressources financières et/ou humaines supplémentaires. Le problème est que de nombreuses communes et de nombreux cantons ne disposent pas forcément des moyens nécessaires pour relever de tels défis⁴⁸.

État des lieux et perspectives. – Il est vrai que certaines études affirment que la situation des finances communales doit être qualifiée de globalement bonne, en comparaison internationale notamment⁴⁹. Il n’empêche que de nombreuses communes – notamment dans les cantons romands – se battent chaque année contre un déficit. À cela s’ajoute que, de manière générale, les charges ont tendance à augmenter presque irrémédiablement, les communes devant, entre autres, assumer les choix politiques effectués au niveau cantonal⁵⁰. Il faut dire que la situation financière des cantons n’est pas toujours plus enviable.

Ces dernières années, les budgets cantonaux ont dû faire face à une pression toujours plus grande et certaines décisions adoptées par la Confédération n’y sont pas étrangères (p. ex. réformes de la fiscalité, etc.)⁵¹. Certes, en 2012, malgré la crise économique, la moitié des cantons avait encore des comptes bénéfici-

⁴⁷ Cf., à nouveau et entre autres, RÜHLI (2012), p. 9; pour un exemple en matière de surveillance de la prévoyance professionnelle et des fondations, CONSEIL D’ÉTAT NE (2011), p. 1128 et 1131.

⁴⁸ Voir, pour plus de détails, JEANNERAT (2015), p. 84 s.

⁴⁹ Cf. sur la situation financière et budgétaire des collectivités publiques en Suisse, GRASS ET AL. (2012), p. 18-21, de même que FISCHER/LUCK (2009), p. 46-49.

⁵⁰ Cf., pour un aperçu de la situation dans le canton du Jura, SERVICE DES COMMUNES JU (2013), et, pour la situation au niveau suisse, LADNER ET AL. (2013), p. 10 s.

⁵¹ Cf. FONDATION CH (2014), p. 2.

ciaires. Toutefois, un résultat positif n'a été possible à cette époque qu'en puisant dans les réserves. Surtout, l'autre moitié des cantons n'a pu éviter les chiffres rouges, le déficit cumulé de tous ces cantons ayant alors représenté plus d'un milliard de francs⁵². Et la situation ne s'est ensuite pas améliorée. De nombreux facteurs n'ont pas manqué de peser sur les budgets cantonaux et communaux dans les années qui ont suivi et vont encore peser dans les années à venir. On pensera notamment à la délocalisation d'entreprises à l'étranger, au vieillissement de la population, à l'assainissement des caisses de pension et, selon les années, à l'absence de certaines recettes habituellement attendues (p. ex. redistribution des bénéfices de la Banque nationale suisse)⁵³.

36 *Le rapport entre ressources financières et ressources humaines.* – Les difficultés financières des cantons et des communes engendrent logiquement quelques difficultés en matière de personnel. Il est souvent impossible, d'un point de vue financier, d'engager des personnes supplémentaires pour accomplir les nouvelles tâches à réaliser. Le problème est encore exacerbé par le fait que les exigences professionnelles croissantes et les attentes de plus en plus grandes des habitants montrent non seulement les limites des toutes petites administrations multifonctionnelles, mais également celles du système de milice. Il est aujourd'hui difficile de compter exclusivement sur l'engagement bénévole des habitants, qui ne jouissent pas ou plus des capacités requises ou, alors, rechignent à être recrutés compte tenu des difficultés et des risques liés à un tel engagement⁵⁴.

37 *La taille financièrement idéale.* – Quelques-uns des problèmes susmentionnés résultent du fait que de nombreuses communes et, parfois, certains cantons ne disposent pas de la taille idéale pour optimiser leur efficience. On constate toujours plus, dans les communes et dans les cantons de petite taille, un « décalage important entre la dimension politique de la commune et la dimension économique des tâches publiques locales »⁵⁵.

Certes, la question de la taille idéale d'une collectivité ne s'examine pas de manière absolue à l'aune de critères démographiques uniquement. Cette taille varie évidemment en fonction de chaque tâche étatique, du territoire, du type de collectivité publique concernée et des attentes de la population. Des études tendent néanmoins à démontrer qu'en l'état actuel, une commune « idéale » serait composée d'environ 3 000 habitants⁵⁶. Un canton devrait quant à lui se révéler

⁵² Cf. la dépêche de l'ATS, du 17 avril 2012, *Plus d'un milliard de déficit pour des comptes cantonaux contrastés*, consultée sur le site www.rts.ch, le 31 décembre 2013.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ Voir notamment CONSEIL FÉDÉRAL (2015), p. 3513 s.; RÜHLI (2012), p. 9 et 62-64.

⁵⁵ SERVICE DES COMMUNES JU (2013), p. 62.

⁵⁶ REGIERUNGSRAT SH (2015), p. 11; MOSER/FISCHER (2010), p. 24; JEANRENAUD/VOILAT (2008), p. 24 et 27.

particulièrement efficient s'il regroupait quelque 140 000 habitants. De telles tailles permettent théoriquement d'obtenir des économies d'échelle importantes⁵⁷. Au-delà, les frais de structure et la perte des services de milice auraient tendance à compenser les gains d'efficience⁵⁸.

B. L'intérêt et la nécessité de collaborer

La problématique. – Compte tenu des défis auxquels ils sont confrontés, les cantons et les communes ont souvent un intérêt politique évident à collaborer (1), de même qu'un intérêt financier à le faire (2). Les difficultés financières ou budgétaires que certains d'entre eux connaissent font que l'« intérêt » de collaborer en vue de l'exécution d'une tâche donnée se rapproche parfois même d'une véritable « nécessité » de collaborer dans ce domaine. 38

D'autres fois, l'intérêt de coordonner les politiques cantonales et communales fait l'objet d'une consécration juridique expresse par la collectivité publique supérieure, ce qui contraint les communes – et parfois les cantons – à s'associer (3), ce malgré les réticences politiques qui peuvent exister face au développement de la collaboration intercantonale et intercommunale (4).

1. Le point de vue politique

L'amélioration du nombre ou de la qualité des prestations étatiques. – L'intérêt de développer une collaboration intercantonale ou intercommunale est souvent expliqué simplement : la collaboration entre collectivités permet de mieux coordonner les activités étatiques et de profiter d'éventuelles synergies. Il s'agit pour une collectivité de remplir une tâche qu'elle ne pourrait pas forcément remplir de manière indépendante ou, simplement, d'exécuter une tâche mieux qu'elle ne pourrait le faire seule. 39

Autrement dit, il se peut quelquefois que la collaboration représente une condition *sine qua non* à l'exécution d'une tâche publique par une collectivité publique, notamment lorsque celle-ci est petite et ne dispose que de peu de moyens ou que le marché du travail ne fournit pas forcément assez de spécialistes ou de postulants pour chacune des collectivités partenaires⁵⁹. Il arrive d'autres fois que la mise en œuvre d'une collaboration ait pour but d'améliorer la manière dont une tâche étatique est exécutée par les collectivités partenaires.

⁵⁷ Cf., entre autres, MOSER/FISCHER (2010), p. 12 ; JEANRENAUD/VOILLAT (2008), p. 27.

⁵⁸ RÜHLI (2012), p. 24.

⁵⁹ Dans ce sens, p. ex., en matière de police, CODIR PAJ (2013), p. 13, et en matière de justice pénale (criminalité économique), REGIERUNGSRAT OW (2011), p. 8 s.

Par exemple, le développement de la collaboration intercantonale dans le domaine de la police renforce la sécurité des cantons, dans la mesure où ceux-ci se retrouvent de plus en plus empruntés face à une délinquance et une criminalité profitant largement des infrastructures modernes et des frontières politiques⁶⁰. Il se peut aussi que la mise en place d'un service commun ou d'une autorité commune permette à des petites collectivités de disposer d'une organisation administrative commune confrontée à une masse de travail suffisamment importante pour acquérir une expertise dans son domaine de compétence (p. ex. service social, autorité de protection des données)⁶¹.

40 *L'intérêt pour une collectivité de rester concurrentielle.* – Le fait de fournir de prestations étatiques de qualité, le cas échéant en collaborant avec d'autres collectivités, est bien évidemment une fin en soi pour les cantons et les communes. Cependant, il s'agit aussi d'une condition essentielle pour qu'une collectivité reste compétitive face aux autres collectivités publiques. Les cantons et les communes se doivent de fournir les meilleures conditions à l'établissement pérenne sur leur territoire d'entreprises et de contribuables⁶². Il s'agit notamment d'offrir des infrastructures de bonne qualité et d'assurer un système de formation performant, tout en réduisant les coûts de ces prestations étatiques, ce afin de rester concurrentiel d'un point de vue fiscal. Or la collaboration peut améliorer la compétitivité des collectivités en tant qu'espaces de vie et en tant qu'espaces économiques. Par exemple, les collectivités peuvent être bien inspirées de planifier et/ou d'exploiter des infrastructures d'équipement, de formation ou de transports de qualité en commun ou de manière coordonnée avec d'autres collectivités afin d'affermir leur compétitivité⁶³. Cet enjeu est particulièrement important pour les grandes agglomérations qui se trouvent dans un rapport de concurrence fort avec les autres espaces métropolitains européens et mondiaux⁶⁴.

41 *La conservation et le regain d'autonomie.* – Ensuite, la collaboration intercantonale et intercommunale permet aux cantons et aux communes de conserver

⁶⁰ MOHLER (2012), N 215 s.

⁶¹ Dans ce sens notamment, en matière de protection des données, GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 491 s.; en matière de surveillance des fondations, CONSEIL D'ÉTAT NE (2011), p. 1129.

⁶² Voir notamment DEPARTEMENT DES INNERN AG (1999), p. 1.

⁶³ Expressément dans ce sens à propos de la Haute école de Suisse centrale, REGIERUNGSRAT LU (2012), p. 7.

⁶⁴ Dans ce sens CONSEIL FÉDÉRAL (2015/II), p. 29; CTA (2010), p. 7-10; voir notamment REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 7, à propos de la nécessité de créer un port commercial commun pour les deux cantons bâlois; CSEC-N (2005), p. 5178 et SCHEFER/RÜEGGER (2015), p. 229, à propos de la nécessité d'une meilleure coordination en matière de formation pour rester concurrentiel sur un plan international.

une certaine autonomie, même si celle-ci est en quelque sorte exercée collectivement. En effet, en collaborant en vue de l'exécution d'une tâche publique ou, du moins, en envisageant une telle collaboration, les cantons et les communes évitent quelquefois que des mesures soient imposées « par le haut » dans le domaine en question, voire que la collectivité supérieure s'accapare purement et simplement la compétence d'exécuter cette tâche publique⁶⁵.

Il faut dire que, d'un point de vue politique, lorsque les cantons et les communes – ou certains d'eux ou d'entre elles – peinent à accomplir leurs tâches publiques à satisfaction, notamment parce que leur action n'est pas coordonnée, la position de la Confédération, respectivement celle du canton se voit renforcée⁶⁶. Cela vaut singulièrement pour les cantons qui ont un intérêt particulier à éviter un transfert de leurs compétences à la Confédération. L'expérience récente a démontré qu'un manque de collaboration entre les cantons incite la Confédération à assumer des tâches que les cantons pourraient pourtant accomplir plus efficacement, en tenant mieux compte des besoins et, peut-être, à moindre coût⁶⁷. Cette pression centralisatrice – accentuée par les initiatives populaires – est constante⁶⁸. L'émergence de compétences fédérales subsidiaires d'harmonisation dans le domaine de l'instruction publique et de la formation (*bedingte Bundeskompetenzen*)⁶⁹ illustre parfaitement le propos. Nous y reviendrons encore (*infra* N 96)⁷⁰.

L'alternative à une fusion ou le premier pas vers elle. – Dans un sens similaire, on peut imaginer que la collaboration ne serve pas uniquement à éviter une centralisation des compétences auprès de la collectivité supérieure, mais qu'elle consiste en une alternative à des réformes territoriales toujours plus pressantes (sur la question et pour l'exemple bâlois, *infra* N 59). L'option d'une fusion entre plusieurs collectivités peut ne pas s'imposer parce que les mécanismes de collaboration existants ou envisagés fonctionnent ou fonctionneraient de manière satisfaisante⁷¹.

En réalité, le développement de mécanismes de collaboration intercantonale ou intercommunale ne représentera souvent pas une échappatoire à des réformes

42

⁶⁵ Voir, entre autres, BAUDEPARTEMENT SG (2012), p. 8; CPLR (2010), N 93; CONSEIL D'ÉTAT VD (1999), p. 5986 ; BRUNNER (2000), p. 49; HÄFELIN (1973), p. 250.

⁶⁶ Notamment MÄCHLER (2004), p. 577.

⁶⁷ En particulier, ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 41; cf. aussi GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 320; JENNY (2008), p. 278.

⁶⁸ Cf. notamment FONDATION CH (2015), p. 21 s. en lien avec FONDATION CH (2014), p. 2; aussi RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX (2016), N 660-663.

⁶⁹ Sur cette notion en particulier, cf. JAAG (2013), p. 777 s.

⁷⁰ Voir en particulier REGIERUNG SG (2015), p. 15 s.

⁷¹ Dans ce sens également STRECKER/ARN (2010), p. 5.

territoriales plus profondes, mais bien plus un premier pas vers celles-ci⁷². En effet, l'appartenance à une ou plusieurs organisations régionales se révèle être un engagement apte à produire un sentiment d'appartenance à une région, c'est-à-dire un sentiment d'appartenance à une communauté territoriale partageant un destin commun⁷³. Ainsi, développer des collaborations constitue pratiquement un passage obligé lorsque l'on envisage et que l'on entend favoriser une fusion des collectivités partenaires⁷⁴. Il est en tout cas acquis que les communes qui collaborent de manière intensive avec d'autres communes se montrent plus enclines à fusionner⁷⁵. De la même manière, on peut considérer que le développement de la collaboration intercantonale représente un « *Trainingslager* » en vue des fusions de cantons à venir et permet d'accélérer leur avènement⁷⁶.

43 *L'intérêt intrinsèque de l'innovation politique.* – Enfin, il n'est pas rare que le développement de projets de collaboration se révèle être, pour les cantons ou les communes – ou les politiciens et politiciennes ! – qui s'y engagent, un bon moyen de faire parler d'eux ou d'elles comme des collectivités – ou des personnes – visionnaires et innovantes⁷⁷.

2. Le point de vue financier

44 *La réduction des coûts d'une tâche publique.* – Les collectivités publiques de petite taille – qu'elles soient communales ou cantonales – peuvent être tentées de remédier à leurs difficultés financières (sur la question *supra* N 34 ss) en collaborant avec d'autres collectivités dans l'exécution d'une tâche étatique. Il est vrai qu'en partageant leurs frais, les collectivités peuvent limiter leurs dépenses. L'idée peut être, notamment, de réduire l'équipement ou le personnel qui fait doublon. Reconnaissons que, théoriquement, la collaboration intercantonale et intercommunale permet presque toujours d'imaginer des économies d'échelle. Il semblerait d'ailleurs qu'il s'agisse peut-être là de l'un des motifs

⁷² Dans le même sens, cf. notamment GOUVERNEMENT JU (2009), p. 3, RÜHLI (2012), p. 47, et HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES (2007), p. 120. L'existence de diverses collaborations peut au demeurant avoir une certaine importance juridique au moment de juger de la proportionnalité d'une fusion forcée entre plusieurs communes (Cf. ATF 131 I 91, consid. 3.3).

⁷³ Voir, notamment, ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 47; Fiche 1.03 « Planifications microrégionales » du Plan directeur cantonal jurassien; GYGI (1973), p. 147.

⁷⁴ Voir, pour un exemple extrêmement illustratif, art. 153 de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (Cst-VD; RS 131.231), selon lequel « [u]ne fédération de communes ou une agglomération peut proposer une fusion des communes membres ».

⁷⁵ Voir STEINER (2000), p. 23.

⁷⁶ SCIARINI (2005), p. 15; aussi BOMATTER (2014), p. 1689.

⁷⁷ Cf., pour des exemples, CONSEIL D'ÉTAT NE (2013), p. 3; GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 491; CONSEIL D'ÉTAT FR (2003), p. 74 s.

pour lesquels les économies espérées ou promises font parfois défaut après une fusion de communes : ces économies auraient régulièrement été réalisées en amont par la mise en œuvre de mécanismes de coopération intercommunale antérieures à la fusion⁷⁸.

La meilleure allocation des dépenses publiques. – Il faut toutefois reconnaître qu'en pratique, les économies envisagées ne sont pas – ou ne seront pas – forcément à la hauteur des attentes, à tout le moins à court terme, notamment parce que la mise en place de mécanismes de collaboration engendre des frais extraordinaires initiaux (p. ex. investissements immobiliers, frais d'étude et d'expertise)⁷⁹. Finalement, il semble qu'à l'instar de ce qui a déjà été constaté en matière de fusion de communes, l'intérêt de collaborer consiste davantage à optimiser l'utilité des dépenses publiques qu'à les réduire véritablement, c'est-à-dire qu'il consiste généralement à fournir de meilleures prestations pour un coût équivalent sur le long terme⁸⁰. La régionalisation des services sociaux communaux qui a été opérée ces dernières décennies en Suisse n'a, par exemple, pas entraîné une réduction des coûts significative dans ce domaine, mais au moins une efficacité accrue de l'aide sociale du fait de la professionnalisation qui a accompagné le processus⁸¹. 45

L'intérêt d'éviter des dépenses inutiles. – D'autres fois, la collaboration permet simplement d'éviter la survenance de dépenses « inutiles ». On citera ici à titre illustratif la problématique de la planification intercommunale. Une planification directrice coordonnée à une échelle régionale permet assurément d'optimiser l'utilité des investissements effectués et les conditions-cadres favorables à l'implantation d'entreprises (p.ex. transports publics) ou, du moins, d'éviter que des dépenses soient réalisées inutilement (p.ex. nécessité de redimensionner les équipements)⁸². Par ailleurs, le fait d'avoir élaboré une planification à l'échelle régionale peut offrir à un tribunal la possibilité d'apprécier rapidement si un projet est suffisamment coordonné à ce niveau et s'il repose sur une pesée globale d'intérêts⁸³. À terme, une telle planification commune en amont au niveau des espaces fonctionnels régionaux – au-delà des frontières communales – accélérera la réalisation de projets de détails, notamment en cas de recours⁸⁴. 46

⁷⁸ Voir STUDERUS (2016), p. 19 s.

⁷⁹ Notamment Regierungsrat SZ (2016), p. 10 s. et 28.

⁸⁰ Cf. dans ce sens, entre autres, CONSEIL D'ÉTAT NE (2013), p. 2. s.; REGIERUNGSRAT GL (2013), p. 4; GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 498; RÜHLI, p. 24 s.

⁸¹ Voir notamment CSIAS (2006), p. 7.

⁸² Cf. CTA (2010), p. 7-10.

⁸³ Cf. JEANNERAT (2012), p. 8.

⁸⁴ Pour un exemple récent, cf. Tribunal fédéral, arrêt 1C_15/2013 du 9 août 2013.

- 47 *L'obtention de subventions.* – À des fins d'exhaustivité, on n'omettra pas de rappeler que la mise sur pied d'une collaboration intercantonale et intercommunale permet parfois aux cantons et aux communes d'obtenir des aides financières. Un tel soutien de la Confédération s'avère être important dans des domaines particulièrement dispendieux, comme le développement des infrastructures d'agglomérations et la formation supérieure⁸⁵. Il n'est pas rare que les cantons incitent, eux aussi, les communes à collaborer en assortissant l'octroi de certaines subventions à la condition que des tâches communales déterminées soient accomplies de manière commune ou concertée à un niveau intercommunal⁸⁶. À l'inverse, il se peut que le refus d'une commune de coopérer avec d'autres conduise, selon les circonstances, à la réduction de prestations ou de subventions en sa faveur, voire en leur suppression pure et simple⁸⁷.
- 48 *L'efficacité financière comme objectif politique.* – En résumé, la collaboration permet au moins d'améliorer l'efficacité de l'action publique, si ce n'est la réduction de ses coûts. L'idée est de « faire mieux avec ce que l'on a » dans un contexte de difficulté budgétaire et de concurrence fiscale. Dans cette mesure, on classe parfois la collaboration régionale comme une forme de « *New public management* »⁸⁸. Sous cet angle, pour une collectivité publique, se targuer de bénéficier de finances saines et durables n'est pas uniquement un but en soi. Une meilleure santé financière permet de gagner en autonomie⁸⁹ et de se profiler comme un espace politique et économique attrayant pour les entreprises qui tiennent toujours plus compte de la solidité financière des collectivités publiques lorsqu'elles choisissent de s'y installer ou d'y rester⁹⁰.

3. Le point de vue juridique

- 49 *L'obligation directe de collaborer.* – Conscients des avantages que peut apporter la collaboration, les constituants et les législateurs – qu'ils soient fédéraux ou cantonaux – ne se privent pas de prévoir que les cantons ou les communes doivent mettre en place, dans un domaine donné, certaines collaborations intercantionales ou intercommunales⁹¹, voire qu'un mode de collaboration déterminé

⁸⁵ Un tel soutien a d'ailleurs été expressément ancré dans la Constitution fédérale (cf. art. 63a al. 5 Cst.).

⁸⁶ Cf., notamment, art. 6 de la loi bernoise sur les communes du 16 mars 1998 (LCo BE; RSB 170.11).

⁸⁷ Voir, notamment, OACOT BE (1998), p. 14-15.

⁸⁸ Cf., sur cette question, KOLLER (2009), p. 12.

⁸⁹ Entre autres, SERVICE DES COMMUNES JU (2013), p. 62; RÜHLI (2012), p. 127.

⁹⁰ Dans ce sens GRASS et al. (2012), p. 21.

⁹¹ Pour des exemples, voir notamment art. 24 de la LF sur la pêche du 21 juin 1991 (LFSP; RS 923.0), selon lequel les cantons doivent réglementer la pêche de manière uniforme dans

peut être imposé sur la base d'une décision de la Confédération, respectivement sur la base d'une décision du canton (*infra* N 89 s., 110 et 129).

L'obligation indirecte de collaborer : le principe de coordination. – Il n'est pas rare non plus que le législateur fédéral ou cantonal fixe certaines contraintes juridiques à respecter dans l'exécution d'une tâche qui forcent *de facto* les cantons ou les communes à collaborer. C'est évidemment le cas à chaque fois qu'une règle de droit exige – plus ou moins directement – qu'une activité étatique soit coordonnée au niveau régional. 50

On citera ici, à dessein, l'exemple extrêmement illustratif que représente le nouvel art. 15 al. 3 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT)⁹², qui prévoit que « [l']emplacement et la dimension des zones à bâtir doivent être coordonnés par-delà les frontières communales ». Cette obligation de planifier au niveau régional découle aussi, selon la jurisprudence, de l'application cohérente et conséquente des principes généraux de coordination et de collaboration de la planification ancrés aux art. 2 et 7 LAT⁹³. Respectée de manière cohérente, elle devrait contraindre les communes à se concerter et à collaborer en vue de l'élaboration de concepts de planification communs (sur la question aussi, *infra* N 664 ss).

L'obligation de collaborer de fait : les standards de qualité. – Une obligation juridique indirecte de collaborer peut également découler de prescriptions juridiques fixant un standard de qualité dans l'exécution d'une tâche publique, standard qui, *de facto*, ne peut être atteint qu'en collaborant avec d'autres collectivités. 51

Ainsi, par le biais du nouvel art. 440 al. 1^{er} du Code civil suisse (CC)⁹⁴, le législateur fédéral a imposé un caractère interdisciplinaire à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte avec un objectif de professionnalisation de cette autorité. De telles exigences ont conduit à une régionalisation de l'autorité de protection dans de très nombreux cantons qui ont abandonné un système d'autorités à l'échelon des communes, lesquelles ont été appelées à s'associer entre

les eaux intercantionales et, à défaut d'accord, le Conseil fédéral « tranche »; art. 39 de la LF sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal; RS 832.10); art. 8 al. 1 et art. 9 de la loi vaudoise sur le service de défense contre l'incendie et de secours du 2 mars 2010 (LSDIS VD; RSV 963.15), selon lequel les communes du canton collaborent pour créer et exploiter des services régionaux de défense contre l'incendie et de secours et accomplissent ensemble les tâches découlant du service de défense contre l'incendie et de secours; art. 9 al. 2 de la loi fribourgeoise sur les eaux du 18 décembre 2009 (LCEaux FR; RSF 812.1), qui impose aux communes comprises dans le périmètre d'un même bassin versant de collaborer dans l'accomplissement de leurs tâches au sens de la loi.

⁹² RS 700.

⁹³ Voir, entre autres, ATF 116 Ia 339, consid. 3b, et Tribunal fédéral, arrêt 1C_35/2011 du 29 août 2011, consid. 2.6.

⁹⁴ RS 201.

elles pour remplir cette tâche⁹⁵. Selon une logique similaire, aucun canton n'est capable d'appliquer individuellement l'ensemble des prescriptions fédérales relatives à la construction d'établissements pénitentiaires pour chacune des catégories de détenus, comme cela est imposé par le droit fédéral. Même un grand canton comme celui de Berne ou celui de Zurich n'aurait aucune chance d'y parvenir⁹⁶. La collaboration intercantonale se révèle donc une nécessité juridique de fait en matière d'exécution des peines (sur la question également, *infra* N 97).

4. Le point de vue des opposants à la collaboration

52 *En général.* – S'il est presque toujours possible d'invoquer un intérêt à collaborer avec d'autres collectivités étatiques dans l'exercice d'une tâche étatique, cela ne signifie pas encore qu'il n'existe pas quelques intérêts à ne pas collaborer. C'est ainsi que de nombreux facteurs – de nature différente – compliquent en général l'aboutissement de projets de collaboration intercantonale ou intercommunale.

53 *La perte d'autonomie et le sentiment de concurrence.* – Un « esprit de clocher » ainsi que la peur de « perdre quelque chose » peut tout d'abord prévaloir lors de la mise en œuvre des projets régionaux. Il faut avouer qu'il est pratiquement immanquable, en particulier lors d'une collaboration impliquant des collectivités d'un poids démographique ou financier différent, que certaines collectivités aient peur de perdre leur autonomie de décision et d'action. Par ailleurs, l'aménagement de collaborations entre cantons ou entre communes peut être rendu difficile par le fait que les collectivités se sentent en concurrence et aient l'impression d'être « moins gagnantes » que l'autre ou que les autres collectivités partenaires. Enfin, les cantons, en particulier, mais également certaines communes, ont été formés par une histoire contrastée, histoire qui peut être à l'origine d'un réflexe identitaire qui rend parfois difficiles les collaborations d'envergure.

Ces quelques raisons rendent toute remise en cause du *statu quo* délicate de prime abord⁹⁷.

54 *La méfiance face aux mécanismes de collaboration.* – L'intérêt à ne pas collaborer peut également trouver son origine dans les faiblesses reprochées aux mécanismes de collaboration. On pensera tout d'abord au fait que la collabora-

⁹⁵ Cf. MEIER (2013), p. 14.

⁹⁶ Cf. OFJ (2014), p. 49.

⁹⁷ Voir RÜHLI (2012), p. 127, en matière de fusion de communes, mais applicable par analogie aux projets de collaboration intercantonale ou intercommunale.

tion peut sembler favoriser un enchevêtrement de compétences ou de procédures qui complique l'exécution d'une tâche et qui péjore la perception globale de celle-ci⁹⁸. Il s'agit d'un problème particulièrement sensible lorsqu'une collaboration concerne une tâche dont l'exécution est déjà complexe à gérer à une échelle cantonale ou communale. Additionner la composante intercantonale ou intercommunale peut faire sauter les derniers repères⁹⁹.

Ensuite et surtout, les opposants reprocheront souvent à la collaboration de s'effectuer en dehors et en dépit des règles démocratiques ordinaires et d'ainsi provoquer un déficit démocratique. Nous reviendrons plus longuement sur ce point, lequel représente une problématique centrale de la présente thèse (*infra* chapitre 3).

Les intérêts personnels contraires. – À des fins d'exhaustivité, il convient de souligner que la collaboration intercantonale et intercommunale peut enfin se voir freinée pour d'autres raisons moins avouables. Même dans les régions où une collaboration offrirait un gain à chacune des collectivités, les projets de collaboration impliquent souvent un trop grand nombre d'acteurs, lesquels raisonnent parfois de manière sectorielle ou à court terme compte tenu de la durée de leur mandat politique¹⁰⁰ et/ou craignent qu'une collaboration conduise à la suppression de leur poste¹⁰¹.

55

C. Les réformes institutionnelles et territoriales et leurs limites

La nécessité des réformes territoriales et institutionnelles. – À long terme, les problèmes que posent le morcellement extrême des espaces politiques et l'absence de coïncidence entre les espaces politico-administratifs et les espaces fonctionnels (*supra* N 29 s.) devraient conduire soit à des réformes territoriales, soit à une modification fondamentale de la répartition des compétences entre la Confédération, les cantons et les communes. On pensera évidemment à la fusion de communes, voire à celle de cantons, mais également à la « cantonalisation » de compétences communales, respectivement à la « nationalisation » de compétences cantonales¹⁰². De telles réformes permettraient assurément de faire

56

⁹⁸ Voir, sur cette question, CTA (2004), p. 29 et 33; aussi REY/THÉVOZ (2012), p. 6-12, et STEINER (2000), p. 7.

⁹⁹ Voir, dans ce sens, GAVILLET (1998), p. 2.

¹⁰⁰ CTA (2004), p. 29.

¹⁰¹ RÜHLI ([2012], p. 123) constate ce phénomène pour les fusions, lequel peut exister par analogie pour d'éventuelles fusions de services cantonaux ou communaux.

¹⁰² Également, SCIARINI (2005), p. 15; en particulier sur la fusion de cantons comme alternatives à la collaboration intercantonale, SG Komm. BV-SCHWEIZER/MÜLLER (2014), N 26-28 ad Vorbemerkungen zu Art. 42-135; BRUNNER (2000), p. 351-372; ABDERHALDEN (1999), p. 258-261.

mieux correspondre les espaces politiques aux espaces fonctionnels et, ainsi, d'exécuter certaines tâches publiques mieux et/ou à moindre coût, sans devoir passer par des mécanismes de collaboration intercantonale ou intercommunale.

57 *Le processus de réforme territoriale.* – À vrai dire, des réformes territoriales ont déjà été menées à bien, sont en cours ou sont actuellement à l'état de projets. À titre illustratif, de très nombreuses fusions de communes ont déjà abouti ces dernières décennies, même si la somme totale de communes reste encore extrêmement élevée en Suisse (*supra* N 25 s.). Alors que la décennie de 1990 à 2000 a vu disparaître 122 communes, ce sont plus de 600 communes qui ont fusionné entre 2000 et 2016¹⁰³.

La tendance présentée ne devrait pas faiblir *a priori*, compte tenu notamment des politiques cantonales visant à favoriser la fusion de communes. Ainsi, dans le canton de Berne, à l'instar de ce qui se pratique régulièrement dans d'autres cantons, en particulier dans le canton du Tessin, une révision constitutionnelle et législative – que le peuple bernois a approuvée le 23 septembre 2012 – a mis en place des mécanismes incitatifs en matière de fusion de communes (réduction des prestations de péréquation et de subventionnement, etc.), tout en autorisant désormais le Grand Conseil à contraindre les communes à fusionner contre leur gré¹⁰⁴.

58 *Le processus de centralisation des compétences.* – De même, comme nous l'avons déjà évoqué (notamment *supra* N 41), il existe un phénomène rampant de centralisation des compétences cantonales à un niveau fédéral. Un tel phénomène prend tantôt la forme de révisions constitutionnelles, tantôt de révisions législatives, la Confédération ayant tendance à interpréter toujours plus largement les compétences que la Constitution fédérale lui attribue¹⁰⁵. Les compétences communales ont également tendance à s'amoindrir selon un processus analogue. Les cantons présentent en effet la même prédisposition générale à

¹⁰³ Il est possible de consulter des données extrêmement détaillées et comparatives sur le site de l'OFS (cf. www.bfs.admin.ch > Statistiques des régions ; site consulté le 28 février 2017).

¹⁰⁴ Voir l'art. 101 al. 2 de la Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993 (ConstC BE); aussi, pour des exemples de fusions de communes forcées, Tribunal fédéral, arrêt 1C 287/2014 du 25 août 2015; arrêt 1C 87/2014 du 8 avril 2015.

¹⁰⁵ Par exemple, lors de l'adoption de la loi fédérale sur les organes de sécurité des entreprises de transports publics du 18 juin 2010 (LOST; RS 745.2), les cantons, qui sont en principe compétents en matière de police, ont contesté en vain la compétence implicite de la Confédération d'édicter des prescriptions relatives à la police des transports déduites de ses compétences en matière d'infrastructures ferroviaires et de transport de voyageurs (art. 87 et 92 Cst.; cf. entre autres CONSEIL FÉDÉRAL [Rapport 2012], p. 4230).

réduire les compétences communales lors des révisions législatives cantonales¹⁰⁶.

La lenteur des processus. – Il n'en demeure pas moins qu'une modification profonde de la structure institutionnelle et territoriale suisse n'est pas encore à l'ordre du jour¹⁰⁷. La difficulté actuelle de convaincre certaines communes à fusionner¹⁰⁸ et l'échec des projets de fusion de cantons qui ont été envisagés jusqu'à ce jour en témoignent d'ailleurs parfaitement¹⁰⁹. 59

C'est ainsi que le 28 février 2016, les citoyens du canton de Schaffhouse ont rejeté tant le principe d'une suppression de l'échelon communal que celui d'un processus de réduction du nombre de communes dans le canton, bien que certaines communes schaffhousoises comptent moins de 300 habitants et peinent à faire face à leurs devoirs et à trouver des personnes adaptées pour les diriger¹¹⁰.

Un peu plus d'une année avant, le 28 septembre 2014, les habitants du canton de Bâle-Campagne ont quant à eux refusé l'idée d'une fusion de leur canton avec le canton de Bâle-Ville, alors que les citoyens du second canton soutenaient un tel projet. Subséquemment, lors de la votation populaire du 14 juin 2015, le corps électoral du canton de Bâle-Campagne n'a pas hésité à plébisciter une modification de l'art. 3 de la Constitution du canton de Bâle-Campagne du 17 mai 1984 (Cst. BL)¹¹¹, révision constitutionnelle qui entend renforcer le principe selon lequel le canton doit collaborer non seulement avec le canton de Bâle-Ville, mais aussi avec d'autres autorités suisses et étrangères¹¹². Cette révision, soutenue par les autorités cantonales, avait été proposée par le biais d'une initiative populaire et pensée, à l'origine, comme véritable « *Gegenprogramm* » à la fusion¹¹³.

Les embûches politiques et juridiques. – Il faut dire que les obstacles politiques et juridiques sont nombreux, ce particulièrement en matière de fusion de cantons. Certains vont jusqu'à prétendre que « la création de grandes régions serait la pire chose qui puisse arriver à la Suisse, car elle romprait des équilibres 60

¹⁰⁶ Voir notamment RÜHLI (2012), p. 78 s.; aussi SG Komm. BV-KÄGI-DIENER (2014), N 9 ad art. 50 Cst.

¹⁰⁷ Pour le même constat, cf., entre autres, JENNY (2008), p. 276.

¹⁰⁸ Les intérêts de ne pas fusionner sont sensiblement les mêmes que ceux de ne pas collaborer, mais ils sont exacerbés s'agissant de la question de la fusion (cf. à ce sujet RÜHLI [2012], p. 124 s.).

¹⁰⁹ Voir aussi dans le même sens avec des exemples également, CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2174 s.

¹¹⁰ Voir REGIERUNGSRAT SH (2015), p. 1-25, en lien avec les résultats de la votation cantonale, in: Amtsblatt für den Kanton Schaffhausen, du 4 mars 2016, p. 368.

¹¹¹ RS 131.222.2.

¹¹² Voir Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft n° 25, du 18 juin 2015, p. 11-14; aussi art. 3 Cst. BL.

¹¹³ REGIERUNGSRAT BL (2014/III), p. 9 s.

séculaires et risquerait de relancer une guerre des langues »¹¹⁴. Le Conseil fédéral reconnaît lui que le procédé « se heurterait à des structures issues de l'histoire, donc à des blocages politiques » et qu'on pourrait éventuellement craindre « une perte d'identité culturelle, d'empathie politique et de capacité d'intégration des minorités linguistiques et culturelles »¹¹⁵. Ce qui est sûr, c'est qu'un éventuel processus de fusion de cantons – dans la mesure où il ne devrait pas uniquement concerner deux demi-cantons – passe probablement par une refonte parallèle des règles institutionnelles fédérales, afin de ne pas bouleverser l'équilibre politique à ce niveau (p. ex. règle de représentation des cantons aux Conseils des États, réajustement du poids du vote des cantons lors des révisions constitutionnelles, etc.)¹¹⁶.

61 *Le caractère incontournable de la collaboration.* – En somme, il ne faut pas s'attendre à moyen terme à une révolution de la structure institutionnelle et territoriale suisse. À partir de là, le défi que pose le morcellement politique suisse passe, pour l'heure, par un renforcement des mécanismes et des instruments de collaboration entre les différentes autorités cantonales et communales¹¹⁷.

Et même si une restructuration institutionnelle et territoriale du système politique suisse devait aboutir dans le futur, elle n'apporterait probablement qu'une réponse partielle aux problèmes liés au hiatus existant entre les espaces institutionnels et les espaces fonctionnels. Elle n'apporterait également qu'une réponse partielle à la problématique des limites financières ou humaines des collectivités publiques. Presque par définition, il existera toujours des tâches dont l'accomplissement pourrait s'effectuer de manière plus rationnelle dans un cadre géographique ne correspondant pas aux nouvelles frontières politiques cantonales ou communales. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué (*supra* N 30 et 37), chaque tâche devrait idéalement être accomplie au sein d'un espace fonctionnel propre s'étendant sur un territoire déterminé et regroupant un plus ou moins grand nombre d'habitants¹¹⁸.

¹¹⁴ Cf. l'interview de SCHMITT NICOLAS, in: Le Temps, 28 mars 2013, « Le fédéralisme est comme un Stradivarius »; plus mesurés, voir SG Komm. BV-SCHWEIZER/MÜLLER (2014), N 27 ad Vorbemerkungen zu Art. 42-135

¹¹⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2175.

¹¹⁶ Voir, notamment, l'initiative parlementaire du groupe écologiste du Conseil national, « Moins de cantons pour plus de démocratie », 99.447, du septembre 1999, réclamant une réduction du nombre des cantons, qui ne seraient plus six à douze au maximum. Cette initiative a été rejetée par le Conseil national le 4 octobre 2000 par 91 voix contre 59.

¹¹⁷ Entre autres, CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2175; REY/THÉVOZ (2012), p. 2 s.; LIENHARD (2005), p. 419; TANQUEREL (2001), p. 19 s.

¹¹⁸ Voir aussi, dans ce sens, CONSEIL D'ÉTAT VD (1996), p. 379; BRUNNER (2009), p. 737; TANQUEREL (2001), p. 23 s.; Komm. GG BE-MÜLLER (1999), N 2 ad art. 5-8 LCo BE.

III. Le contexte juridique en particulier

Introduction. – Sur le plan juridique, le développement de la collaboration entre les diverses entités traditionnelles de l'échelon cantonal et communal n'est possible que parce que le droit constitutionnel suisse – qu'il soit fédéral ou cantonal – n'interfère que peu dans l'autonomie organisationnelle des cantons et des communes. Autrement dit, les cantons et les communes sont en principe largement libres de s'organiser comme ils l'entendent, le cas échéant avec d'autres collectivités voisines, même si le droit supérieur impose quelques règles plus ou moins directes et précises en matière d'organisation cantonale et communale (A). 62

Suite à diverses révisions constitutionnelles et législatives intervenues ces deux dernières décennies, le cadre juridique offert par le droit suisse semble même être devenu particulièrement libéral non seulement face au développement de la collaboration intercantonale et intercommunale, mais aussi plus spécifiquement face à la création d'autorités et d'institutions régionales (B). Il n'en demeure pas moins que la question du développement de la collaboration régionale continue à poser des problèmes particuliers du point de vue du droit constitutionnel suisse, lesquels ne sont pas forcément comparables à ceux qui peuvent se poser dans d'autres États fédéraux (C).

A. L'autonomie d'organisation des cantons et des communes

Plan. – Les cantons jouissent en principe du droit constitutionnel de s'organiser comme ils l'entendent pour exécuter les tâches publiques qui leur incombent, même lorsqu'ils sont appelés à mettre en œuvre le droit fédéral (1). Or, cette autonomie organisationnelle des cantons – dont l'exercice doit évidemment respecter le cadre fixé par la Constitution fédérale elle-même (3) – couvre le droit de conclure des conventions avec d'autres cantons et, le cas échéant, de s'associer avec eux afin d'exécuter une tâche de manière commune ou, à tout le moins, de manière concertée (2). 63

À un niveau inférieur et sous les mêmes réserves, les communes peuvent se prévaloir d'une autonomie organisationnelle similaire à celle des cantons (4).

1. Les sources de l'autonomie organisationnelle des cantons

Un principe constitutionnel explicite. – Historiquement, l'autonomie organisationnelle des cantons a toujours découlé implicitement des dispositions de la Constitution fédérale qui rappellent la souveraineté originelle des cantons¹¹⁹. Il 64

¹¹⁹ Cf. notamment ATF 128 I 254, consid. 3.8.2.

s'agit actuellement de l'art. 3 Cst. Depuis la révision constitutionnelle fédérale du 28 novembre 2004 tendant à une nouvelle répartition des tâches (voir, pour plus de détails, *infra* N 87 ss), quelques dispositions de la Constitution fédérale consacrent expressément cette autonomie d'organisation des cantons. La plus topique et la plus explicite se révèle être l'art. 47 Cst., dont la teneur est la suivante :

Art. 47 Cst.
Autonomie des cantons

¹ La Confédération respecte l'autonomie des cantons.

² Elle laisse aux cantons suffisamment de tâches propres et respecte leur autonomie d'organisation. Elle leur laisse des sources de financement suffisantes et contribue à ce qu'ils disposent des moyens financiers nécessaires pour accomplir leurs tâches.

65 *Un principe constitutionnel récurrent.* – D'autres dispositions de la Constitution fédérale traitent également de l'autonomie d'organisation des cantons, ce de manière plus ou moins spécifique.

On pensera ici à l'art. 46 al. 3 Cst. qui prévoit que, s'agissant de la mise en œuvre du droit fédéral, la Confédération doit laisser aux cantons « une marge de manœuvre aussi large que possible ». Il faut en effet comprendre que la marge de manœuvre ainsi garantie inclut, à l'instar de ce qui prévaut à l'art. 47 al. 2 Cst., le respect d'une certaine autonomie organisationnelle de la part de la Confédération¹²⁰.

On mentionnera enfin l'art. 48 al. 1 Cst. qui dispose qu'il est loisible aux cantons de s'organiser entre eux par conventions et de créer des organisations et des institutions communes. Il s'agit là de rappeler une facette particulière de l'autonomie organisationnelle des cantons, en l'occurrence leur « autonomie d'organisation externe ». Nous reviendrons évidemment sur cette disposition et sur l'interprétation qu'il convient de lui donner (*infra* N 83 ss).

2. L'objet et la fonction de l'autonomie organisationnelle des cantons

66 *L'autonomie organisationnelle interne.* – L'autonomie d'organisation des cantons présente deux facettes. La première de ces facettes – la plus commune –

¹²⁰ Voir, entre autres, ATF 128 I 254, consid. 3.8.2; aussi Tribunal fédéral, arrêt 2C_653/2012 du 28 août 2012, consid. 4.2.1; TSCHANNEN (2016), N 11 ad § 16; BSK BV-WALDMANN/BORTER (2015), N 42 ad art. 46 Cst.; SG Komm. BV-EGLI (2014), N 27 ad art. 46 Cst.

consiste en une autonomie qui peut être qualifiée d'« autonomie d'organisation interne ». Cette autonomie organisationnelle interne signifie que les cantons sont en principe libres de s'organiser et, notamment, de répartir le pouvoir cantonal entre les organes qu'ils instituent comme ils l'entendent. Les cantons peuvent ainsi choisir le système politique qui leur convient, tout comme organiser librement l'administration et les services internes chargés de remplir les tâches qu'ils entendent mener à bien. Ce faisant, ils peuvent déléguer – s'ils le veulent – certaines tâches à d'autres institutions et collectivités décentralisées, notamment aux communes qu'ils peuvent le cas échéant organiser eux-mêmes. Ils jouissent sous ce dernier aspect d'une autonomie d'organisation interne particulière que MARTENET qualifie d'« autonomie structurelle interne » dans sa thèse publiée en 1999 et consacrée à *L'autonomie constitutionnelle des cantons*¹²¹.

L'autonomie organisationnelle externe. – La seconde facette de l'autonomie d'organisation des cantons consiste en une autonomie qui peut être qualifiée d'« autonomie d'organisation externe ». Cette autonomie organisationnelle externe – que MARTENET qualifie plutôt d'« autonomie structurelle externe »¹²² – représente en fait la faculté pour les cantons d'arranger, comme ils l'entendent, leurs rapports avec les collectivités extérieures au canton. Certes, une telle autonomie est évidemment restreinte en matière de coopération avec l'étranger dans la mesure où la compétence dans ce domaine appartient pour l'essentiel à la Confédération¹²³. Son champ d'application reste en revanche étendu en matière de collaboration et d'organisation intercantonale. Cette autonomie organisationnelle externe permet notamment aux cantons de créer – ou non – des autorités et des institutions intercantionales et de leur confier – ou non – l'exécution de certaines tâches cantonales.

Le principe qui vient d'être exposé fait l'objet d'un rappel exprès à l'art. 48 Cst., lequel mérite d'être reproduit ici compte tenu de son importance pour la présente thèse :

¹²¹ MARTENET (1999), p. 257-274.

¹²² MARTENET (1999), p. 275-289; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 10 ad art. 48 Cst., lesquels évoquent une « *Kooperationsautonomie* », cette notion couvrant cependant non seulement l'autonomie organisationnelle des cantons, mais également l'autonomie des tâches.

¹²³ Voir art. 54-56 Cst.

Art. 48 Cst.
Conventions intercantionales

¹ Les cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes. Ils peuvent notamment réaliser ensemble des tâches d'intérêt régional.

² La Confédération peut y participer dans les limites de ses compétences.

³ Les conventions intercantionales ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit des autres cantons. Elles doivent être portées à la connaissance de la Confédération.

⁴ Les cantons peuvent, par une convention, habiliter un organe intercantonal à édicter pour sa mise en œuvre des dispositions contenant des règles de droit, à condition que cette convention:

- a. soit adoptée selon la procédure applicable aux lois;
- b. fixe les grandes lignes de ces dispositions.

⁵ Les cantons respectent le droit intercantonal.

68 *La fonction et l'importance de l'autonomie organisationnelle.* – Il existe évidemment une interaction particulière entre l'autonomie organisationnelle – interne et externe – et l'autonomie matérielle dont jouissent les cantons dans l'accomplissement de leurs tâches, autonomie matérielle qui est, elle, consacrée tout spécialement à l'art. 43 Cst.¹²⁴. En principe, les cantons exerceront leur autonomie d'organisation en vue d'un accomplissement des tâches étatiques efficace et/ou peu coûteux. Dans certains cas, les cantons sont même contraints de s'organiser d'une manière précise s'ils désirent continuer à accomplir certaines tâches publiques ou développer certaines activités étatiques. Une restriction de leur liberté d'organisation peut ainsi les conduire – à l'instar de la réduction de leur autonomie financière – à ne plus pouvoir exercer librement leur autonomie en matière d'accomplissement de tâches étatiques, voire à ne plus pouvoir l'exercer du tout.

En bref, l'autonomie organisationnelle n'est pas forcément une fin en soi, mais elle est au service – voire constitue la prémisse – de l'autonomie d'action des cantons. C'est pourquoi l'autonomie organisationnelle est à la fois l'un des volets et l'un des piliers de l'autonomie de toute entité étatique fédérée. Il convient non seulement de préserver cette autonomie organisationnelle, mais également de la favoriser¹²⁵. Si cette conclusion est propre à tout État fédéral,

¹²⁴ Cf., notamment, dans le même sens, Comm. aCst.-SALADIN (1986), N 232 ad art. 3 aCst.; aussi BSK BV-BIAGGINI (2015), N 15 s. ad art. 43 Cst.

¹²⁵ Voir spécialement HANGARTNER (2012), p. 154.

l'autonomie organisationnelle des cantons représente un élément central du fédéralisme suisse (« *ein zentrales Element des schweizerischen Föderalismus* »), comme l'a déjà rappelé le Tribunal fédéral¹²⁶.

3. Les limites à l'autonomie organisationnelle des cantons

En général. – L'autonomie organisationnelle des cantons n'est pas absolue. Elle doit bien entendu respecter les limites que lui fixe le droit supérieur. Il s'agit en priorité des exigences que la Constitution fédérale impose aux cantons en matière d'organisation cantonale, voire intercantonale, mais également de certaines exigences ponctuelles que les lois fédérales ou les conventions internationales imposent directement ou indirectement aux cantons. Ces règles de droit supérieur – que les cantons doivent bien entendu respecter dans l'exercice de leur autonomie organisationnelle interne – limitent également les cantons dans l'exercice de leur autonomie organisationnelle externe. C'est ce que rappelle d'ailleurs l'art. 48 al. 3 Cst. qui dispose, expressément, que les conventions intercantionales ne doivent pas être contraires au droit édicté par la Confédération (voir la disposition, *supra* N 67)¹²⁷. 69

Les exigences de base de l'art. 51 Cst. – Tout d'abord, le constituant fédéral oblige les cantons à se doter d'une organisation démocratique ainsi qu'à octroyer à leurs citoyens un droit de référendum obligatoire et d'initiative populaire en matière constitutionnelle. La règle est ancrée à l'art. 51 Cst. dont la teneur est la suivante : 70

Art. 51 Cst. Constitutions cantonales

¹ Chaque canton se dote d'une constitution démocratique. Celle-ci doit avoir été acceptée par le peuple et doit pouvoir être révisée si la majorité du corps électoral le demande.

² Les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération. Cette garantie est accordée si elles ne sont pas contraires au droit fédéral.

Les autres exigences constitutionnelles. – L'art. 51 Cst. peut à première vue sembler assez peu contraignant dans la mesure où l'on partirait de la prémisse que l'idée ne viendrait à personne de remettre en cause le principe démocratique de même que la préservation de droits politiques minimaux. Les autorités fédé- 71

¹²⁶ ATF 128 I 254, consid. 3.8.2; aussi AUER (2016), N 120.

¹²⁷ Sur le caractère déclaratoire de la précision constitutionnelle, cf. AUER (2016), N 841, et BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 44 ad art. 48 Cst.

rales – par le biais de leur jurisprudence ou de la pratique adoptée lors des procédures de garantie des constitutions cantonales – ont cependant déduit du principe démocratique des règles plus ou moins précises en matière de répartition des pouvoirs et en matière de procédure législative (sur la question, *infra* N 505 et 529). Par ailleurs, d'autres règles constitutionnelles fédérales concrétisent et précisent la teneur et la portée de ce principe d'organisation démocratique. On mentionnera, entre autres, l'art. 31 al. 2 Cst. et l'art. 191b Cst. qui consacrent, tous deux, la règle selon laquelle les cantons doivent assurer des autorités judiciaires cantonales indépendantes et impartiales (sur la question également, *infra* N 572 ss).

72 *Les règles fédérales de niveau législatif.* – Le législateur fédéral, lui non plus, ne se prive pas d'adopter des règles organisationnelles impératives et directes à l'attention des cantons. Il arrive qu'il le fasse lorsqu'il charge ces derniers d'exécuter une tâche fédérale qui requiert une certaine organisation¹²⁸. D'autres fois, il ne peut éviter de le faire dès lors qu'il règle une problématique présentant une forte connexité avec la question de l'organisation cantonale. Cela a évidemment été le cas lorsqu'il a été appelé à adopter une procédure civile ainsi qu'une procédure pénale unifiée au niveau fédéral, procédures qui contiennent forcément un nombre non négligeable de règles impératives en matière d'organisation judiciaire cantonale. Il en est allé de même lorsque le législateur fédéral a réglé la problématique des voies de recours au Tribunal fédéral. Nous reviendrons encore sur ce point (voir *infra* N 596).

73 *Les règles internationales.* – De même, la conclusion de conventions internationales a elle aussi – mais plus rarement – des répercussions sur l'autonomie organisationnelle des cantons. L'importance de ces répercussions peut se révéler limitée par le fait que les normes internationales ne font que répéter des principes qui sont déjà admis constitutionnellement ou qui ne sont pas contestés. C'est bien sûr le cas de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH)¹²⁹ qui consacre notamment le droit à un juge indépendant et impartial (cf. art. 6 par. 1 CEDH). Il n'empêche que certaines conventions internationales contraignent les cantons à organiser différemment leurs pouvoirs. Par exemple, la Confédération a imposé

¹²⁸ Cf. p. ex. art. 61 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP; RS 831.40), selon lequel les cantons peuvent certes désigner l'autorité chargée de surveiller les institutions de prévoyance et les institutions servant à la prévoyance qui ont leur siège sur le territoire cantonal, mais que cette autorité doit forcément être un établissement de droit public doté de la personnalité juridique et n'être soumis à aucune directive dans l'exercice de ses fonctions.

¹²⁹ RS 0.101.

aux cantons – par le truchement des règles internationales auxquelles elle a adhéré – de se doter d’une autorité de surveillance indépendante et qualifiée en matière de protection des données¹³⁰.

Les règles influençant indirectement l’organisation cantonale. – Enfin, il arrive que des règles de droit fédéral – sans avoir l’objectif de fixer des principes d’organisation impératifs pour les cantons – limitent indirectement la liberté organisationnelle dont devraient théoriquement jouir ceux-ci. C’est le cas, en particulier, de quelques droits constitutionnels fédéraux – ou plutôt de leurs développements jurisprudentiels – que les cantons ne peuvent respecter sans abandonner certaines règles d’organisation, respectivement sans en adopter d’autres. Ainsi, le fait d’avoir introduit un droit inconditionnel au juge à l’art. 29a Cst. a contraint – et contraint encore régulièrement – les cantons à réorganiser leur système de voies de recours en matière de droit public et de droit administratif¹³¹. De même, l’art. 34 Cst. qui oblige les cantons à aménager les droits politiques qu’ils instituent de façon à assurer un exercice effectif de ceux-ci ainsi qu’une « expression fidèle et sûre » de la volonté des citoyens impose des contraintes relativement strictes en matière d’aménagement des droits politiques, contraintes qui ont, entre autres, obligé quelques cantons à revoir le système d’élection de leur parlement (voir aussi *infra* N 499)¹³².

Vers un rétrécissement de l’autonomie d’organisation interne ? – Comme le constatait MARTENET à la fin du siècle passé déjà, on peut reconnaître un « rétrécissement de l’autonomie organisationnelle des cantons » à travers le temps¹³³.

L’exemple de l’organisation judiciaire. – La problématique de l’organisation judiciaire cantonale illustre assez bien ce processus. Du fait que le droit fédéral et le droit international imposent de nombreuses règles en matière de procédure et d’organisation judiciaire, l’autonomie organisationnelle des cantons dans ce domaine se limite aujourd’hui

¹³⁰ Voir l’art. 1 du Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 8 novembre 2001 (RS 0.235.11), ainsi que l’art. 1 de l’Accord entre la Confédération suisse, l’Union européenne et la Communauté européenne sur l’association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l’application et au développement de l’acquis de Schengen du 26 octobre 2004 (RS 0.362.3) en lien avec l’art. 114 de la Convention d’application de l’Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l’Union économique Benelux, de la République fédérale d’Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (Acquis Schengen); cf. aussi, sur la question, GOUVERNEMENT JU – CONSEIL D’ÉTAT NE (2012), p. 491; WALDMANN/OESCHGER (2011/II), N 1-3.

¹³¹ Voir par exemple ATF 136 II 436; Tribunal fédéral, arrêt 2C_761/2012 du 12 avril 2013; Tribunal fédéral, arrêt 1C_471/2012 du 23 mai 2013.

¹³² Voir, par exemple, ATF 131 I 74; ATF 136 I 352; ATF 140 I 107.

¹³³ MARTENET (1999), p. 193.

essentiellement, de manière schématique, à la possibilité de délimiter des arrondissements judiciaires et de réglementer la nomination des juges et la composition des tribunaux ainsi qu'à la faculté, en matière administrative uniquement, de créer – ou non – une instance de recours précédente à l'instance judiciaire cantonale supérieure imposée par le droit fédéral¹³⁴.

76 *Vers une redéfinition de l'autonomie d'organisation ?* – Il serait toutefois erroné de voir, dans ce « rétrécissement » de l'autonomie organisationnelle des cantons, l'abandon lent et programmé de celle-ci. Son importance reste significative sur le plan constitutionnel, comme en témoigne le fait que l'on a pour l'heure toujours renoncé à transférer la compétence de l'organisation judiciaire à la Confédération¹³⁵. Simplement, l'autonomie organisationnelle est appelée se redéfinir de manière permanente et dynamique¹³⁶. Elle est notamment destinée à le faire sur un plan externe, comme l'illustre parfaitement l'art. 191b al. 2 Cst. – sur lequel la présente thèse reviendra souvent (à propos de cette disposition, *infra* N 94 s.) – qui rappelle la possibilité qu'ont les cantons d'organiser leurs autorités judiciaires de manière intercantonale.

4. L'autonomie organisationnelle des communes

77 *Les sources juridiques.* – Les communes peuvent également se prévaloir d'une autonomie d'organisation dans les limites du droit cantonal. Le principe ressort expressément de la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985 (CEAL)¹³⁷ que la Suisse a ratifiée le 17 février 2005 et sur laquelle nous reviendrons encore (*infra* N 301). Cette convention internationale assure un *minimum* d'autonomie organisationnelle communale en garantissant le droit des collectivités locales de « définir elles-mêmes les structures administratives internes dont elles entendent se doter, en vue de les adapter à leurs besoins spécifiques et afin de permettre une gestion efficace »¹³⁸.

Il arrive aussi qu'au niveau cantonal, le constituant et le législateur consacrent plus ou moins précisément cette autonomie d'organisation des communes.

L'exemple du droit vaudois. – C'est ainsi que la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (Cst-VD)¹³⁹ souligne que les communes disposent d'« autonomie (...) »

¹³⁴ Cf., entre autres, sur cette question, TURNHERR (2013), p. 219.

¹³⁵ Cf. notamment CONSEIL FÉDÉRAL (1997), p. 523-526; TURNHERR (2013), p. 244.

¹³⁶ Dans ce sens aussi, MARTENET (1999), p. 193.

¹³⁷ RS 0.102.

¹³⁸ Art. 6 par. 1 CEAL; cf. aussi MEYER (2011), p. 91.

¹³⁹ RS 131.231.

dans l'administration de la commune » et que le droit cantonal bernois prévoit que les communes jouissent d'une « souveraineté organisationnelle »¹⁴⁰.

Un corollaire de l'autonomie communale. – Quoi qu'il en soit, le principe d'autonomie organisationnelle découle de toute façon implicitement du principe général d'autonomie communale garantie non seulement par l'ensemble des constitutions cantonales, mais également par la Constitution fédérale (sur la garantie de l'autonomie communale, *infra* N 301 ss)¹⁴¹. 78

L'autonomie d'organisation externe. – Cette autonomie organisationnelle qui découle du principe d'autonomie communale recèle – tout comme l'autonomie d'organisation cantonale – une composante que l'on peut qualifier d'« externe »¹⁴². C'est parce que cette déduction allait de soi qu'elle n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance explicite dans la Constitution fédérale¹⁴³. 79

L'autonomie organisationnelle externe des communes fait en revanche presque toujours l'objet d'une reconnaissance expresse par les constitutions cantonales. Celles-ci consacrent la liberté des communes de collaborer avec les autres communes, le cas échéant en concluant des conventions entre elles ou en créant des organisations ou des institutions communes¹⁴⁴. Le droit international – par le truchement de la Charte européenne de l'autonomie locale – contient également une règle similaire directement applicable¹⁴⁵. Au sens de cette convention internationale, les communes sont – sur le principe – libres de renforcer

¹⁴⁰ Art. 139 let. b Cst-VD; art. 9 LCo BE; voir également art. 45 al. 1 de la Constitution du canton de Bâle-Campagne du 17 mai 1984 (Cst. BL; RS 131.222.2), selon lequel « [d]ans les limites de la Constitution et des lois, les communes ont la compétence de s'organiser elles-mêmes, d'élire leurs autorités, d'engager leurs employés, d'exécuter leurs tâches propres selon leur libre appréciation et d'administrer de manière autonome les choses publiques qui relèvent d'elles »; aussi art. 59 al. 1 de la Constitution du canton de Thurgovie du 16 mars 1987 (Cst. TG; RS 131.228).

¹⁴¹ Voir, entre autres, Tribunal fédéral, arrêt 1P.27/2002 du 31 mai 2002, consid. 3, et arrêt 1P.621/2001 du 16 juillet 2002, consid. 2.6.

¹⁴² Voir notamment AUER (2016), N 455.

¹⁴³ Voir, dans ce sens, CONSEIL FÉDÉRAL (1997), p. 216.

¹⁴⁴ Cf. art. 155 al. 2 Cst-VD; 136 al. 1 Cst-GE; art. 110 al. 2 ConstC BE; art. 71 al. 1 de la Constitution du Canton du Valais du 8 mars 1907 (Cst. VS; RS 131.232); art. 134 al. 2 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (Cst. FR; RS 131.219); art. 113 al. 1 de la Constitution de la République et canton du Jura du 20 mars 1977 (Cst. JU; RS 131.235). La Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (Cst. NE; RS 131.233) ne contient quant à elle aucune disposition consacrant la liberté des communes de s'associer, le principe ressortant toutefois implicitement de la disposition encourageant la collaboration intercommunale (cf. art. 92 Cst. NE).

¹⁴⁵ Art. 10 al. 1 CEAL (en lien la déclaration faite par la suite par la Suisse sur la base de l'art. 13 CELA) selon lequel « [I]es collectivités locales ont le droit, dans l'exercice de leurs compétences, de coopérer et, dans le cadre de la loi, de s'associer avec d'autres collectivités locales pour la réalisation de tâches d'intérêt commun ».

leur efficacité ou de mener à bien des missions qui dépassent leur capacité en collaborant avec d'autres communes¹⁴⁶.

80 *Les limites à l'autonomie d'organisation.* – L'autonomie organisationnelle garantie n'est évidemment pas sans limite. À l'instar des cantons, les communes fixent leur organisation en conformité avec le droit supérieur¹⁴⁷. Cela signifie qu'elles doivent respecter en la matière le même cadre juridique que celui que doivent respecter les cantons, comme les règles d'organisation déduites du principe démocratique de l'art. 51 Cst. et celles déduites de la garantie des droits politiques de l'art. 34 Cst.¹⁴⁸. En effet, il ne doit pas être possible de contourner par le truchement d'une organisation communale – mais aussi intercommunale – les règles qui s'imposent aux cantons. À ce titre et pour reprendre les mots de MARTENET, il convient de « loger à la même enseigne » l'autonomie organisationnelle des communes et celle des cantons¹⁴⁹.

81 *Les limites de droit cantonal.* – Bien sûr, l'affirmation qui précède n'est que partiellement vraie, dans la mesure où l'autonomie d'organisation des communes se voit encore limitée, en sus, par le cadre que le droit cantonal lui prédéfinit, ce tant sur le plan interne qu'externe¹⁵⁰.

Cela étant dit, sur le plan externe, on peut considérer – et c'est l'angle de vue que nous avons choisi dans la présente thèse – que les règles cantonales représentent moins des limites à l'autonomie d'organisation externe des communes qu'une concrétisation de celle-ci. Par l'adoption de règles cantonales en matière de coopération intercommunale facultative, les cantons offrent en quelque sorte des modèles possibles d'organisation externe, étant précisé qu'il reste généralement loisible aux communes d'en adopter ou d'en développer d'autres, ce qu'elles ont d'ailleurs fait (sur le contrat d'adhésion en particulier, *infra* N 185 ss)¹⁵¹.

¹⁴⁶ Cf. notamment CONSEIL DE L'EUROPE (2010), p. 43.

¹⁴⁷ Voir d'ailleurs, expressément dans ce sens, art. 9 LCo BE.

¹⁴⁸ Il arrive d'ailleurs que les constitutions cantonales prévoient expressément l'évidence selon laquelle les communes doivent aussi s'organiser selon une forme démocratique (cf., pour un exemple, art. 70 al. 1 de Constitution du canton de Lucerne du 17 juin 2007 [Cst. LU; RS 131.213]).

¹⁴⁹ MARTENET (1999), p. 265.

¹⁵⁰ Voir notamment Tribunal fédéral, arrêt 1P.621/2001 du 16 juillet 2002, consid. 2.

¹⁵¹ C'est ainsi que l'on peut voir les cantons comme des « accoucheurs » ou des « arbitres », à tout le moins s'agissant de la réglementation des modes de collaboration les plus étendus. Il semblerait en effet que lorsque le canton prend la responsabilité finale de la décision quant à un modèle de collaboration, il libère la politique communale d'une grande pression (cf., dans ce sens, CTA [2004], p. 50; cf. aussi et entre autres, sur la fonction de modèle – non exhaustif – des règles droit cantonal, COMM. PARITAIRE VS [1999], p. 6).

B. Le renforcement du principe de collaboration régionale

Plan. – Il serait incomplet, du moins d'un point de vue juridique, de considérer que l'autonomie organisationnelle externe des cantons et des communes est simplement « garantie » par le droit constitutionnel suisse. Le cadre constitutionnel et légal va jusqu'à « encourager » un exercice large de cette autonomie. 82

L'idée selon laquelle il convient de favoriser le développement de la collaboration régionale ressort très clairement du droit suisse depuis la dernière révision totale de la Constitution fédérale de 1999 (1) et s'est vue encore renforcée, non seulement lors de la révision partielle de la Constitution fédérale de 2004 réformant la péréquation financière et la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) (2), mais également au travers d'une multitude de révisions constitutionnelles et légales (3).

Quant au droit cantonal, il encourage aussi l'essor de la collaboration régionale, tant à un niveau intercantonal qu'à un niveau intercommunal (4).

1. La révision totale de la Constitution fédérale de 1999

Les conventions intercantionales sous l'ancien droit. – Sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale de 1974 (aCst.)¹⁵², l'autonomie d'organisation externe des cantons – ou leur autonomie en matière conventionnelle – faisait déjà l'objet d'une disposition expresse. En effet, l'art. 7 aCst. prévoyait que « [t]oute alliance particulière et tout traité d'une nature politique entre cantons [étaient] interdits ». Les cantons avaient revanche « le droit de conclure entre eux des conventions sur des objets de législation, d'administration ou de justice ». Ces conventions – qui ne pouvaient être contraires au droit fédéral – devaient être portées à la connaissance du Conseil fédéral qui les approuvait le cas échéant¹⁵³. 83

L'idée originelle de cette réglementation était d'empêcher la création d'alliances politiques entre les cantons du type de celle qui avait conduit à la guerre du *Sonderbund* de 1845¹⁵⁴.

L'art. 48 Cst. comme simple « mise à jour » ? – Lors de la révision totale de la Constitution fédérale de 1999, la problématique des conventions intercantionales n'a fait l'objet que de trois alinéas qui correspondent encore aujourd'hui aux trois premiers alinéas de l'art. 48 Cst. (pour le texte de cette disposition, *supra* N 67). Dans le cadre d'une révision constitutionnelle totale qui devait passer pour une mise à jour de la Constitution fédérale, il allait de soi qu'il 84

¹⁵² RS de 1875, 1.

¹⁵³ Cf. art. 102 ch. 7 aCst.

¹⁵⁴ Voir, entre autres, Comm. aCst.-HÄFELIN (1989), N 44-46 ad art. 7 aCst., et AUBERT (1967), N 880.

n'était pas possible de procéder à une réglementation détaillée de l'autonomie d'organisation externe des cantons. La réglementation d'une « autonomie » aurait même représenté un certain contre-sens. Il n'empêche que, sur le plan matériel, l'art. 48 Cst. relatif aux conventions intercantionales apparaît relativement original et nouveau¹⁵⁵. Il opère en effet un changement de paradigme par rapport à l'art. 7 aCst.¹⁵⁶.

D'une part, le nouveau droit met aujourd'hui l'accent sur la possibilité pour les cantons de conclure des conventions entre eux, alors qu'il le mettait par le passé sur les limites à de telles conventions. L'abandon de l'interdiction expresse des conventions politiques permet en particulier d'envisager un élargissement des collaborations intercantionales¹⁵⁷. D'autre part, l'art. 48 al. 1 Cst. ne définit pas les domaines de collaboration possible, contrairement à l'art. 7 al. 2 aCst.¹⁵⁸. Il est pour ainsi dire ouvert.

85 *Vers une interprétation large de l'art. 48 Cst.* – Comme le relevait bien le message relatif au projet de révision constitutionnelle, le nouveau droit accorde ainsi aux cantons « le droit de conclure entre eux des conventions et des accords portant sur les objectifs les plus divers et susceptibles de concerner des objets relevant des trois pouvoirs de l'État (législation, administration et gouvernement, justice) »¹⁵⁹. Cette disposition octroie probablement une plus grande marge de manœuvre que par le passé¹⁶⁰. Le Conseil fédéral – qui n'est d'ailleurs, sous l'empire du nouveau droit, plus appelé à approuver les conventions intercantionales – concède lui-même que l'art. 48 Cst. laisse aux cantons une « très grande marge de manœuvre »¹⁶¹.

86 *L'accent sur la collaboration régionale.* – La nouvelle Constitution fédérale contient encore une précision supplémentaire par rapport à l'ancien droit. À la

¹⁵⁵ Cf. notamment FLEINER (2000), p. 1.

¹⁵⁶ Dans ce sens, notamment, BRUNNER (2009), p. 736; GRISEL (2005), N 4; ABDERHALDEN (2000), p. 218; plus nuancés sur l'importance de la modification, mais reconnaissant le caractère « *kooperationsfreundlich* » des nouvelles dispositions, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 2 et 9 ad art. 48 Cst.

¹⁵⁷ SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 10 ad art. 48 Cst.; ABDERHALDEN (2000), p. 218; aussi TANQUEREL (2001), p. 28.

¹⁵⁸ ZEHNDER (2007), p. 211.

¹⁵⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (1997), p. 216; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 11 ad art. 48 Cst.

¹⁶⁰ Cf., dans le même sens, les auteurs précités; pour un exemple concret, voir CONSEIL D'ÉTAT VS ([1999], p. 896), qui, appelé à se prononcer sur le projet de création d'une commission interparlementaire intercantonale avant la révision totale de la Constitution fédérale, doutait de sa constitutionnalité, tout en reconnaissant que « la situation a peut-être changé avec le "toiletage" du 18 avril 1999 ».

¹⁶¹ Réponse du CONSEIL FÉDÉRAL du 26 mai 1999 à la motion 99.3108, « Collaboration intercantonale », déposée par M. Theiler.

seconde phrase du premier alinéa de l'art. 48 Cst., le constituant a jugé utile de souligner que « [les cantons] peuvent notamment réaliser ensemble des tâches d'intérêt régional ». La doctrine considère que le constituant avait l'intention d'encourager tout particulièrement la collaboration intercantonale quand celle-ci était régionale, conscient de l'importance qu'elle devrait prendre à l'avenir¹⁶². Il est vrai que l'on retrouve cet encouragement à la concertation régionale – en l'occurrence tant intercantonale qu'intercommunale – dans un autre article de la nouvelle Constitution fédérale, en l'occurrence à l'art. 50 al. 3 Cst. qui souligne l'importance de prendre en considération la situation particulière des villes, des agglomérations urbaines et des régions de montagne¹⁶³.

Les conventions de nature politique qui conduiraient à déséquilibrer notre système fédéraliste en déplaçant les rapports de pouvoirs entre les cantons restent évidemment proscrites. L'accent mis sur la collaboration régionale par le constituant fédéral laisse en revanche entendre qu'il est possible pour les cantons non seulement de pallier à certaines lacunes de capacité par le biais de la collaboration régionale, mais également de se rendre plus concurrentiels – notamment en termes d'attractivité économique et fiscale – en collaborant avec d'autres cantons¹⁶⁴. Finalement, le fédéralisme suisse allie ainsi deux facettes qui, à première vue, auraient pu sembler s'opposer : le « fédéralisme coopératif »¹⁶⁵ et le « fédéralisme de concurrence »¹⁶⁶.

¹⁶² Voir notamment CONSEIL FÉDÉRAL (2012/I), p. 4183; BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 13 ad art. 48 Cst.; SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 31 et 33 ad art. 48 Cst.; Komm. KV ZH-HÄNER (2007), N 19 ad art. 69 Cst. ZH; AUBERT (2003), N 5 ad art. 48 Cst.

¹⁶³ Voir en particulier GUY-ÉCABERT (2004), p. 88; AUBERT (2003), N 12 ad art. 50 Cst.; aussi CONSEIL FÉDÉRAL (2015), p. 3497, selon lequel l'art. 50 al. 3 Cst. met l'accent sur la nécessité, pour la Confédération, de tenir compte des réalités « territoriales », lesquelles dépassent souvent les frontières institutionnelles communales.

¹⁶⁴ Apparemment aussi dans ce sens, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 12 ad art. 48 Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 44 ad art. 48 Cst.

¹⁶⁵ Dans la présente thèse, le terme de « fédéralisme coopératif » est entendu en un sens large incluant toutes les formes de coopération entre les cantons ainsi qu'entre ceux-ci et la Confédération (cf. HÄFELIN ET AL. [2016], N 1242). Voir, notamment, sur la notion et sur son caractère éventuellement pléonastique dans la mesure où tout système fédéraliste implique une collaboration minimale entre les entités fédérées et entre celles-ci et l'État fédéral, JAAG (2013), p. 774-776; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 6 ad art. 48 Cst. ; pour un résumé et une nuance de l'importance de la question, d'une valeur plus rhétorique que pratique, AUER (2016), N 777 s.

¹⁶⁶ Voir, dans ce sens, AUER (2016), N 101, SG Komm. BV-SCHWEIZER (2014), N 18 ad art. 44 Cst., JENNY (2008), p. 276 et ABDERHALDEN (2006), p. 10; aussi sur le fédéralisme de concurrence, CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2210. Les règles constitutionnelles et légales fédérales adoptées en matière de formation consacrent d'ailleurs parfaitement le principe

2. La réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches (RPT)

87 *En général.* – Tandis que la dernière révision totale (formelle) de la Constitution fédérale de 1999 partait de la prémisse, encore timide, qu'il convenait d'encourager la collaboration régionale intercantonale, la révision constitutionnelle conduisant à la *Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons* (RPT) – adoptée le 28 novembre 2004 et considérée comme la dernière révision totale matérielle – a, elle, renforcé massivement le principe de « fédéralisme coopératif » et, en particulier, le principe de collaboration régionale entre cantons¹⁶⁷. Concrétisant la formule de DOMINICÉ selon laquelle « [l]e fédéralisme sera coopératif, ou ne sera plus », le renforcement et la promotion de la collaboration régionale alors acceptés par le peuple et les cantons constituaient en effet l'un des cinq mécanismes censés revitaliser un système politique qui semblait perdre de son efficacité, aux côtés des nouvelles dispositions relatives à la péréquation des ressources, à la compensation des charges, au désenchevêtrement des tâches communes et à leur rationalisation¹⁶⁸.

88 *Les compléments à l'art. 48 Cst.* – Tout d'abord, conformément à l'un des objectifs généraux de la RPT qui était de favoriser et d'intensifier les collaborations efficaces entre les cantons, le constituant fédéral a estimé opportun de compléter la réglementation relative aux conventions intercantionales¹⁶⁹. Il a notamment décidé d'ancrer à l'art. 48 al. 4 Cst. la possibilité de créer, sous certaines conditions, des organes intercantonaux dotés de pouvoirs législatifs, car l'institution de tels organes était en principe propre à faciliter grandement la collaboration régionale et à améliorer son efficacité¹⁷⁰. Le principe de primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal s'est quant à lui vu consacré à l'art. 48 al. 5 Cst.

Ces deux nouveaux alinéas constitutionnels étaient censés élargir la marge de manœuvre des cantons en matière de collaboration intercantonale ou, à tout

d'une coopération intense entre les hautes écoles – le cas échéant cantonales – et celui apparemment antinomique d'une compétition entre elles (voir MACHERET [2011], p. 267 s., et *infra* N 96). Il en va de même de la réglementation de la LAMal qui favorise un régime de concurrence dans le domaine hospitalier tout en imposant une coordination intercantonale dans ce même domaine (cf. notamment art. 39 et 41 LAMal).

¹⁶⁷ Voir, entre autres, CONSEIL FÉDÉRAL (2012/I), p. 4194.

¹⁶⁸ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2164; aussi SG Komm. BV-SCHWEIZER/MÜLLER (2014), N 17 ad Vorbemerkungen zu Art. 42-135.

¹⁶⁹ Cf., entre autres, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 4 ad art. 48 Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 52 ad art. 48 Cst.

¹⁷⁰ Cf., dans ce sens, CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2218; HÄFELIN (1969), p. 651; SIEGRIST (1977), p. 80.

le moins, clarifier des points qui, jusqu'ici, demeuraient controversés. Nous les traiterons bien entendu en détail plus loin dans cette thèse (*infra* N 543 ss et 354 ss).

L'introduction de la collaboration intercantonale forcée. – Simultanément, 89
le constituant fédéral a entendu reconnaître – par le biais d'un nouvel art. 48a Cst. – la possibilité pour la Confédération de déclarer de force obligatoire générale une convention intercantonale, tout comme celle d'obliger un ou plusieurs cantons à adhérer à des conventions intercantionales préexistantes. Pour que le renforcement de la collaboration intercantonale – en particulier régionale – puisse constituer une alternative réaliste à une réforme territoriale des cantons, il fallait en effet que la Confédération dispose de moyens pour encourager, voire forcer une collaboration intercantonale efficace ou, le cas échéant, assumer le rôle d'arbitre¹⁷¹.

La « révolution » constitutionnelle de l'art. 48a Cst. – Si les compléments 90
opérés à l'art. 48 Cst. peuvent passer pour de simples précisions en matière d'encouragement à la collaboration intercantonale (sur la question, *supra* N 88), tel n'est évidemment pas le cas du nouvel art. 48a Cst. Certes, la collaboration intercantonale représentait déjà un devoir avant cette révision partielle de la Constitution fédérale et on peut même considérer que ce devoir – qui découle de la structure même de tout État fédéral – ne requiert aucune réglementation explicite d'ordre constitutionnel¹⁷². Certes aussi, une collaboration intercantonale ne peut être imposée que dans les quelques domaines énumérés précisément à l'art. 48a al. 1 Cst. et uniquement à la demande expresse d'un ou plusieurs cantons. Il n'en demeure pas moins que l'adoption de l'art. 48a Cst. a opéré une révolution profonde de la conception du fédéralisme suisse et, surtout, de la souveraineté populaire cantonale en droit constitutionnel suisse. Désormais, sur un plan théorique, les autorités et la population d'un canton pourraient se voir tenues de respecter, sur leur propre territoire, dans l'intérêt d'une collaboration intercantonale efficiente, des règles conventionnelles – éventuellement importantes – qui auraient été adoptées par d'autres cantons et qu'elles n'auraient, par définition, pas acceptées.

L'introduction du principe de subsidiarité. – Le constituant fédéral a, enfin, 91
profité de la RPT pour donner au principe de subsidiarité un ancrage explicite, en l'occurrence à l'art. 5a Cst. ainsi qu'à l'art. 43a Cst. La reconnaissance de ce principe – qui signifie que les différentes tâches sont attribuées à l'échelon étatique qui est le mieux à même de les accomplir – visait, entre autres, à encoura-

¹⁷¹ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (2002), p. 2214 s. et 2217.

¹⁷² Art. 44 al. 1 Cst.; cf. notamment CONSEIL FÉDÉRAL (1977), p. 1251; PFISTERER (2009), p. 719; MORITZ (1997), N 13 ad art. 4 Cst. JU.

ger un renforcement de la collaboration régionale, qu'il s'agisse ici d'une collaboration régionale intercantonale ou d'une collaboration intercommunale. L'idée était de souligner, notamment, que l'attribution d'une compétence à la Confédération ou au canton ne pouvait pas se faire uniquement en fonction du fait que les plus petits cantons ou les plus petites communes ne seraient pas à même de l'exécuter convenablement, mais en fonction du fait que ces derniers ne pourraient pas l'exécuter convenablement même en collaborant entre eux ou entre elles¹⁷³. Le principe n'a dès lors pas qu'une fonction négative qui tendrait à empêcher une « fédéralisation » ou une « cantonalisation » des compétences, mais comporte également une fonction positive : d'un côté, la collectivité supérieure a pour mission de rendre les collectivités inférieures capables de collaborer entre elles et, de l'autre, celles-ci doivent tenter la voie de la collaboration avant d'abandonner à la collectivité supérieure l'exécution de leurs tâches (« principe de subsidiarité positif »)¹⁷⁴.

- 92 *Conclusion.* – En somme, la « révision totale matérielle » de la Constitution fédérale opérée par la RPT a contribué à renforcer l'idée selon laquelle le fédéralisme suisse était conçu comme un système politique coopératif entre les différents acteurs qui y participent et qu'il ne devait pas se confondre avec un « cantonalisme » (« *Kantonalismus* ») qu'il convenait de proscrire¹⁷⁵.

3. Les autres bases constitutionnelles et légales fédérales

- 93 *En général.* – Le constituant et le législateur n'hésitent généralement pas à accentuer l'importance du fédéralisme coopératif à chaque fois qu'ils le peuvent, même lorsqu'il ne s'agit pas de réformer en profondeur le système fédéral suisse. Il leur arrive en effet régulièrement d'encourager les cantons à la collaboration intercantonale.

Lors de la « réforme de la justice » adoptée en 2000, le constituant fédéral a par exemple tenu à rappeler la possibilité qu'avaient les cantons de créer des autorités judiciaires communes¹⁷⁶. Il a aussi renforcé les principes de coordination et de collaboration intercantionales lors de la « réforme des articles constitutionnels sur la formation » qui a été adoptée en 2006¹⁷⁷. Quant au législateur fédéral, il n'est pas rare qu'il rappelle l'intérêt qu'ont les cantons de collaborer

¹⁷³ Cf. notamment ZEHNDER (2007), p. 213; aussi SG Komm. BV-EHRENZELLER (2014), N 27 ad art. 5a Cst. et N 10 ad art. 43a Cst.; dans ce sens, en matière intercommunale, KOCHER (2010), p. 297 s.

¹⁷⁴ Cf. ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 42; JAAG (2013), p. 781; dans un sens comparable BSK BV-WALDMANN/BORTER (2015), N 45 ad art. 46 Cst.

¹⁷⁵ JENNY (2008), p. 276, et (1984), p. 286.

¹⁷⁶ RO 2002 3148.

¹⁷⁷ RO 2006 3033.

lorsqu'ils sont appelés à exécuter une tâche fédérale que la Confédération leur a déléguée.

Le nouvel art. 191b Cst. – Lors de la « réforme de la justice » qui représentait à l'origine l'un des « paquets » additionnels de la révision totale de la Constitution fédérale, les Chambres fédérales ont jugé utile de compléter la Constitution fédérale par une disposition censée rappeler aux cantons qu'ils pouvaient « instituer des autorités judiciaires communes ». Cette précision s'est trouvée consacrée à l'art. 191b Cst., qui a la teneur suivante :

94

Art. 191b Cst.
Autorités judiciaires des cantons

¹ Les cantons instituent des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales.

² Ils peuvent instituer des autorités judiciaires communes.

L'objectif de l'art. 191b Cst. – À l'instar de ce qui allait motiver l'adoption de l'art. 48 al. 4 et 5 Cst. quelques années plus tard (sur la question, *supra* N 88), la *ratio legis* de ce nouvel art. 191b al. 2 Cst. n'était pas d'élargir l'autonomie organisationnelle externe des cantons. Le but premier de cette révision constitutionnelle était de faire taire les controverses juridiques qui pouvaient surgir au sujet de la constitutionnalité des éventuelles cessions de « souveraineté » judiciaire par les cantons et, ainsi, de favoriser la collaboration intercantonale dans le domaine délicat de l'organisation des tribunaux¹⁷⁸.

95

Notons que la commission parlementaire qui a proposé d'adjoindre ce fameux second alinéa à l'art. 191b Cst. aurait eu dans l'esprit d'encourager la création d'autorités judiciaires spéciales – comme des tribunaux de commerce intercantonaux – mais également la création d'autorités de poursuite pénale communes à plusieurs cantons¹⁷⁹. C'est *a priori* pour cette dernière raison que

¹⁷⁸ Voir BO 1998 E 268; aussi, entre autres, BSK BV-WALDMANN (2015), N 8 ad art. 191b Cst.; SG Komm. BV-KISS/KOLLER (2014), N 19 ad art. 191b Cst.; BIAGGINI (2017), N 3 ad art. 191b Cst. Certains membres des commissions de la révision constitutionnelle semblaient en effet considérer que le maintien du caractère étatique des cantons passait par la préservation de leur propre autorité juridictionnelle (cf., sur le débat en commission, SG Komm. BV-KISS/KOLLER [2014], N 18 ad art. 191b Cst.).

¹⁷⁹ Cf., dans ce sens, SÄGESESSER (2000), N 1205 ad art. 191b Cst., lequel se fonde sur les procès-verbaux des commissions de la révision constitutionnelle, respectivement, BO 1998 E 268; aussi OFJ (2001), p. 41, qui, lors de la rédaction de l'avant-projet de CPP, soulignaient qu'au regard du nouvel art. 191b al. 2 Cst., « plusieurs petits cantons peuvent par exemple créer ensemble des tribunaux pénaux compétents en matière de criminalité économique ».

la disposition constitutionnelle utiliserait les termes d'« autorités judiciaires » plutôt que celui de « tribunal »¹⁸⁰.

96 *Les réformes relatives aux articles constitutionnels sur la formation.* – Ensuite, en acceptant les modifications des articles de la Constitution sur la formation en 2006, le peuple suisse et les cantons ont confirmé le changement de paradigme dans la conception du fédéralisme suisse qui avait été opéré quelques années auparavant par la RPT et de le pousser encore un peu plus loin¹⁸¹. En résumé, le constituant a imposé à la Confédération et aux cantons un devoir général et accru de coordonner leurs activités dans le domaine de l'éducation et de la formation par le biais d'institutions communes et de toute autre mesure appropriée¹⁸².

Cette obligation de coopérer – qui n'avait pas de « *direkte Vorläufer* » en droit constitutionnel suisse comme le souligne HÄNNI¹⁸³ – fait l'objet d'un double mécanisme de contrainte. D'une part, la Confédération peut donner force obligatoire générale à des conventions intercantionales ou obliger les cantons à adhérer à des conventions intercantionales dans certains domaines relevant de la formation en application de l'art. 48a al. 1, let. b et c, Cst. D'autre part, en l'absence d'une coordination et d'une collaboration minimale, elle jouit d'une compétence subsidiaire de légiférer dans la mesure nécessaire, comme le prévoit désormais l'art. 63a al. 5 Cst. Ce devoir de coordination et de coopération va nettement au-delà de l'obligation générale d'entraide (art. 44 Cst.) faite à la Confédération et aux cantons¹⁸⁴.

Le mécanisme de la compétence fédérale subsidiaire tel qu'il a été conçu à l'art. 63a al. 5 Cst. a depuis été reproduit dans le domaine de la formation musicale. L'art. 67a Cst. dispose en effet que, si les efforts des cantons pour promouvoir un enseignement musical de qualité n'aboutissent pas à une harmonisation des objectifs d'un tel enseignement à l'école, la Confédération légifère dans la mesure nécessaire.

97 *Le droit pénal.* – Quant au législateur fédéral, il ne s'est pas privé de prévoir dans diverses lois fédérales la possibilité, voire l'obligation pour les cantons de collaborer à un niveau intercantonal et, le cas échéant, de créer des organisations

¹⁸⁰ Cf. les propos tenus par M. Wicki devant le Conseil des États, in: BO 1998 E 268: « *Wir haben im Übrigen bewusst den Begriff «richterliche Behörden» gewählt und nicht nur "Gerichte", denn auch die Strafverfolgungsbehörden sollen mit einbezogen werden.* »

¹⁸¹ On peut même se demander si la révision n'aurait pas pu valoir comme une révision constitutionnelle totale matérielle à l'image de la RPT (voir notamment, à ce sujet, MAHON/JEAN-NERAT [2013/I], p. 1394 et 1398).

¹⁸² Cf. en particulier art. 61a al. 2 et 63a al. 4 Cst.

¹⁸³ BSK BV-HÄNNI (2015), N 1 ad art. 63a Cst.

¹⁸⁴ Voir, dans ce sens, CSEC-N (2005), p. 5199.

communes ou des institutions intercantionales régionales. Il convient de mentionner, dans un ordre de priorité chronologique, l'art. 378 al. 2 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)¹⁸⁵ qui dispose – depuis son adoption déjà – que « [l]es cantons peuvent conclure des accords sur la création et l'exploitation conjointes d'établissements d'exécution des peines et des mesures ou s'assurer le droit d'utiliser des établissements d'autres cantons ». Il s'agissait, d'une part, de correspondre à la pratique déjà adoptée par certains cantons qui ne détenaient pas un nombre de prisonniers suffisant pour justifier l'exploitation d'un pénitencier (sur cette question, *infra* N 200) et, d'autre part, de favoriser le but d'éducation qu'on voulait donner à la peine. Il est vrai que l'organisation du travail des détenus dans de grands établissements de détention est plus facile et, peut-être, plus lucrative¹⁸⁶.

La circulation routière. – En 1967, le législateur fédéral a jugé utile de compléter la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR)¹⁸⁷ par une disposition imposant une certaine collaboration intercantonale, l'art. 57a LCR. Cet article de loi, qui a été entretemps légèrement modifié, obligeait expressément les gouvernements cantonaux à mettre en place des systèmes de collaboration autorisant un canton à exercer la police de la circulation sur les autoroutes et semi-autoroutes traversant un autre canton. Il était déjà évident qu'il n'était pas possible de s'en tenir strictement aux frontières cantonales dans ce domaine, ni de créer une police fédérale des autoroutes (aussi *infra* N 208)¹⁸⁸. 98

La navigation intérieure. – L'art. 58 al. 4 de la loi fédérale sur la navigation intérieure du 3 octobre 1975 (LNI)¹⁸⁹ réserve quant à lui la possibilité pour les cantons de mettre en place une « organisation commune » s'agissant des autorités cantonales chargées d'exécuter cette même loi. À vrai dire, la réglementation de la navigation sur les lacs et les fleuves et la surveillance sur ceux-ci a toujours fait l'objet d'une concertation et d'une coopération intercantonale à l'échelle régionale¹⁹⁰. 99

L'asile. – En outre, l'art. 15 de la loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi)¹⁹¹ prévoit – depuis son adoption – que « [l]es cantons peuvent créer des services intercantonaux chargés d'accomplir les tâches qui leur incombent en 100

¹⁸⁵ RS 311.0.

¹⁸⁶ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (1918), p. 109 s.

¹⁸⁷ RS 741.01.

¹⁸⁸ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (1966), p. 335-338.

¹⁸⁹ RS 747.201.

¹⁹⁰ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (1974), p. 1500-1502.

¹⁹¹ RS 142.31.

matière d'asile, notamment les auditions des requérants, la préparation des décisions et l'exécution des renvois ». L'idée serait de permettre aux cantons de répondre, le cas échéant, aux besoins éventuels qui requièrent un savoir-faire spécifique¹⁹².

101 *L'assurance-chômage*. – L'art. 85e al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI)¹⁹³ prévoit quant à lui – depuis une révision partielle de cette loi adoptée en 2002¹⁹⁴ – que « [p]lusieurs cantons peuvent, avec l'accord de l'organe de compensation, gérer une autorité cantonale commune pour leur territoire, des offices régionaux de placement communs et des services communs de logistique des mesures relatives au marché du travail ». Le but consiste ici à mieux faire coïncider les frontières cantonales avec celles des bassins d'emploi et à améliorer la qualité des services dans les petits cantons à faible taux de chômage¹⁹⁵.

102 *La protection civile*. – L'art. 6 al. 2 de la loi fédérale sur la protection de la population et sur la protection civile du 4 octobre 2002 (LPPC)¹⁹⁶ mentionne ensuite – depuis son adoption – que les cantons règlent notamment la collaboration intercantonale en ce qui concerne l'instruction et la conduite de la protection de la population. La disposition vise tout simplement à souligner toute l'importance de cet aspect de la réforme de la protection de la population¹⁹⁷.

103 *L'assurance-invalidité*. – L'art. 54 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI)¹⁹⁸ prévoit – depuis la cinquième révision de l'assurance-invalidité (AI) adoptée en 2006¹⁹⁹ – que « [p]lusieurs cantons peuvent conclure ensemble une convention pour instituer un office AI commun ou pour déléguer à un autre office AI [certaines] des tâches ». En effet, la mise sur pied d'un office AI suffisamment bien doté en personnel pour offrir tous les services requis suppose une dimension minimale²⁰⁰.

104 *Le droit pénal des mineurs*. – L'art. 8 al. 2 de la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009 (PPMin)²⁰¹ prévoit – depuis son

¹⁹² Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (1996), p. 48.

¹⁹³ RS 837.0.

¹⁹⁴ RO 2003 1728

¹⁹⁵ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (2001/II), p. 2175 s. On ajoutera par ailleurs que, selon l'art. 85e al. 2 LACI, le Conseil fédéral et l'organe de compensation doivent même imposer aux cantons des conditions en matière de gestion et de finances propres à encourager la collaboration intercantonale.

¹⁹⁶ RS 520.1.

¹⁹⁷ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (2002/II), p. 1629.

¹⁹⁸ RS 831.20.

¹⁹⁹ RO 2007 5129.

²⁰⁰ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (1988), p. 1346.

²⁰¹ RS 312.1.

adoption – que les cantons peuvent instaurer des « autorités pénales des mineurs à compétence intercantonale », afin de permettre une meilleure spécialisation de celles-ci²⁰². Cette disposition – qui est pour l’heure restée lettre morte (sur la question d’un éventuel tribunal pénal des mineurs interjurassien, *infra* N 218) – fait écho à l’art. 191b al. 2 Cst. adopté dans le cadre de la réforme de la justice (à ce propos, *supra* N 94).

La prévoyance professionnelle. – Enfin, l’art. 61 al. 2 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP)²⁰³ prévoit quant à lui – depuis une révision partielle de cette loi adoptée en 2010²⁰⁴ – que « [l]es cantons peuvent se regrouper en une région de surveillance commune et désigner une autorité de surveillance commune chargée de surveiller les institutions de prévoyance et les institutions servant à la prévoyance qui ont leur siège sur le territoire de la région ». Une telle régionalisation s’avère en effet adaptée lorsqu’un canton ne dispose pas à lui seul des ressources suffisantes pour remplir les exigences légales en matière de surveillance²⁰⁵. Les cantons n’avaient d’ailleurs pas attendu l’entrée en vigueur de cette disposition pour procéder à une régionalisation (*infra* N 200)²⁰⁶. 105

Conclusion. – En somme, il faut constater que le droit fédéral suisse représente un cadre juridique favorable à la collaboration intercantonale et, en particulier, à la collaboration intercantonale institutionnalisée de portée régionale²⁰⁷. Il tend à en favoriser le développement dans l’ensemble des domaines de compétences cantonales. 106

4. Le principe en droit cantonal

Le canton du Jura comme précurseur. – Longtemps les constitutions cantonales sont restées muettes sur le thème de la collaboration intercantonale. C’est l’adoption de la première – et unique jusqu’à ce jour – Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977 (Cst. JU) qui a ouvert la voie avec une disposition constitutionnelle spécifique sur la coopération²⁰⁸. Cette disposition a la teneur suivante : 107

²⁰² Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (2006/b), p. 1342.

²⁰³ RS 831.40.

²⁰⁴ RO 2011 3393.

²⁰⁵ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (2007/I), p. 5415.

²⁰⁶ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (2007/I), p. 5390 et 5397 s.

²⁰⁷ Aussi, dans ce sens, VOGEL (2009), p. 558.

²⁰⁸ Voir, s’agissant de cette évolution, SCHMITT (2012), p. 284; EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 11.

Art. 4 Cst. JU
Coopération

¹ La République et Canton du Jura collabore avec les autres cantons de la Confédération suisse.

² Elle s'efforce d'assurer une coopération étroite avec ses voisins.

³ Elle est ouverte au monde et coopère avec les peuples soucieux de solidarité.

108 *Les principes dans les autres constitutions cantonales.* – Depuis la création du canton du Jura, plusieurs constitutions cantonales se sont vues flanquées de dispositions spécifiques relatives à l'encouragement à la collaboration intercantonale. D'ailleurs, aujourd'hui, tous les cantons romands – sauf le canton du Valais dont la constitution cantonale n'a cependant encore jamais fait l'objet d'une révision totale formelle contrairement aux autres – connaissent une disposition spécifique favorisant la collaboration intercantonale, voire la création d'institutions intercantionales²⁰⁹.

109 *Le sens du principe.* – À l'instar de ce que dispose explicitement la constitution cantonale jurassienne de même que la Constitution cantonale de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE)²¹⁰, il faut partir de la prémisse que c'est avant tout la coopération avec les cantons voisins et limitrophes que visent les dispositions constitutionnelles cantonales encourageant la collaboration intercantonale²¹¹. Il existe là une certaine analogie avec l'art 48 al. 1 Cst. qui tend à favoriser une collaboration intercantonale de portée régionale (sur la question, *supra* N 86). En tout cas, manifestement, tous les constituants cantonaux se rallient à l'idée d'un fédéralisme coopératif²¹², idée qui se voit parfois encore rappelée au niveau légal²¹³. La volonté constitutionnelle de

²⁰⁹ Cf. art 5 Cst-VD; art. 4 Cst. JU; art. 2 al. 2 ConstC BE; art. 144 al. 2 Cst-GE; art. 5 Cst. FR. L'art. 5 al. 1 let. q Cst. NE n'envisage cependant pas la coopération intercantonale comme un principe de l'activité étatique, mais comme une tâche étatique.

²¹⁰ RS 131.234; cf. art. 144 al. 2 Cst-GE.

²¹¹ Cf., dans le même sens notamment, CONSTITUANTE (COMM. 4) GE (2010/I), p. 16; STÄHELIN (2007), N 8 ad art. 1 Cst. TG; expressément art. 3 al. 1 Cst. BL, selon lequel les autorités cantonales de Bâle-Campagne « collaborent avec les autorités d'autres cantons – en particulier avec celles des cantons de Bâle-Ville, d'Argovie, de Soleure et du Jura – et des communes de la région et des régions étrangères voisines en vue de l'accomplissement de tâches communes ou régionales ».

²¹² Cf., dans ce sens notamment, MORITZ (1997), N 2 ad art. 4 Cst. JU; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 8 ad art. 48 Cst., qui soulignent la tendance claire de fournir une base constitutionnelle cantonale à la collaboration intercantonale.

²¹³ Par exemple, l'art. 7 de la loi vaudoise sur l'Université de Lausanne du 6 juillet 2004 (RSV 414.11) et l'art. 4 de la loi genevoise sur l'Université de Genève du 13 juin 2008

coopération intercantonale – voire l’obligation de coopérer avec les autres cantons – n’a en soi rien de particulier dans un système fédéraliste et ne fait que répéter un principe imposé par le droit fédéral. Il n’en demeure pas moins que de nombreux cantons, comme les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne, se voient et se consacrent expressément comme des « *kooperativen Verfassungsstaaten* », pour reprendre une expression utilisée par JENNY²¹⁴.

Le principe de collaboration intercommunale. – Logiquement, les constituants et les législateurs cantonaux encouragent au moins autant – si ce n’est plus – la collaboration intercommunale que la Confédération n’encourage la collaboration intercantonale. Certes, il existe quelques constitutions cantonales romandes qui, contrairement à d’autres²¹⁵, n’encouragent pas expressément les communes à collaborer entre elles. En revanche, toutes les constitutions cantonales romandes – bernoise y compris, genevoise exceptée – prévoient que le canton peut les y obliger, notamment en créant une association des communes ou en les contraignant à adhérer à une telle organisation²¹⁶. L’on peut ainsi dire que les constitutions cantonales – notamment celles des cantons romands – encouragent toujours, implicitement à tout le moins, la collaboration intercommunale en reconnaissant sa nécessité²¹⁷.

Ajoutons que certains constituants et législateurs cantonaux ne se sont pas forcément contentés de favoriser la collaboration intercommunale de manière générale, mais qu’ils ont également entendu lui fournir de nouveaux modèles d’organisation censés être plus efficaces ou attractifs. On voit ainsi s’inscrire –

(RSG C1 30) énoncent un devoir de coopération à l’échelon régional, national et international (cf. MACHERET [2011], p. 266).

²¹⁴ JENNY (2008), p. 287; voir en particulier l’art. 3 Cst. BL, dont la portée a été renforcée après l’échec en 2014 du projet de fusion des deux cantons (*supra* N 59).

²¹⁵ Cf., notamment, art. 5 al. 2 et art. 155 al. 1 Cst-VD; art. 92 al. 1 Cst. NE; art. 110 al. 1 ConstC BE; 134 Cst. FR.

²¹⁶ Cf. art. 155 al. 3 Cst-VD; art. 92 al. 2 Cst. NE; art. 113 al. 4 Cst. JU; art. 110 al. 2 Cst. BE et art. 8 LCo BE; art. 71 al. 2 Cst. VS; art. 134 al. 3 Cst. FR et art. 110 de loi fribourgeoise sur les communes du 25 septembre 1980 (RSF 140.1; LCo FR); sur la question de manière générale et sur l’évolution des constitutions cantonales, voir aussi EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 26; HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES (2007), p. 113 s.

²¹⁷ Cf., dans le même sens, Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 7 ad art. 90 Cst. ZH. Le raisonnement vaut par exemple en droit constitutionnel genevois. L’art. 136 Cst-GE autorise uniquement la collaboration intercommunale sans l’encourager, ni octroyer au canton le droit de l’imposer le cas échéant. La commission compétente avait cependant proposé des dispositions en ces deux sens à l’Assemblée constituante. Si celle-ci ne les a pas reprises, c’est simplement parce qu’elle leur avait préféré, dans un premier temps, un modèle de structure territoriale régionale fondée sur la création de districts aux compétences plus larges, modèle qui a été finalement abandonné (cf. CONSTITUANTE [COMM. 4] GE [2010/II], p. 40, et Mémorial de l’Assemblée constituante, Session ordinaire n° 20 du 21 septembre 2010, p. 35-40, en lien avec les art. 132-137 Cst-GE; aussi HOTTELIER/TANQUEREL [2014], p. 382 s.).

parfois directement au sein des constitutions cantonales – de nouvelles formes ou modèles de collaboration intercommunale régionale, comme les « conférences régionales », les « agglomérations et les « fédérations ». Nous reviendrons encore sur ces nouvelles réglementations cantonales (*infra* N 179 ss).

C. Le contexte juridique d'un point de vue comparé

- 111 *Plan et résumé.* – Sur un plan juridique, la problématique de la collaboration entre collectivités publiques se pose également dans de nombreux États fédéraux de même qu'entre États, c'est-à-dire à un niveau international. Cependant, il n'est pas forcément possible – ni utile – de comparer la manière dont cette problématique est traitée et réglementée en Suisse avec les solutions mises en œuvre dans ce domaine par d'autres États dans chacun (1), ni avec la pratique internationale adoptée par les États en matière de coopération transfrontalière (2). En revanche, si l'on veut comprendre le développement des organisations régionales conventionnelles en Suisse, il s'avère à notre sens approprié – voire indispensable – d'adopter une approche de droit cantonal comparé (3) et, surtout, de procéder à une mise en regard réciproque de la collaboration intercommunale et de la collaboration intercantonale (4).

1. La collaboration régionale en Suisse et à l'étranger

- 112 *En général.* – La question de la collaboration entre les différentes collectivités territoriales composant un État ne se pose évidemment pas qu'en Suisse. Tous les États fédéraux – même les plus grands – y sont confrontés et nombreux sont ceux qui favorisent également le développement d'un « fédéralisme coopératif » (sur la notion, *supra* N 107 ss). Il arrive ainsi que la pratique helvétique se réfère à des solutions prévalant en droit étranger – notamment allemand – dans le domaine de la collaboration entre États fédérés pour les appliquer à la problématique de la collaboration intercantonale, voire intercommunale²¹⁸.

Sur un plan juridique, il ne semble toutefois pas que la résolution des problèmes que pose la collaboration régionale en droit suisse puisse véritablement s'inspirer, d'un point de vue fondamental et général, de la situation prévalant à l'étranger – à tout le moins de manière totalement convaincante – compte tenu notamment des particularités du régime politique et juridique suisse.

- 113 *L'unicité de chaque système fédéral.* – Tout d'abord, il n'existe pas un seul type de système fédéral. En effet, le type de « fédéralisme » mis en place par un

²¹⁸ Voir, pour un exemple, Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, consid. 5b, in: ZBI 1984, p. 544.

État se différencie forcément de celui des autres États, car chaque pays a sa propre histoire et ses propres valeurs politiques²¹⁹.

À partir là, les considérations sur la nature du fédéralisme valable dans un ordre juridique donné ne sont pas nécessairement transposables à un autre système juridique, même s'il est également fédéral²²⁰. Cela vaut particulièrement pour le fédéralisme helvétique qui, non seulement, se distingue des autres systèmes fédéraux au regard du morcellement politique important qui le caractérise (sur la question, *supra* N 26), mais qui tend aussi à garantir la diversité culturelle, linguistique, historique et confessionnelle du pays²²¹. La préservation des prérogatives cantonales est sentie comme vitale par les cantons minoritaires, notamment par les cantons latins²²². Ce fait distingue le système fédéral helvétique de celui qui peut exister aux États-Unis ou en Allemagne où le fédéralisme représente davantage un mécanisme de limitation et de séparation des pouvoirs, non de protection des minorités²²³.

Ainsi, par essence, le principe de « fédéralisme coopératif » n'occupe évidemment pas une place identique dans les différents droits constitutionnels nationaux²²⁴.

Les différences en matière d'applicabilité des conventions. – Ensuite, le « fédéralisme coopératif » se fonde sur des prémisses juridiques et sur des traditions juridiques différentes dans chaque État fédéral. Prenons un exemple parlant pour illustrer ce postulat.

114

La Suisse suit une tradition juridique moniste en matière de mise en œuvre des traités interétatiques. Cela signifie que les règles de droit prévues par des conventions interétatiques se retrouvent automatiquement intégrées à l'ordre juridique suisse. Autrement dit, en Suisse, le droit conventionnel bénéficie d'une validité immédiate au sein des ordres juridiques cantonaux, respectivement communaux²²⁵. Il n'est pas forcément nécessaire que les cantons ou les communes transposent dans leur droit interne les règles convenues avec d'autres

²¹⁹ Voir aussi ZEHNDER (2007), p. 6: « *Denn so klar die Schweiz die Merkmale eines Bundesstaates mit anderen Staaten teilt, so klar unterscheidet sie sich auch von diesen.* »

²²⁰ Du même avis, ABDERHALDEN (1999), p. 349.

²²¹ Sur cette question, cf. en particulier PFISTERER (2009), p. 706 s.

²²² Cf., entre autres, HOTTINGER (2000), p. 49.

²²³ Cf. notamment FLEINER (2000), p. 4; aussi GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 322, lequel signalait d'ailleurs que, dans la République fédérale d'Allemagne, on soutenait que les accords de caractère normatif conclus par les « *Länder* », pour faire l'économie d'une loi fédérale, n'étaient pas admissibles, mais que le droit suisse ne connaissait pas de telles restrictions.

²²⁴ Voir AUER (2016), N 838, lequel mentionne la différence entre le droit constitutionnel suisse et le droit constitutionnel allemand.

²²⁵ Cf. notamment Cour constitutionnelle JU, arrêt du 28 mars 2006, consid. 1.4.2., in: RJJ 2006, p. 342; GRISEL (2005), N 31; MARTENET (1999), p. 283.

cantons ou d'autres communes, pour autant bien sûr que ces règles intercantionales ou intercommunales soient suffisamment claires et précises pour être appliquées directement²²⁶. Le système juridique helvétique se distingue sur ce point très nettement de celui d'autres États fédéraux, comme l'Autriche ou l'Allemagne²²⁷. Dans ces deux pays, les conventions entre les *Länder* n'ont d'effet juridique direct pour les particuliers qu'après avoir été transposées par le législateur de chaque *Land*. De telles conventions ne bénéficient d'aucune supériorité de principe sur le droit interne²²⁸, ce contrairement à ce qui prévaut en droit suisse (sur la question en détail, *infra* N 352 ss).

115 *La particularité du conflit entre droit interne et droit conventionnel.* – Enfin, le système politique suisse connaît de nombreux mécanismes démocratiques que l'on ne retrouve pas forcément dans les autres systèmes fédéraux²²⁹. En effet, historiquement, les principes de démocratie et de fédéralisme se sont toujours imbriqués d'une façon particulière en Suisse²³⁰.

Les citoyens suisses jouissent notamment d'un droit d'initiative et de référendum qu'ils peuvent généralement exercer au sein de chacun des espaces politiques traditionnels que sont les communes, les cantons et la Confédération. Or, cette forte propension à la démocratie directe existant dans les cantons et les communes suisses conduit forcément à des conflits avec l'obligation de respecter les engagements intercantonaux ou intercommunaux. À l'instar de ce qui prévaut au niveau fédéral en cas d'acceptation d'initiatives populaires contraires au droit international, la collaboration intercantonale ou intercommunale pose la question épineuse du rapport hiérarchique entre le droit interne traditionnel, lequel jouit d'une forte légitimité démocratique, et les engagements intercantonaux et intercommunaux, auxquels l'on peut parfois reprocher un déficit démocratique, à tout le moins sous l'angle des droits populaires (sur la question aussi, *infra* N 358 ss et 447 s.).

²²⁶ Le principe est aujourd'hui expressément rappelé en droit fédéral – à tout le moins s'agissant du droit intercantonal – par l'art. 17 de la loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges du 3 octobre 2003 (PFCC; RS 613.2) qui dispose que « [s]i un canton ne met pas en œuvre une convention intercantonale (...), les citoyens concernés peuvent faire valoir des droits fondés sur cette convention ou décision à condition que les dispositions matérielles qu'elle contient soient suffisamment claires et précises ». Il ressort également implicitement de l'art. 95 let. e de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), lequel permet au justiciable d'invoquer directement la violation du droit intercantonal dans le cadre d'un recours ordinaire devant le Tribunal fédéral.

²²⁷ Cf. HÄFELIN (1969), p. 670, qui relève également cette différence.

²²⁸ Cf., sur la question de manière générale en droit autrichien, respectivement allemand, ÖLHINGER (2009), N 320; VEDDER (1996), p. 324-343.

²²⁹ CPLR (2010), N 25.

²³⁰ Également dans ce sens, cf. GREBER (2000), p. 9.

La singularité du système politique des cantons. – On peut inversement considérer – et c’est là un paradoxe qui fait du « fédéralisme coopératif » helvétique un cas spécial – que le problème du « déficit démocratique » qu’induit le développement des mécanismes de collaboration entre collectivités publiques – problématique sur laquelle nous reviendrons encore (*infra* N 225 ss) – se pose avec moins d’acuité en Suisse que dans d’autres États fédéraux²³¹. En effet, en Suisse, les membres du pouvoir exécutif, qui voient leurs pouvoirs renforcés par ce phénomène, cela au détriment des parlements, sont élus directement par le peuple – non seulement au niveau communal, mais également au niveau cantonal – et jouissent de ce fait d’une forte légitimité démocratique²³². Comme se plaît à le répéter la Conférence des gouvernements cantonaux de Suisse occidentale (CGSO), « si le Parlement est parfois qualifié de premier représentant de la volonté populaire, Parlement et Gouvernement jouissent de la même légitimité démocratique puisqu’ils sont l’un et l’autre élus par le peuple »²³³.

2. La collaboration régionale et la coopération internationale

En général. – La collaboration régionale – qu’elle soit intercantonale ou intercommunale – suscite bien évidemment des questions similaires à celles qui se posent en matière de coopération internationale transfrontalière. Dans cette mesure, il n’est pas exclu de s’inspirer de règles valant au niveau fédéral dans le domaine des affaires extérieures pour résoudre certains problèmes que pose la collaboration régionale²³⁴. Le respect d’une analogie peut même s’imposer en la matière. À titre illustratif, la jurisprudence – tant fédérale que cantonale – a déjà eu l’occasion de préciser maintes fois que, lorsque le droit fédéral ou le droit intercantonal ne réglait pas une question juridique en matière de relation intercantonale, voire intercommunale, on devait appliquer le droit international coutumier à titre subsidiaire (sur la question notamment, *infra* N 298 s., 801, 1056 et 1104 s.)²³⁵.

²³¹ CPLR (2010), N 24.

²³² Voir, dans le même sens, SG Komm. BV-ABDERHALDEN (2008), N 56 ad art. 48 Cst; HÄNNI (1998), p. 662; NUSPLIGER (1995), p. 151.

²³³ CGSO (2010), p. 3. Parfois, l’on considère même que le gouvernement a plus de légitimité démocratique que le parlement dans la mesure où il est élu en une unique circonscription (cf. p. ex. COMMISSION « CONSTITUTION » NE [1999], p. 88).

²³⁴ Voir, pour un exemple, Conseil-exécutif BE, décision JGK 94.02322 du 5 juillet 1995, consid. 2, in: JAB 1996, p. 147, où le gouvernement cantonal appelé à se prononcer sur la validité d’une motion parlementaire communale considère expressément que le droit fédéral et la pratique qui en est faite peuvent « *als eine Auslegungshilfe beigezogen werden* ».

²³⁵ Voir, notamment, ATF 106 Ib 154, consid. 3, et Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST.2011.0008 du 12 juin 2012; GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 320;

118 *Un cadre juridique différent.* – La collaboration régionale en Suisse se distingue toutefois de façon marquée de la coopération internationale dans la mesure où, comme nous l'avons déjà indiqué brièvement, son développement et son organisation doivent respecter le cadre juridique fixé par le droit interne supérieur. La collaboration régionale ne peut notamment aller au-delà de ce que lui permet la Constitution fédérale. Lorsqu'elle est intercommunale, elle ne peut même pas aller au-delà de ce que lui permet le droit cantonal (*supra* N 69 ss et 80 s.).

Nous ne nions pas ici que la Confédération doit également respecter certaines règles en matière de coopération internationale – notamment lors de l'adoption des traités internationaux et de leur modification²³⁶ –, mais aucune règle interne ne la limite lorsqu'elle convient du contenu matériel des conventions internationales auxquelles elle entend se lier, si ce n'est quelques règles de droit international considérées comme des règles coutumières impératives²³⁷. D'ailleurs, comme nous allons encore le voir, la collaboration régionale et, en particulier, les règles régissant l'organisation régionale peuvent faire l'objet d'un contrôle juridique effectué par un organe politique ou judiciaire (*infra* N 245 ss), ce qui n'est pas le cas de la collaboration internationale compte tenu, notamment, de la supériorité du droit international sur le droit interne²³⁸.

119 *Conclusion.* – En somme, la problématique de la coopération internationale se situe largement « en dehors » – ou, plutôt, « en dessus » – du cadre juridique interne de droit suisse, contrairement à celle de la collaboration intercantonale et intercommunale qui se situe « en dedans » ou « en dessous » de ce même cadre juridique : l'une et l'autre problématiques ne sont donc pas totalement comparables²³⁹.

BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 24 ad art. 48 Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 22 ad art. 48 Cst.

²³⁶ Voir, en particulier, art. 55 al. 3, art. 121a al. 4, art. 140 al. 1 let. b, art. 141 al. 1 let. d, art. 147, art. 166 et art. 184 Cst.

²³⁷ Cependant, pour une opinion selon laquelle la nouvelle Constitution fédérale contient des « points d'orientation matériels » (« *materielle Orientierungspunkte* »), comme l'art. 54 Cst., en matière de politique étrangère, voir notamment SG Komm. BV-KLEY/PORTMANN (2014), N 31-45 ad Vorbemerkungen zur Aussenverfassung.

²³⁸ Voir, notamment, art. 5, al. 4, et art. 190 Cst.; soulignant également qu'au niveau fédéral, « *keine Instanz über Parlament und Regierung steht* », cf. à nouveau Conseil-exécutif BE, décision JGK 94.02322 du 5 juillet 1995, consid. 2, in: JAB 1996, p. 147; aussi BORTER (1976), p. 91.

²³⁹ Voir aussi, dans un sens similaire, AUER (2016), N 825.

3. La collaboration régionale dans les différents cantons

En général. – Nous venons de le démontrer : l'analyse du cadre juridique de la collaboration régionale en Suisse peut faire l'économie d'une comparaison avec la situation prévalant en matière de collaboration régionale dans d'autres pays. Elle peut également se passer d'une étude approfondie des règles applicables en matière de coopération internationale. En revanche, elle se doit d'adopter une approche comparative – ou du moins globale – de la problématique de la collaboration régionale dans les différents cantons. Une telle approche s'impose au moins d'un point de vue pragmatique, parce que la collaboration – lorsqu'elle est intercantonale – présuppose, par définition, l'application de règles juridiques appartenant aux ordres juridiques de deux cantons ou plus. D'une certaine manière donc, l'analyse de la problématique de la collaboration régionale du point de vue d'un seul canton serait forcément partielle et incomplète. 120

L'intérêt légistique du droit intercantonal comparé. – Relevons ensuite qu'une mise en exergue des différences cantonales existant en matière de collaboration régionale permet le cas échéant de proposer des perspectives de développement en s'inspirant des meilleures solutions cantonales²⁴⁰. Il faut d'ailleurs constater qu'en pratique les constituants cantonaux et les législateurs cantonaux ne manquent jamais de s'intéresser à – voire de copier – ce qui est fait dans les autres cantons lorsqu'ils adoptent de nouvelles règles constitutionnelles ou législatives²⁴¹. C'est ainsi que la commission de l'Assemblée constituante genevoise chargée de préparer l'avant-projet des dispositions censées régir les relations extérieures dans la nouvelle constitution genevoise s'est entretenue avec des membres de l'ancienne Constituante bâloise ayant participé à la rédaction de la nouvelle constitution cantonale de Bâle-Ville, étant entendu que la problématique de la collaboration régionale se pose de manière similaire dans ces deux cantons-villes²⁴². Comme nous le verrons encore, quelques législateurs cantonaux se sont également inspirés du droit fribourgeois précurseur en la matière pour proposer de nouveaux modèles de collaboration intercommunale dans leur droit (*infra* N 179 ss). 121

L'intérêt pour l'interprétation du droit cantonal. – Il n'est pas possible non plus de définir le cadre juridique applicable à la collaboration régionale – en le déduisant parfois de dispositions constitutionnelles imprécises – sans tenir compte des règles et des pratiques existant en la matière dans les différents can- 122

²⁴⁰ Voir, entre autres, AUER (2016), N 112.

²⁴¹ Voir, d'ailleurs, pour la constituante genevoise, HOTTELIER/TANQUEREL (2014), p. 342-344; autre exemple en matière de droits politiques, CONSEIL D'ÉTAT VD (2015), p. 2.

²⁴² Cf. CONSTITUANTE (COMM. 4) GE (2010/I), p. 8.

tons suisses, ce d'autant plus lorsque ces derniers se sont inspirés de réglementations prévalant dans d'autres cantons, comme c'est régulièrement le cas en pratique. Autrement dit, une interprétation des dispositions constitutionnelles ou légales doit en principe tenir compte d'une approche comparée. Cette considération est particulièrement valable pour l'interprétation du droit constitutionnel²⁴³ et dans le domaine de la collaboration régionale qui représente un domaine juridique et politique en mutation²⁴⁴. En pratique, dans ce domaine en plein développement qui connaît encore de nombreuses questions ouvertes et de multiples lacunes juridiques, les tribunaux cantonaux se montrent déjà enclins à chercher dans la réglementation ou la jurisprudence d'autres cantons des solutions aux litiges qu'ils doivent trancher en matière de collaboration régionale²⁴⁵.

123 *L'intérêt pour l'interprétation du droit fédéral.* – Enfin, le droit intercantonal comparé représente une approche juridique importante pour l'interprétation du droit fédéral, tout particulièrement lorsque celui-ci est de rang constitutionnel. En effet, comme nous allons encore l'examiner, la Constitution fédérale doit être interprétée en tenant compte, entre autres, de la situation politique contemporaine et de la pratique juridique (*infra* N 241 ss). Or, les règles juridiques adoptées par les cantons et les communes reflètent, d'une certaine manière, la situation politique et la pratique juridique contemporaines²⁴⁶. Il est donc important de traiter la question de la collaboration régionale en Suisse selon une approche globale et intercantonale.

Quelques exemples jurisprudentiels. – C'est cette approche qu'a d'ailleurs choisie le Tribunal fédéral s'agissant de l'admissibilité des initiatives cantonales en matière intercantonale²⁴⁷ de même que s'agissant de la possibilité de réviser les conventions intercommunales sans le consentement de chacune des communes membres²⁴⁸. Nous y reviendrons bien entendu dans la présente thèse (*infra* N 1034 s. et 317).

²⁴³ À ce propos, voir en particulier EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 29, qui soulignent qu'une telle approche comparative s'impose d'autant plus aujourd'hui compte tenu des nombreuses révisions constitutionnelles totales intervenues ces dernières décennies, lesquelles laissent entrevoir un « *gewandeltes kantonales Staatsverständnis* » et un « *Verfassungsbild eines koordinierten schweizerischen Bundesstaates* »; pour un exemple frappant, Cour constitutionnelle JU, arrêt CST 7/2015 du 9 février 2016, consid. 2.2.

²⁴⁴ Pour des exemples où des études mandatées par un canton dans le domaine de la collaboration intercantonale et intercommunale adoptent une démarche comparée de manière marquée, cf. notamment LIENHARD ET AL. (2011), et COMM. PARITAIRE VS (1999), p. 6 s.

²⁴⁵ Voir, pour des exemples, ATF 96 I 210, consid. 2, et Obergericht SH, arrêt OGE 60/2012/56 du 30 août 2013, in: *Amtsbericht* 2013, p. 101.

²⁴⁶ Voir notamment ATF 133 I 156, consid. 3.6.3, et Tribunal fédéral, arrêt 8C_156/2009 du 24 juin 2009, consid. 6.3.2; WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 1076.

²⁴⁷ Voir ATF 73 I 103.

²⁴⁸ Voir ATF 113 Ia 200.

4. La collaboration intercantonale et la collaboration intercommunale

En général. – L'analyse du cadre juridique dans lequel s'inscrit la collaboration régionale en Suisse doit enfin se baser sur une approche comparative – ou, du moins, globale – portant à la fois sur la *collaboration intercantonale* et sur la *collaboration intercommunale*. Il arrive fréquemment que les auteurs de doctrine partent de l'idée que les considérations juridiques qui prévalent pour la collaboration intercommunale s'appliquent également pour la collaboration intercommunale ou *vice versa*²⁴⁹. Il n'en demeure pas moins qu'à notre connaissance, cette approche de la collaboration intercantonale et intercommunale n'a encore jamais fait l'objet d'une étude approfondie, sur un plan purement juridique à tout le moins²⁵⁰. Pourtant, à y regarder de plus près, on peut se demander s'il ne s'agit pas là d'un passage obligatoire compte tenu, non seulement, des similarités des deux problématiques, mais également de la pertinence et de l'utilité de la comparaison ; on voit mal comment une analyse juridique exhaustive de la collaboration intercantonale – en particulier lorsqu'elle intervient à un niveau régional uniquement – pourrait faire fi des règles applicables en matière de collaboration intercommunale, notamment lorsque de telles règles ont fait l'objet – voire découlent – d'une jurisprudence du Tribunal fédéral²⁵¹.

124

Les similitudes entre l'intercantonalité et l'intercommunalité. – Il faut d'abord relever que les deux niveaux de collaboration – intercantonal et intercommunal – représentent l'un et l'autre une des réponses possibles aux défis similaires auxquels sont confrontés les cantons et les communes. Nous avons déjà évoqué ce point en tout début de thèse (*supra* N 23 ss).

125

²⁴⁹ Cf., p. ex., VOGEL (2009), p. 557, qui écrit dans un article intitulé, *Interkantonale Verwaltungsorganisationen*, que sa contribution « *richtet den Fokus auf die interkantonale Zusammenarbeit; die meisten Überlegungen lassen sich aber sinngemäss auf die Gemeindestufe übertragen* »; aussi ZEHNDER (2007), p. 194, n. 390; ZIMMERLI (2002), p. 96; BORTER (1976), p. 117; enfin, pour une approche globale, mais succincte SG Komm. BV-SCHWEIZER/MÜLLER (2014), N 26-32 ad Vorbemerkungen zu Art. 42-135; pour une référence à la collaboration intercantonale au moment de régler la collaboration intercommunale, voir REGERUNGSRAT LU (1977), p. 249.

²⁵⁰ On mettra cependant en exergue ici l'étude réalisée à la demande de la Commission de haute surveillance du Grand Conseil bernois (CHS BE) par le Kompetenzzentrum für Public Management de l'Université de Berne, datée du 12 novembre 2009 (voir IFF ANDREA ET AL., *Interkantonale und interkommunale Zusammenarbeit : Defizite bezüglich parlamentarischer und direktdemokratischer Mitwirkung*, Berne 2009).

²⁵¹ Dans ce sens apparemment, DOMINICÉ (1969), N 38, qui dans une contribution sur le fédéralisme coopératif, signalait qu'« une étude exhaustive devrait également englober la question de niveaux inférieurs de gouvernement (communes), mais cela nous entraînerait trop loin dans le cadre limité de cette étude, qui ne peut avoir pour ambition que de dégager quelques lignes de force ».

Ensuite et surtout, les deux types de collaboration posent des problèmes politico-juridiques analogues au sein d'un cadre constitutionnel largement comparable, comme nous le verrons encore (sur la question, *infra* N 224 ss et deuxième partie). La collaboration régionale – qu'elle soit intercantonale ou intercommunale – implique, toujours, d'un point de vue juridique, la cession d'une part d'autonomie dans l'exécution d'une tâche publique. Elle emporte avec elle également une sorte de contournement des mécanismes démocratiques traditionnels dans la mesure où certaines mesures prises à un niveau régional sont soustraites à référendum ou sont adoptées par des organes dont la légitimité démocratique peut apparaître plus faible que celles des organes cantonaux ou communaux habituels²⁵².

Cette similarité entre les diverses formes de collaboration – qui se voit portée à son comble lors d'une collaboration entre des communes appartenant à plusieurs cantons – conduit déjà les autorités administratives et judiciaires à appliquer à la collaboration intercommunale, lorsque cela est nécessaire, les principes juridiques prévalant en matière de collaboration intercantonale²⁵³. L'opportunité de soumettre la collaboration intercommunale aux mêmes principes que la collaboration intercantonale est aujourd'hui expressément reconnue par l'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges du 22 novembre 2006 (ACI)²⁵⁴, convention-cadre intercantonale sur laquelle nous reviendrons encore très fréquemment. En somme, comme l'écrit GUY-ÉCABERT, la collaboration intercommunale peut être vue comme un « maillon dans la chaîne de la réflexion sur le fédéralisme coopératif »²⁵⁵.

126

Un acteur central commun : le parlement cantonal. – Une analyse comparée ou globale de la collaboration intercantonale et de la collaboration intercommunale ne s'impose pas uniquement du fait de la similarité des deux problématiques, mais se justifie aussi pour une raison supplémentaire. Elle peut se fonder sur le fait que les deux niveaux de collaboration s'articulent autour des mêmes acteurs, en l'occurrence les parlements cantonaux. Certes, ceux-ci jouent un rôle différent en matière de collaboration intercantonale qu'en matière de collaboration intercommunale : schématiquement, les parlements approuvent les conven-

²⁵² Dans le même sens, notamment, voir MOSER C. (2010), p. 21.

²⁵³ Voir, pour un exemple, Regierungsrat OW, décision du 12 juin 2007, consid. 2.2, in: VVGE-OW 2007/2008 n° 4, p. 9, et décision du 24 octobre 2006, consid. 5, in: VVGE-OW 2005/2006 n° 5, p. 14.

²⁵⁴ RSJU 659.1; art. 3 ACI, par lequel les cantons s'engagent à respecter par analogie également dans le contexte intracantonal, les principes fondamentaux de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (cf. sur la question art. 13 let. g PFCC et CONSEIL FÉDÉRAL [2002/III], p. 2390).

²⁵⁵ GUY-ÉCABERT (2004), p. 101.

tions intercantionales importantes et exercent la haute surveillance sur les organisations intercantionales, alors qu'en matière de collaboration intercommunale, leur rôle consiste normalement à mettre à disposition des communes des modèles légaux de collaboration (sur cette question aussi, *supra* N 81). Il n'en demeure pas moins que les parlements devraient idéalement assurer une certaine cohérence entre ces deux « fonctions », à tout le moins lorsqu'ils sont appelés à apprécier des problématiques juridiques similaires. Par exemple, il pourrait apparaître étonnant, sur un plan juridique à tout le moins, qu'un parlement refuse d'adhérer à un système de gouvernance intercantonale en invoquant la violation de la souveraineté cantonale ou celle du principe démocratique, alors qu'il propose un modèle de gouvernance intercommunale similaire aux communes du canton, sans considérer que, peut-être, un tel modèle peut porter atteinte à l'autonomie communale ou au principe démocratique.

L'intérêt de la comparaison. – Enfin et en guise de conclusion, l'analyse juridique de la collaboration intercantonale peut profiter de manière tout à fait pratique de celle de la collaboration intercommunale.

127

Compte tenu de son importance, de sa fréquence et de son ancienneté, la collaboration intercommunale et, en particulier, les modèles d'organisations intercommunales ont fait l'objet non seulement de nombreuses études juridiques, mais également d'une jurisprudence plus abondante que la problématique de la collaboration intercantonale. Dès lors qu'il pourrait s'agir d'apprécier les deux niveaux de collaboration à l'aune des mêmes principes juridiques, les études de doctrine et les arrêts de tribunaux qui ont trait à la collaboration intercommunale peuvent apporter un éclairage intéressant et pertinent sur les limites – mais également les possibilités – de la collaboration intercantonale. Le Conseil d'État vaudois ne s'y est d'ailleurs pas trompé, lui qui a déjà eu l'occasion de considérer que « le fédéralisme coopératif pourrait s'inspirer du modèle des associations de communes à buts multiples pour l'étendre aux cantons » et pour proposer, par exemple, un modèle de « parlement intercantonal » similaire aux conseils intercommunaux existants²⁵⁶.

²⁵⁶ CONSEIL D'ÉTAT VD (1999), p. 5986.

Chapitre 2 : Quelques notions, modèles et exemples choisis

I. Les notions de base de la thèse

Introduction. – Comme nous venons de le voir, la collaboration intercantonale et intercommunale occupe une place toujours plus importante en Suisse. Elle s’institutionnalise aussi toujours davantage. Le cadre juridique helvétique encourage cette évolution, particulièrement lorsque la collaboration s’effectue à un niveau régional. La notion d’« organisation régionale conventionnelle » ou, simplement, celle d’« organisation régionale » n’est cependant pas encore une notion que l’on rencontre fréquemment au sein de notre ordre juridique. Nous devons admettre qu’à l’heure actuelle, seules quelques dispositions constitutionnelles ou légales s’y réfèrent¹. La nomenclature pour désigner la collaboration intercantonale et intercommunale institutionnalisée à un niveau régional est en effet passablement variée. L’on se réfère parfois à la notion d’« organisation intercantonale ou intercommunale », d’autres fois à celle d’« organisation ou d’institution commune » ou à celle d’« institution intercantonale ou intercommunale »².

128

Il convient donc de définir la notion relativement peu courante – et *a priori* quelque peu floue – d’« organisation régionale conventionnelle » avant de se lancer dans l’examen juridique d’une problématique qui, à défaut de délimitation précise, pourrait apparaître assez large. Pour ce faire, il s’agit tout d’abord

¹ Cf. notamment l’ancien art. 7 de la loi vaudoise d’exécution de la législation fédérale sur la protection civile du 11 septembre 1995, dans sa version en vigueur jusqu’au 31 janvier 2015 (LVLPi VD; RSV 520.11); art. 9 de la LC (vaudoise) sur le service de défense contre l’incendie et de secours du 2 mars 2010 (LSDIS VD; RSV 963.15); respectivement art. 3 al. 3 ConstC BE qui dispose que « [d]es organisations régionales peuvent être créées pour accomplir des tâches particulières »; art. 5 al. 1 Cst. FR.; art. 107 al. 1 de la Constitution du Canton des Grisons du 18 mai 2003/14 septembre 2003 (Cst. GR; RS 131.226).

² Cf., pour des exemples, art. 48 al. 1 Cst.; aussi art. 7 du Concordat sur l’exécution de la détention pénale des personnes mineures des cantons romands (et partiellement du Tessin) du 24 mars 2005 (CEDPM; RSJU 349.2).

de la disséquer en deux « sous-notions » particulières, en l'occurrence celle d'« organisation conventionnelle » ou de « convention organisatrice » (A) et celle de « région » (B). Sur cette base, il sera possible de tenter une définition de l'« organisation régionale conventionnelle » (C).

A. Les notions d'« organisation conventionnelle » et de « convention organisatrice »

129 *En général.* – Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, l'autonomie d'organisation désigne le droit des cantons et des communes de s'organiser comme ils l'entendent et, notamment, de répartir le pouvoir cantonal entre les organes qu'ils instituent, le cas échéant en concluant des conventions avec d'autres collectivités (*supra* N 66 ss). La notion d'« organisation conventionnelle » se réfère donc à l'ensemble des situations dans lesquelles des cantons ou des communes ont décidé de déléguer, de manière concertée, par le biais d'une convention, une partie de leur pouvoir ou l'exécution de l'une de leurs tâches à une entité qui leur est extérieure.

Expliquée d'une autre manière, une organisation conventionnelle représente le résultat de la volonté concordante de plusieurs collectivités (accord conventionnel) de s'organiser de manière commune afin d'exercer une fonction étatique ou exécuter une tâche publique (organisation étatique)³. Cette volonté se concrétise en principe par la conclusion librement consentie d'une convention – généralement intercantonale ou intercommunale⁴ – que l'on peut qualifier de

³ Sur la notion de « tâche publique », voir RÜTSCHÉ (2013), p. 153-162.

⁴ De manière générale, les organisations conventionnelles sont « horizontales », c'est-à-dire lient uniquement des cantons entre eux ou uniquement des communes entre elles. Cependant, la création d'organes communs à la Confédération et aux cantons, voire aux cantons et aux communes, afin de développer une meilleure collaboration verticale, n'est pas exclue (cf. en matière intercommunale, cf. ZEHNDER [2007], p. 138 s.; GYGI [1973], p. 147, et JAGMETTI [1972], N 300). De telles organisations restent toutefois des exceptions (cf. RÜSSELI [2012], p. 141). En l'absence de base constitutionnelle claire, les éventuels organes communs à la Confédération et aux cantons devraient en principe se limiter à des activités de conseil, de coordination et de planification, car aucune compétence de décision ne peut leur être déléguée, sauf lorsque la Constitution fédérale elle-même prévoit la création d'organe commun aux compétences décisionnelles (cf. CSEC-N [2005], p. 5204 s.; CONSEIL FÉDÉRAL [1997], p. 217; *contra* AUER [2004], N 32 s.; aussi ZEHNDER [2007], p. 136, qui retient, lui, qu'il serait possible de créer des organes communs chargés de tâches de pure exécution; pour un exemple, cf. Convention entre la Confédération, les cantons et la Conférence des directeurs cantonaux des finances (CDF) sur la collaboration entre collectivités publiques suisses en matière d'informatique du 26 juin 2015, consultable sur www.sik.ch, le 31 octobre 2015). Quoi qu'il en soit, une telle pratique devrait rester exceptionnelle tant la procédure pour y parvenir apparaît compliquée et délicate d'un point de vue démocratique

« convention organisatrice » ou de « convention d'organisation » (« *organisatorischer Vertrag* »)⁵.

Les conventions organisatrices non consenties. – Comme nous l'avons déjà vu plusieurs fois, la collaboration peut être obligatoire. En clair, dans certains cas déterminés, tant les cantons que les communes peuvent être contraints de collaborer si la Confédération, respectivement le canton le décide (*supra* N 89 s et 110)⁶. La collaboration contrainte devrait toutefois rester l'exception, notamment parce que la menace d'une éventuelle collaboration forcée suffit à favoriser le consensus et parce que la procédure conduisant à une adhésion imposée s'avère relativement compliquée, tout en mettant à mal certains principes démocratiques traditionnels. Un tel postulat s'impose spécialement en matière de collaboration intercantonale au regard du principe de « souveraineté » cantonale⁷.

Les différents types d'« organisation conventionnelle » – La définition de l'« organisation conventionnelle », telle qu'elle vient d'être donnée, couvre en réalité deux formes d'organisations intercantionales ou intercommunales différentes : les *organisations communes* proprement dites et les *délégations de pouvoirs et/ou de tâches* à une autre collectivité⁸.

130

(dans le même sens notamment, CONSEIL FÉDÉRAL [2002/I], p. 13, et ABDERHALDEN [2006], p. 11; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE [2015], N 38 ad art. 48 Cst.).

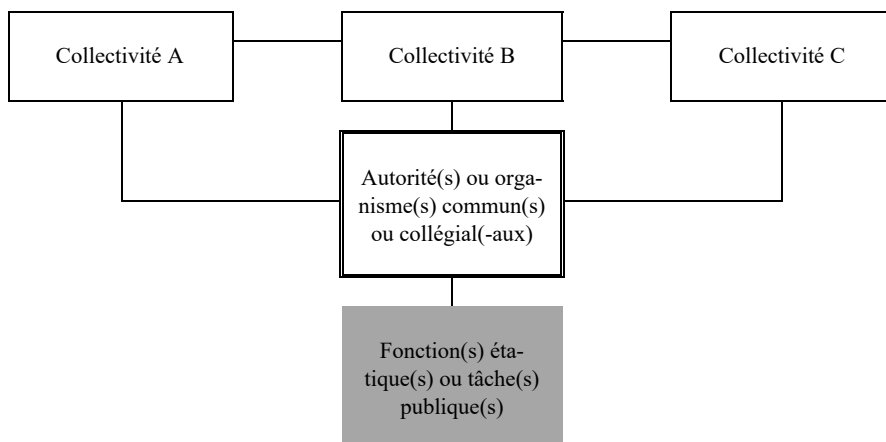
⁵ ZEHNDER (2007), p. 61. Il n'est bien sûr pas exclu que des cantons ou des communes décident de collaborer dans l'exécution d'une tâche en adoptant, parallèlement aux autres cantons ou aux autres communes, un cadre législatif ou réglementaire harmonisé ou, du moins, coordonné (voir d'ailleurs, sur la question de l'harmonisation importante des droits cantonaux bâlois au travers de la procédure législative ordinaire, REGIERUNGSRAT BL [2014], p. 2). Il n'en demeure pas moins qu'une telle collaboration intercantonale ou intercommunale, dans la mesure où elle nécessite l'adoption parallèle de divers actes internes (p. ex. la nomination coordonnée d'une personne à un poste identique dans plusieurs collectivités, l'adoption de crédits financiers), suppose en principe la conclusion d'une convention définissant le cadre général de la collaboration (pour des exemples d'organisation, *infra* N 210 et 705).

⁶ Pour un exemple récent en matière intercommunale, Tribunal cantonal VD, arrêt GE.2016.0130 du 6 mars 2017, et Tribunal fédéral, arrêt 2C_361/2017 du 2 octobre 2017.

⁷ Dans ce sens, pour la collaboration intercommunale, cf., entre autres, FRIEDERICH (2013), N 282, selon lequel « *[i]n der Praxis erfolgt die Zusammenarbeit praktisch ausschliesslich auf freiwilliger Basis ; die gezielte Förderung durch finanzielle Anreize und kantonalen Zwang haben bis anhin so gut wie keine Rolle gespielt* »; pour la collaboration intercantonale, cf., entre autres, ORG. DE PROJET RPT [1999], p. 44, où le caractère « préventif » des instruments de collaboration forcée est souligné; aussi AUER (2016), N 780; BSK BV-WALDMANN (2015), N 9 ad art. 48a Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 52-54 ad art. 48a Cst.; JAAG [2013], p. 778-780; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 272; PFISTERER [2009], p. 722; BIAGGINI (2008), p. 377 ; ABDERHALDEN [2006], p. 19; à titre illustratif, cf. GOUVERNEMENT JU [2006], p. 2, où l'exécutif cantonal jurassien rappelait bien au parlement cantonal que s'il « devait refuser d'adhérer à l'ACI, [il ne pouvait] négliger d'y être contraint si l'Assemblée fédérale devait prendre une telle décision ».

⁸ Voir aussi, pour une même distinction, Komm. KV LU-LAUBER (2010), N 5 ad art. 71 Cst. LU.

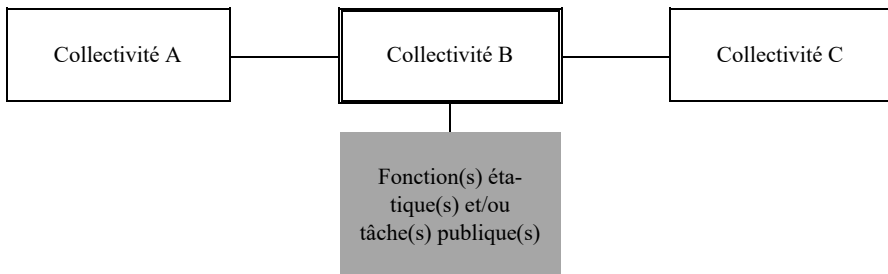
L'organisation commune proprement dite. – D'un côté donc, une organisation conventionnelle peut consister en ce que deux collectivités ou plus créent, par convention, une ou plusieurs autorités ou organes « communs », voire des organismes collégiaux, chargés d'exercer une fonction étatique ou d'exécuter une tâche publique pour le compte de chacune d'elles⁹. Comme nous le verrons encore, en pratique, il s'agit de mettre en place, au niveau intercommunal, des associations de communes (*infra* N 170 ss) ou des autres modèles de corporations de droit public intercommunales (*infra* N 179 ss) et, au niveau intercantonal, des services administratifs intercantonaux ou des conférences interdépartementales ou intergouvernementales (*infra* N 191 ss), de même que des établissements autonomes de droit intercantonal (*infra* N 197 ss) ou des tribunaux intercantonaux (*infra* N 213 ss).



⁹ La notion d'organe ou d'autorité n'a pas de contenu juridique bien déterminé, comme l'a déjà admis le Tribunal fédéral (ATF 121 II 454, consid. 2b/aa). La notion d'« autorité commune » ou d'« organe commun » peut donc être comprise largement et englober l'ensemble des organes politiques et judiciaires ainsi que tous les organes administratifs intercantonaux ou intercommunaux, leur point commun étant l'exercice d'une part de la souveraineté étatique. Il importe peu à cet égard qu'au sein de l'organe en question, les décisions soient prises à l'unanimité des représentants des cantons ou des communes (dans le même sens, ZEHNDER [2007], p. 225; apparemment d'un autre avis, DOMINICÉ [1969], N 89). La qualification d'« autorité commune » ou d'« organe commun » s'impose du simple fait que ces collectivités ont délégué l'une de leurs prérogatives à une autorité, un service ou une conférence dont l'organisation et le fonctionnement ne sont pas uniquement régis par des règles internes cantonales ou communales, mais également par des règles intercantionales et intercommunales (voir p. ex. art. 3 Konkordat der Kantone Uri, Schwyz und Zug betreffend die psychiatrische Versorgung du 17 mars 2016 [Psychiatriekonkordat; K-Psychiatrie UR/SZ/ZG; p. ex. SRSZ 574.210.1], qui va jusqu'à qualifier formellement l'ensemble des gouvernements des cantons partenaires d'« organe intercantonal », dans la mesure où ils doivent adopter des actes communément, en collège; aussi REGIERUNGSRAT [2016], p. 13).

La délégation de pouvoirs et de tâches à une autre collectivité. – D'un autre côté, une organisation régionale peut consister en ce que plusieurs collectivités publiques conviennent, plus simplement, que l'une d'elles ou l'une de ses institutions remplisse à l'avenir une fonction étatique ou exécute une tâche publique au profit de l'ensemble des collectivités parties à l'accord¹⁰. Une telle organisation passera, en pratique, par la conclusion de ce que l'on appelle des conventions d'adhésion intercommunales (*infra* N 185) ou des conventions intercantionales d'acquisition de prestations (*infra* N 204).

132



La nature des « conventions organisatrices ». – Comme les règles juridiques d'application directe qui attribuent des compétences et fixent l'organisation étatique sont réputées être des règles de droit¹¹, les conventions organisa-

133

¹⁰ Dans la doctrine, la question de savoir si une convention, par laquelle une ou des collectivités publiques conviennent qu'une autre collectivité publique exécute une tâche d'intérêt public à leur place, représente une « organisation conventionnelle » est parfois discutée (cf., sur la question de manière détaillée, ZEHNDER [2007], p. 64-66; sans avis, KOLLER [2009], p. 18; *contra* VOGEL [2009], p. 557.) À notre sens, il faut y répondre affirmativement dans la mesure où les organisations communes et les délégations de tâches intercantionales et intercommunales représentent – pour reprendre les termes de BIAGGINI – des alternatives ou des « équivalents fonctionnels » (« *funktionale Äquivalente* ») (BIAGGINI [2007], p. 47). L'ACI, qui sert de base aux conventions de collaboration intercantionale dans les domaines énumérés à l'article 48a Cst., conçoit aussi les « organismes responsables communs » et l'« acquisition des prestations » comme des équivalents fonctionnels (art. 9 ACI). L'Accord-cadre portant sur la mise en place d'institutions communes conclu les 3 et 4 avril 2001 par le canton du Jura et le canton de Berne (Accord-cadre JU/BE) semble également aller dans le même sens, puisque, selon son art. 3 al. 1, une « institution commune » regroupe non seulement toute entité créée et exploitée en commun par ces deux cantons, mais également les entités des deux cantons qui sont partiellement mises en commun.

¹¹ Cf. art. 22 al. 4 de la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (loi sur le Parlement; LParl; RS 171.10); aussi TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 6 ad §13.

trices intercantionales ou intercommunales qui fondent des organisations conventionnelles représentent des « conventions normatives » de droit public (*rechsetzende Vereinbarungen*)¹².

Dès lors qu'une convention constitue un ensemble, elle doit être qualifiée d'organisatrice – et partant de normative – même si elle ne fait que créer un seul et unique organe ou une autorité régionale commune de moindre importance¹³. Une telle qualification prévaut même si l'on pourrait être tenté de dire que la convention organisatrice contient de manière prépondérante des obligations – notamment financières – pour les cantons¹⁴.

134 *La nomenclature.* – En pratique, la nomenclature utilisée pour désigner ce que la présente thèse qualifiera de « conventions organisatrices » n'est pas uniforme¹⁵. Certes, le terme de « convention » a tendance à s'imposer et à se généraliser pour désigner les conventions, traités ou contrats de droit public conclues entre les collectivités publiques suisses¹⁶. Néanmoins, les conventions intercantionales créant une organisation régionale sont encore nommées tantôt « concordat » (« *Konkordat* »), tantôt « accord » (« *Vertrag* »)¹⁷. De même, ce sont très souvent les termes de « règlement d'organisation », de « statuts » ou de « contrat » qui désignent les conventions conclues entre plusieurs communes en vue de la création d'une organisation intercommunale¹⁸. Le législateur cantonal a

¹² Cf., expressément, Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 10-11 ad art. 101 Cst. GR; DIREKTION DES INNEREN ZG (2004), p. 7; aussi HÄFELIN (1969), p. 624, lequel évoque des « *normativ-organisatorische Vereinbarungen* »; s'agissant des conventions intercommunales, cf. Cour constitutionnelle vaudoise, arrêt CCST 2011.0008 du 12 juin 2012, consid. 2c; Verwaltungsgericht AG, arrêt du 1^{er} janvier 1996, consid. I/3/a, in: AGVE 1996, p. 172; Regierungsrat SG, arrêt du 22 décembre 1981, consid. 5c, in: GVP/SG 1981 n° 49; REGIERUNGSRAT ZH (2013), p. 352; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1980; VOGEL (2088), p. 322.

¹³ Dans ce sens, ATF 96 I 210, consid. 3; aussi Tribunal administratif fédéral, arrêt C-1565/2016 du 28 novembre 2016., consid. 1.4.1.

¹⁴ Cf., en particulier, RICHLI (2001), p. 107; pour une critique de la nomenclature, du fait qu'il n'existe que peu de conventions qui ne présentent pas de nature mixte, voir entre autres BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 21 ad art. 48 Cst.; apparemment d'un autre avis, mais à notre sens à tort, AUER (2016), N 835, lequel semble classer les conventions qui créent des organes intercantonaux parmi les « *rechtsgeschäftliche Verträge* ».

¹⁵ BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 19 ad art. 48 Cst.; JAAG (2015), N 4.

¹⁶ Cf., entre autres, COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 1363; ZRK (2003/III), p. 2; RICHLI (2001), p. 101.

¹⁷ Voir notamment Tribunal fédéral, arrêt 1A.183/1998 du 30 mars 1999, consid. 3a, in: SJ 1999 I, p. 433, qui évoque « une terminologie très riche, voire floue, qu'il a paru vain d'uniformiser »; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 9 ad art. 48 Cst.; UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 13 s.; pour la nomenclature proposée en Suisse, CDE (1980), ch. 1, et pour la nomenclature désormais choisie en Suisse centrale, cf. ZRK (2013), p. 2.

¹⁸ Cf. aussi Verwaltungsgericht AG, arrêt du 1^{er} janvier 1996, consid. I/3a, in: AGVE 1996, p. 172; EICHENBERGER (1986), N 8 ad § 108 Cst. AG; voir d'ailleurs comme illustration,

parfois voulu utiliser différents termes afin d'éviter des confusions entre les diverses formes d'organisation intercommunale. C'est ainsi qu'en droit vaudois, l'entente intercommunale résulte formellement d'une « convention » et que l'association de communes découle, elle, d'un « règlement »¹⁹.

B. La notion de « région »

La problématique. – Une organisation intercantonale ou intercommunale n'est évidemment « régionale » que pour autant que les collectivités publiques qui y participent constituent entre elles ce que l'on pourrait appeler une « région ». Il faut donc nous demander ce qu'est une « région ». La question est plus compliquée qu'il n'y paraît, car les constituants et législateurs, qu'ils soient fédéraux ou cantonaux, n'ont pas toujours défini – voire ont sciemment évité de le faire – un tel terme, bien qu'ils s'y réfèrent de manière récurrente²⁰.

135

Cela étant dit, nous nous proposons de donner une définition juridique générale de la « région » (3), en s'inspirant des quelques rares définitions légales et jurisprudentielles en droit suisse (1) et de la notion juridique connexe d'« espace fonctionnel » (2).

1. Les définitions légales et jurisprudentielles ponctuelles

En général. – En Suisse, les constituants et les législateurs ne jugent généralement pas nécessaire de définir la notion de « région » ou, simplement, évitent de le faire. Il arrive cependant qu'ils ne puissent pas couper à cet exercice. D'autres fois, ces mêmes constituants et législateurs laissent la charge de donner la définition de la « région » aux autorités administratives ou judiciaires appelées à se prononcer sur une norme de droit contenant cette fameuse notion.

136

art. 105 al. 1 de loi schaffhousoise sur les communes du 17 août 1998 (Gemeindegesetz; GG SH; SHR 120.100) qui prévoit que « [de]r Zweckverband wird durch Vereinbarung zwischen den beteiligten Gemeinden und durch Genehmigung der Verbandsordnung begründet ».

¹⁹ Cf. Comm. parl. LC VD (2012), p. 29.

²⁰ La notion de « région » apparaît notamment régulièrement dans la Constitution fédérale (cf. art. 89 al. 5; art. 92 al. 2; art. 100 al. 2; art. 103; art. 106 al. 2; art. 109 al. 2; art. 110 al. 2; art. 175 al. 4 Cst.). L'absence de réglementation détaillée sur la question de la « régionalisation » – et notamment celle d'une définition de la « région » – s'explique non seulement, comme nous allons encore le voir, en raison de la difficulté de définir ce qu'est une région, mais également parce qu'il a toujours été « délicat », d'un point de vue politique, d'intégrer expressément une composante supplémentaire à la structure déjà compliquée de la Suisse (cf. en particulier COMM. D'EXPERTS CST. [1977], p. 99; aussi BREITENMOSER [2001], N 14 et 17).

137 *La définition en droit fédéral.* – Bien évidemment, la Confédération n'a jamais pu se passer d'une définition de la notion de « région » dans le cadre de sa politique régionale. À notre connaissance, il semble qu'il s'agisse de la seule définition légale de la notion de « région » en droit fédéral. Si cette définition légale est unique en son genre en droit fédéral, elle est aussi mouvante. Elle a évolué entre la première loi fédérale sur l'aide en matière d'investissement dans les régions de montagne du 28 juin 1974 (aLIM)²¹, aujourd'hui abrogée, et l'actuelle loi fédérale sur la politique régionale du 6 octobre 2006 (LPR)²².

À l'origine, au sens de l'aLIM, on considérait qu'une région était un « groupement de communes étroitement unies géographiquement et économiquement, qui se proposent d'exécuter en commun une partie de leurs tâches », étant précisé qu'il convenait de délimiter cette région autant que possible en fonction des « affinités culturelles »²³. Aujourd'hui, au sens de la LPR, une région est un regroupement de cantons et/ou de communes présentant une cohésion géographique et favorisant une exécution rationnelle et efficiente des tâches publiques²⁴.

138 *La définition en droit cantonal.* – Certains cantons n'ont pas pu éviter non plus l'exercice d'une définition de la notion de « région ». Il faut dire que dans les cantons de moyenne à grande superficie, l'aménagement du territoire est depuis longtemps pensé non seulement à un niveau cantonal et communal, mais également à un niveau régional. La notion de « région » – entendue dans son sens infracantonal – a donc reçu quelques définitions dans ce domaine. C'est ainsi que la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions du 2 décembre 2008 (LATeC FR)²⁵ dispose qu'une région (d'aménagement) est un « territoire qui présente une certaine unité géographique, économique ou culturelle » et qui « réunit des communes ayant des intérêts communs »²⁶.

139 *La définition jurisprudentielle fédérale.* – C'est aussi lors d'un litige relevant du droit cantonal de l'aménagement du territoire que le Tribunal fédéral a dû se pencher une fois sur la notion de « région ».

²¹ RO 1975 392.

²² RS 901.0.

²³ Art. 6 aLIM.

²⁴ À vrai dire, l'art. 3 LPR dispose très précisément que les régions au sens de cette loi consistent en des « regroupements de cantons et de communes et les regroupements de cantons ou de communes avec d'autres corporations ou associations de droit public ou privé », étant précisé que « [l]a cohésion géographique, le rationalisme économique et l'exécution commune des tâches priment les frontières institutionnelles pour la formation de régions ».

²⁵ RSF 710.1.

²⁶ Cf. art. 24 al. 1 LATeC FR, lequel précise encore que la « région » doit comprendre au moins un centre régional ou cantonal.

Dans un arrêt qui portait sur une mesure cantonale mise en œuvre par le biais d'un plan directeur régional, le Tribunal fédéral a semblé se rallier à la définition donnée à l'art. 6 aLIM que nous avons mentionnée plus haut. Il a en effet retenu qu'une région consistait en un groupement de communes qui sont « *geographisch und wirtschaftlich eng miteinander verbunden* » et dont l'objectif est de remplir certaines de leurs tâches de manière commune (« *einen Teil ihrer Aufgaben gemeinsam zu lösen* »)²⁷.

La question litigieuse sur laquelle devait se pencher le Tribunal fédéral était très précisément celle de savoir si le canton de Schwyz, dans son ensemble, pouvait être considéré comme une région ou, dans un autre sens, si un plan régional pouvait valoir sur l'ensemble du territoire cantonal. Le Tribunal fédéral l'a nié, précisant qu'une « région » ne pouvait représenter qu'une portion d'un territoire (« *Teilgebiet* ») au risque sinon de permettre le contournement des procédures qui conduisaient habituellement à l'adoption des mesures contraignantes au niveau cantonal, en l'occurrence celles prévues par le plan directeur cantonal²⁸ :

« Damit ist freilich nicht dargetan, dass sich die Begriffe « Region » oder « Regionalplan » nicht auch einmal auf das Gebiet eines ganzen Kantons (namentlich eines solchen mit kleinem Flächeninhalt und wenig ausgeprägter geographischer Gliederung) beziehen können (...). Es muss jedoch bei der Feststellung bleiben, dass die genannten Begriffe sich üblicherweise auf Teilgebiete eines Kantons (oder gelegentlich auch auf solche mehrerer Kantone) beziehen (...). Dafür spricht vor allem die Erwägung, dass für den Erlass allgemeinverbindlicher Vorschriften für ein ganzes Kantonsgebiet der normale Weg der Gesetzgebung, eventuell der Verordnung, zur Verfügung steht, so dass es besonderer Vorschriften über die Regionalplanung gar nicht bedürfte. »

2. La notion connexe d'« espace fonctionnel »

En général. – En marge de la notion de « région » s'est développée plus récemment celle d'« espace fonctionnel »²⁹.

140

Le phénomène est surtout perceptible dans le domaine de l'aménagement du territoire où la seconde notion a parfois supplanté la première. Il faut dire que, traditionnellement, la notion de région évoque plutôt des territoires ruraux, alors même que la nécessité de collaborer dans le domaine de l'aménagement du territoire se fait particulièrement ressentir au sein des territoires urbains. Par ailleurs, la région – dont la délimitation se fait encore souvent selon des critères

²⁷ ATF 103 Ia 176, consid. 3a.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Nous avons déjà exposé une partie des considérations qui suivent dans un article publié en 2012 et intitulé *La planification dans les espaces fonctionnels* (voir JEANNERAT [2012], p. 2-31, spéc. 13 s.).

historiques, culturels, géographiques voire politiques – désigne très régulièrement, dans l'imaginaire collectif, des espaces historiques qui ne correspondent pas forcément à une réalité fonctionnelle (p. ex. les régions d'aménagement qui correspondent aux arrondissements ou aux districts).

Ainsi, le *Projet de territoire Suisse* – qui représente le premier document stratégique national en matière de développement territorial qui a été élaboré de concert par la Confédération, les cantons et les communes – semble préférer la notion d'« espace fonctionnel » ainsi que celle de « territoire d'action » à celle de « région »³⁰.

141 *Une notion tout aussi problématique.* – En préférant la notion d'« espace fonctionnel » à celle de « région », les acteurs politiques ne font toutefois que repousser le problème, car la première notion se révèle presque aussi compliquée à définir que la seconde. D'ailleurs, le *Projet de territoire Suisse* ne contient aucune définition de cette notion à laquelle il se réfère pourtant de manière récurrente³¹.

Dans un avant-projet de loi fédérale sur le développement territorial (AP-LD^{Ter}), la Confédération proposait tout au plus de retenir laconiquement qu'un espace fonctionnel était un territoire « dont le développement nécessite une action commune de plusieurs collectivités »³². Quant aux législateurs cantonaux, aucun d'eux ne s'est encore risqué à une définition de l'« espace fonctionnel » à notre connaissance, à l'exception du *Landrat* glaronnais, pour lequel l'« espace fonctionnel » représente « *einen Raum, der über die politische Grenze der Gemeinde oder des Kantons hinausgeht und sich über die Beziehungen und das Verhalten der Einwohner, die Erreichbarkeiten sowie die Aktivitäten, die in diesem Raum stattfinden und deren Vernetzung, bestimmt* »³³.

142 *La notion d'agglomération.* – Le législateur n'est guère moins frileux lorsqu'il s'agit de définir la notion d'« agglomération », qui constitue l'exemple

³⁰ Voir notamment CONSEIL FÉDÉRAL ET AL. (2012), p. 5 et 35-38.

³¹ On remarquera ici qu'une définition avait été proposée, mais qu'elle n'a pas été retenue dans la version finale (cf. CONSEIL FÉDÉRAL ET AL. [2011], p. 2: « Un espace fonctionnel désigne une unité territoriale formée de communes ou de régions à travers lesquelles se tissent de fréquents liens sociaux, économiques et culturels. Ces liens résultent par exemple des flux de pendulaires (actifs occupés, personnes en formation), du trafic de loisirs (centres commerciaux, offres de loisirs, culture) et des relations commerciales (relations entre entreprises). » Une définition similaire a cependant été reprise dans le cadre de la politique des agglomérations (cf. CONSEIL FÉDÉRAL [2015/II], p. 87).

³² Ce projet et les explications y relatives sont disponibles à l'adresse www.admin.ch/dokumentation/00121/00224/index.html?lang=fr&msg-id=24535, consulté le 28 février 2015.

³³ Art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur les constructions du 23 février 2011 (Bauverordnung; GLVII B/1/2).

le plus illustratif d'espace fonctionnel³⁴. Dans le cadre de leur politique des agglomérations, l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral ont « refilé la patate chaude » de la définition de la notion d'« agglomération » à l'Office fédéral de la statistique (OFS), définition qui, dès lors, repose uniquement sur des éléments de nature purement quantitative³⁵.

Quant aux législateurs cantonaux, seuls quelques-uns se sont essayés à une définition. Dans les cantons de Fribourg, du Jura et de Vaud, où la notion d'« agglomération » couvre également une forme spécifique d'organisation régionale conventionnelle (*infra* N 180 et 184), une agglomération représente simplement un groupement de communes qui sont étroitement liées, notamment du point de vue urbanistique, économique et culturel, et qui rassemblent un bassin important de population autour d'une commune-centre. Précisons que le caractère limitrophe des communes n'est pas forcément une caractéristique obligatoire de l'« agglomération », sauf au sens du droit vaudois³⁶.

Vers une confusion des notions. – S'il fallait résumer ce qui précède, il faudrait retenir qu'un espace fonctionnel est généralement un territoire au sein duquel l'action publique doit être coordonnée dans un ou plusieurs domaines compte tenu, notamment et prioritairement, de l'interdépendance des diverses collectivités qui la composent.

À partir de là, la notion d'espace fonctionnel est tout autant indéterminée sur le plan juridique que celle de région. Il est même difficile de les distinguer l'une de l'autre : la définition historique et culturelle de la région tend à s'effacer au profit d'une définition fonctionnelle, tandis que la détermination d'un espace fonctionnel procède d'un large pouvoir d'appréciation qui permet de prendre en compte certains enjeux historico-politiques (p. ex. faisabilité et acceptation politiques d'un projet, volonté de créer un espace polycentrique, etc.)³⁷.

143

³⁴ Voir aussi TANQUEREL (2015//II), p. 10-13.

³⁵ Cf. art. 17b al. 2 de la loi fédérale concernant l'utilisation de l'impôt sur les huiles minérales à affectation obligatoire et de la redevance autoroutière du 22 mars 1985 (LUMin; RS 725.116.2); aussi annexe 1 ch. 1 let. c de l'ordonnance fédérale sur la radio et la télévision du 9 mars 2007 (ORTV; RS 784.40). Or, selon l'OFS, jusqu'en 2014, une agglomération comprenait en particulier un ensemble de communes adjacentes réunissant au moins 20 000 habitants, dont une zone centrale formée d'une commune-centre (d'au moins 10 000 habitants), étant entendu que seules les communes qui envoyaient travailler plus d'un sixième de leur population active dans la commune-centre ou qui formaient une zone bâtie continue avec la commune-centre étaient rattachées à l'agglomération (cf. OFS [2005], p. 148 s.). Depuis, cette définition s'est vue remplacée par une nouvelle plus fine – mais aussi complexe – combinant une approche morphologique (densité d'habitants et d'emplois) et une approche fonctionnelle (flux de pendulaires) de l'urbanité (cf. OFS [2014], p. 8).

³⁶ Art. 157 al. 1 Cst-VD; art. 128g de la loi vaudoise sur les communes du 28 février 1956 (LC VD; RSV 175.11); art. 135 de la loi jurassienne sur les communes du 9 novembre 1978 (LCom JU; RSJU 190.11); art. 2 de la LC LAgg FR; aussi TANQUEREL (2015//II), p. 29 s.

³⁷ Cf., entre autres, DIRE VD (2005), p. 8; CTA (2004), p. 58 s.

Finalement, la notion de « région » et celle d'« espace fonctionnel » se confondent quasi parfaitement³⁸, comme le reconnaissait, elle-même, la Conférence tripartite sur les agglomérations (CTA)³⁹ :

« Les deux concepts sont considérés ici comme des synonymes. Tels qu'utilisés dans le présent rapport, les termes « agglomération » ou « région » ne se réfèrent pas à des territoires définissables à l'aide de critères préétablis (comme c'est le cas par exemple pour les définitions données par l'Office fédéral de la statistique), mais ces termes décrivent un territoire à caractère urbain dont les frontières reposent certes sur des constatations d'ordre fonctionnel, mais qui sont avant tout fixées dans le cadre d'un processus politique. »

3. La définition retenue

144 *Une notion politico-juridique souple.* – Vu les considérations qui précèdent, il est possible de reprendre partiellement une définition de l'Office fédéral du développement territorial (ARE)⁴⁰ et de considérer que la notion de « région » désigne une portion de « territoire présentant un certain nombre de données ou de caractéristiques particulières qui en font une unité distincte »⁴¹. La portion de territoire en question peut se distinguer non seulement en fonction de critères socio-économiques (p. ex. flux de pendulaires, présence d'une ville centre), géographiques (p. ex. continuité du bâti, frontières naturelles) ou culturels (p. ex. langue parlée, équipements sportifs et culturels partagés), mais également en fonction de certains enjeux et contingences politiques (p. ex. faisabilité et acceptation politiques d'un projet).

Apparaissant ainsi comme un terme politico-juridique extrêmement indéterminé, la notion de « région » – et en particulier le caractère « régional » d'une collaboration intercantonale ou intercommunale – doit s'interpréter avec souplesse en droit suisse⁴².

³⁸ Dans le même sens, Komm. GG BE-MÜLLER M. (1999), N 4 ad art. 5-8 LCo BE.

³⁹ CTA (2004), p. 9.

⁴⁰ ARE : « On considère comme une région homogène un territoire présentant un certain nombre de données ou de caractéristiques particulières qui en font une unité distincte. Une région peut également être une entité territoriale délimitée par un réseau dense de relations sociales et économiques interdépendantes entre un centre et son territoire environnant. » (définition consultée sur <http://www.are.admin.ch/glossar>, le 31 octobre 2015).

⁴¹ Voir aussi KOCHER (2010), 297, selon lequel une région doit présenter « *mindestens gewisse innerliche Besonderheiten gegenüber dem Ganzen* ». À titre de comparaison, JAGMETTI (cf. [1968], p. 475) considère que la région est « *ein Gebiet, das eine funktionelle Einheit für die Lösung öffentlicher Aufgaben bildet und das Territorium mehrerer Gemeinden umfasst, in der Regel jedoch kleiner ist als ein Kanton* ».

⁴² Dans ce sens, en relation avec la nouvelle politique régionale, CONSEIL FÉDÉRAL (2006/I), p. 271.

Un régionalisme à « géométrie variable ». – Compte tenu de la souplesse de la notion, l'appartenance à une éventuelle « région » n'est évidemment pas exclusive. Autrement dit, une collectivité peut appartenir à plusieurs régions. En effet, telle que définie, la notion de « région » peut s'avérer à géométrie variable, car elle permet de former des unités territoriales variables en fonction des tâches, des projets, des programmes et des initiatives qu'entendent réaliser certaines collectivités de manière concertée⁴³. Une région peut se caractériser par la volonté de plusieurs collectivités publiques de collaborer entre elles de manière générale ou, simplement, par leur volonté de collaborer dans certains domaines uniquement, tout en ayant le souhait de coopérer dans d'autres domaines avec d'autres collectivités⁴⁴.

145

Cela signifie en clair qu'une collectivité publique peut non seulement appartenir à différentes régions de divers types, mais également appartenir à plusieurs régions de même type, une petite région pouvant même appartenir à une grande région dans un même domaine⁴⁵.

L'exemple du canton du Jura. – Compte tenu de ses caractéristiques historiques, linguistiques, géographiques et économiques, le canton du Jura est tantôt amené à collaborer avec les cantons romands ou latins, tantôt avec le canton de Berne uniquement, tantôt avec les cantons de l'Arc jurassien, tantôt avec ceux de la région bâloise⁴⁶. Toutes ces collaborations peuvent toutefois être qualifiées de « régionales ».

La région comme « portion » de territoire. – La notion de région ne contient finalement qu'une composante véritablement limitative : une région ne peut rassembler qu'un nombre limité de collectivités publiques.

146

Dans la mesure où une région est une portion du territoire national ou du territoire cantonal, une organisation intercommunale n'est plus régionale si elle regroupe toutes les communes du canton ou simplement si elle couvre plus qu'une « portion » du territoire cantonal, mais une grande partie du territoire du territoire cantonal (sur la question, *supra* N 139). Dans le même sens, une organisation intercantonale n'est pas « régionale » si elle regroupe tous les cantons

⁴³ CONSEIL FÉDÉRAL (2006/I), p. 271.

⁴⁴ AUBERT (2007), p. 7.

⁴⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (1996/I), p. 1105 et 1123; cf. pour un exemple l'art. 24 al. 2 LATeC FR, selon lequel « [u]ne commune peut appartenir à différentes régions d'aménagement, si cette appartenance est justifiée par des motifs suffisants ».

⁴⁶ Voir, sur la politique du canton du Jura en matière de collaboration régionale, GOUVERNEMENT JU (2006), p. 11 s., ainsi que GOUVERNEMENT JU (2014), p. 16: « À l'avenir, le réflexe interjurassien abandonné, le canton du Jura évaluera chaque opportunité de collaboration de manière ouverte, objective et pragmatique. Il développera des coopérations là où il trouvera la meilleure réponse à ses besoins, la complémentarité des partenaires étant également un critère essentiel ». Malgré tout, au niveau intercantonal, il semble que la collaboration régionale se fasse en priorité en fonction des frontières linguistiques (cf. dans ce sens, UHLMANN/ZEHNDER [2011], p. 18).

suisses ou un nombre de cantons représentant une majeure partie du territoire national. En fait, si deux cantons – voire une partie de deux cantons⁴⁷ – peuvent former une région à eux seuls au sens juridique du terme⁴⁸, il faut considérer qu'une région ne peut en pratique guère regrouper plus de sept ou huit cantons⁴⁹.

Enfin la région – pour être considérée comme une portion de territoire – doit en principe représenter une certaine unité géographique. Cela signifie qu'en règle générale, une région est formée par des collectivités publiques limitrophes⁵⁰. Il n'est toutefois pas exclu que deux collectivités non limitrophes, mais géographiquement proches, fassent partie de la même région, si des liens fonctionnels forts les réunissent (p. ex. la Suisse latine)⁵¹.

C. La notion d'« organisation régionale conventionnelle »

- 147 *La définition retenue.* – Vu ce qui précède, la notion d'« organisation régionale conventionnelle », telle qu'elle sera entendue dans la présente thèse, peut recevoir la définition suivante :

Une organisation régionale est un mode de collaboration intercantonale ou intercommunale qui se caractérise par le fait que plusieurs cantons ou plusieurs communes – présentant un certain nombre de données ou de caractéristiques particulières qui en font une unité distincte – conviennent de déléguer une partie de leur pouvoir ou de leur compétence à une entité de droit public – nouvelle ou existante – afin que celle-ci exerce une fonction étatique ou exécute une tâche publique pour le compte de chacun d'eux ou de chacune d'elles.

- 148 *L'intérêt de la définition en général.* – La définition proposée a bien évidemment un intérêt méthodologique, en l'occurrence celui de délimiter le sujet du présent travail. Elle présente cependant aussi un certain intérêt juridique très pratique.

Certes, la qualification d'« organisation régionale conventionnelle » – encore peu utilisée par les constituants et les législateurs (*supra* N 128) – n'a pas

⁴⁷ Voir ATF 54 I 328.

⁴⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2176.

⁴⁹ Voir, d'ailleurs, les quatre régions prévues à l'art. 6 du Concordat sur la coordination scolaire du 29 octobre 1970 (C-CS; p. ex. RSV 400.91), que sont la Suisse romande et Tessin, la Suisse du nord-ouest, la Suisse centrale et la Suisse orientale.

⁵⁰ Voir d'ailleurs l'art. 61 al. 3 de la loi genevoise sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC GE; RSG B 6 05), selon lequel les communes genevoises ne peuvent se regrouper en une association de communes (communauté de communes) que si elles forment une « région géographique bien délimitée » et sont « limitrophes ».

⁵¹ Dans le même sens, pour le niveau intercommunal, LIENHARD (1994), p. 34.

la même importance sur le plan du droit cantonal que celle d'« organisation internationale » en droit fédéral⁵². Il arrive cependant que le législateur cantonal n'autorise les communes à collaborer selon une forme spécifique ou dans un domaine donné que pour autant qu'elles constituent une organisation conventionnelle de nature « régionale ».

L'exemple des droits genevois et fribourgeois. – C'est ainsi que le législateur genevois permet la constitution d'une association de communes – qu'il qualifie de « communauté de communes » – uniquement dans la mesure où les communes partenaires à la convention sont limitrophes et forment une « région » géographique bien délimitée⁵³. Quant au législateur fribourgeois, il considère également que les communes ne peuvent se grouper en une communauté dotée de la personnalité morale de droit public en vue de réaliser des tâches d'aménagement régional que si elles constituent véritablement une organisation « régionale »⁵⁴.

L'intérêt de distinguer la collaboration régionale. – À vrai dire, la notion d'« organisation régionale conventionnelle » doit surtout être distinguée d'autres notions juridiques qui lui sont similaires. Nous pensons en particulier à celle d'« organisation intercantonale » ou celle d'« organisation intercommunale ».

149

Bien sûr, toutes ces notions sont appelées à s'imbriquer fortement, car les instruments et les mécanismes généraux de collaboration intercantonale et intercommunale trouvent une application toute naturelle s'agissant de la collaboration régionale⁵⁵. Il n'en demeure pas moins que la collaboration intercantonale, lorsqu'elle est de portée nationale – de la même manière que la collaboration intercommunale lorsqu'elle est de portée cantonale – soulève des problèmes démocratiques que ne pose pas forcément la collaboration régionale. On peut notamment se demander si la voie législative fédérale ne devrait pas être préférée lorsqu'il s'agit d'établir une réglementation uniforme ou une organisation unique au niveau suisse, ne serait-ce que parce que cette voie est plus démocratique et transparente⁵⁶. C'est d'ailleurs pour cela que la Constitution fédérale privilégie expressément l'organisation régionale conventionnelle parmi les formes que peut prendre la collaboration intercantonale (*supra* N 86).

⁵² Pour rappel en effet, au sens de l'art. 141 al. 1 Cst., l'adhésion à une « organisation internationale » est soumise à une procédure de référendum facultatif.

⁵³ Art. 61 al. 3 de la loi genevoise sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC GE; RSG B 6 05).

⁵⁴ Art. 23-25 LATeC FR.

⁵⁵ Dans ce sens, pour la collaboration intercommunale, art. 5 LCo BE; CONSEIL-EXÉCUTIF BE (1997), p. 17; Komm. GG BE-MÜLLER M. (1999), N 5 ad art. 5-8 LCo BE; FONDATION CH (1973), p. 858.

⁵⁶ Cf. notamment CONSEIL FÉDÉRAL (2012/I), p. 4183 s.; GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 320 s.; BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 13 ad art. 48 Cst.; BIAGGINI (2010), p. 35-38; MÄCHLER (2004), p. 593; RHINOW (2000), p. 89; BORTER (1976),

Précision : la « nature » des organisations régionales. – Terminons enfin par une ultime mise en garde : il ne faut pas confondre la question de la définition des « organisations régionales conventionnelles » avec celle de leur nature.

Dans la présente thèse, une organisation est qualifiée de « régionale » du fait, uniquement, qu'une entité de droit public a reçu la mission d'exercer une fonction publique pour le compte de plusieurs cantons ou de plusieurs communes qui représentent ensemble une région. Le qualificatif de « régional » est un qualificatif purement fonctionnel. La nature juridique de cette entité – notamment sur le plan procédural – reste « cantonale », respectivement « communale »⁵⁷.

La jurisprudence. – Ainsi, selon le Tribunal fédéral, une commission intercantonale de recours constitue une autorité « cantonale » au sens de l'art. 86 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)⁵⁸. Comme l'a déjà relevé la Cour constitutionnelle jurassienne, une autorité intercantonale est en effet une autorité dont l'existence se fonde sur des règles de droit cantonal unifiées par convention. Elle n'est pas supérieure par nature aux autres autorités cantonales ordinaires, comme le seraient les autorités fédérales⁵⁹. Il en va *a fortiori* de même s'agissant des autorités cantonales qui reçoivent des compétences régionales sur la base d'une convention intercantonale⁶⁰.

p. 160 s.; Congrès SSJ-STALDER (1969), p. 1065 s.; pour un résumé concis de la problématique, cf. ABDERHALDEN (2006), p. 16 s. ; voir aussi BEURRET-FLÜCK (1986), p. 13, qui partait déjà la prémisse que la collaboration intercantonale à l'échelle nationale « *wirft gewzungenermassen die Frage nach rechtsstaatlicher und demokratischer Kontrolle auf* », mais qu'en matière de collaboration intercantonale régionale, il n'existe « *keine allzu schwerwiegenden Bedenken (...) gegen eine massvolle Anwendung* ».

⁵⁷ Voir, par exemple, ATAF 2012/9, consid. 1.2.3.4, où le Tribunal administratif fédéral considère qu'une délégation de pouvoir gouvernemental à une autorité intercantonale représente une « *gleiche Konstellation* » qu'une délégation à une autre autorité cantonale interne; aussi Tribunal administratif fédéral, arrêt C-1576/2016 du 31 mars 2016; ATF 95 I 49, consid. 3: « *In allen diesen Fällen gemeinsamer Erfüllung öffentlicher Aufgaben bleiben diese Aufgaben solche der Gemeinden und handeln die Gemeinden, soweit ihnen Autonomie zukommt, im Rahmen ihrer eigenen Autonomie* »; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 31 ad art. 48 Cst.

⁵⁸ RS 173.110; aussi ATF 136 II 470, consid. 1.1. Il en va de même des autorités intercommunales qui représentent, au sens du droit cantonal, des autorités communales. En effet, les décisions prises par les autorités intercommunales régionales sont en règle générale soumises aux mêmes voies de droit que les décisions des autorités communales (voir, par exemple, art. 131 al. 1 LCo FR).

⁵⁹ Cf., notamment, Cour constitutionnelle JU, arrêt du 28 mars 2006, consid. 1.3., in: RJJ 2006, p. 342, consid. 1.3; aussi, ABDERHALDEN (1999), p. 67; HAFELIN (1969), p. 654.

⁶⁰ Dans ce sens similaire, mais en matière intercommunale, Tribunal administratif BE, arrêt du 7 janvier 2008, consid. 1.3, in: JAB 2008 221, selon lequel les éventuelles institutions ou autorités communales – alors dotées d'un pouvoir régional – restent des entités communales; voir aussi art. 114 al. 1 GG SH : « *Eine Gemeinde, die für eine andere eine Aufgabe erfüllt,*

II. Quelques notions connexes

Introduction. – La notion d'« organisation régionale conventionnelle » ne couvre pas les institutions étatiques ou les autorités qui pourraient être qualifiées de « régionales », mais dont la nature n'est pas conventionnelle ou collaborative⁶¹. Nous pensons aux institutions et autorités régionales résultant d'une déconcentration territoriale des pouvoirs (p. ex. les arrondissements régionaux des commissions fédérales d'estimation, les préfectures dans certains cantons) ou d'une décentralisation politique des compétences (p. ex. un district) qui sont parfois prévues par le droit fédéral ou cantonal⁶². 151

En revanche, la notion d'« organisation régionale conventionnelle » pourrait très bien englober des formes particulières d'organisations régionales conventionnelles – telles que l'organisation régionale de droit privé (A) ou l'organisation régionale transfrontalière (B) – qui ne font toutefois pas l'objet de ce travail compte tenu de leurs singularités. Elle pourrait aussi couvrir les organisations intercantionales ou intercommunales qui sont parfois qualifiées de « supracantoniales » ou de « supracommunales ». Nous éviterons cependant d'utiliser ces deux qualificatifs dans notre thèse dans la mesure où ils ne sont pas « juridiquement utiles » (C).

A. Les organisations régionales de droit privé

Problématique. – Les collectivités publiques sont, sur le principe, libres de choisir la forme que doivent prendre les mécanismes de collaboration qu'elles entendent instituer entre elles. Ainsi, même si elles choisissent d'institutionnaliser leur collaboration en créant un organe ou une organisation commune, elles ont la faculté de le faire non seulement en créant une organisation soumise à un régime juridique de droit public, mais également en créant une organisation soumise à un régime juridique de droit privé. 152

Autrement dit, lorsqu'elles coopèrent, les collectivités publiques ne sont en tout cas pas contraintes de créer des autorités et institutions régionales organisées sur la base d'une convention intercantonale ou intercommunale de droit public. Elles peuvent choisir d'organiser leurs collaborations en suivant les règles du droit privé, par exemple en concluant des contrats de société simple

handelt in eigenem Namen und ist gegenüber den Angehörigen der anderen Gemeinde verantwortlich. »

⁶¹ Voir aussi, pour une même distinction, Komm. KV LU-LAUBER (2010), N 6 ad art. 71 Cst. LU.

⁶² Cf., sur la première notion, par exemple, MOOR (1992), p. 44 s., et, sur la seconde, MAHON (1985), p. 199-206 s. ; de manière générale, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 20 et 26 ad §5.

ou, alors, en constituant des associations de droit privé, des fondations de droit privé ou, encore, des sociétés anonymes de droit privé. Les organisations régionales de droit privé peuvent constituer des équivalents fonctionnels aux organisations régionales conventionnelles de droit public⁶³. L'option d'une organisation conventionnelle de droit public ne doit en aucun cas représenter un but en soi⁶⁴.

153 *Les avantages des formes de collaboration de droit privé.* – À cet égard, il faut reconnaître qu'en comparaison avec les formes d'organisation de droit public, les formes de collaboration régionale de droit privé sont plus flexibles et plus simples à mettre en œuvre. Elles se prêtent par ailleurs bien au développement de partenariats privé-public⁶⁵. La *Haute école de théâtre de Suisse romande*, prenant la forme d'une fondation de droit privé, et la *Loterie romande*, association de droit privé créée par les six cantons romands, représentent toutes deux des exemples intéressants d'organisations régionales de droit privé. La forme de l'association de droit privé – qui est dotée de la personnalité juridique – peut s'avérer particulièrement appropriée pour les collaborations intercantionales, car elle met à disposition une structure organisée de manière corporative capable d'opérer dans les divers cantons impliqués même s'ils sont soumis à des règles de droit public différentes⁶⁶.

154 *Les inconvénients des formes de collaboration de droit public.* – À l'inverse, les modèles d'organisations régionales de droit public peuvent impliquer une certaine lourdeur tant au moment de leur constitution (*Errichtungsaufwand*) que dans le cadre de leur fonctionnement (*Anpassungsaufwand*)⁶⁷. C'est d'ailleurs un des arguments qui a conduit, en 2012, le Grand Conseil valaisan à ne pas entrer en matière sur un projet de loi cantonale sur les agglomérations, lequel était censé permettre d'institutionnaliser la collaboration au sein des agglomérations sur la base d'une organisation conventionnelle de droit public. Apparemment, on ne voyait « aucune raison d'imposer un carcan à des projets d'agglomérations qui avançaient bien »⁶⁸.

155 *Les inconvénients des organisations de droit privé.* – Facilement constituables, les organisations régionales de droit privé présenteront généralement

⁶³ Ainsi, l'accord-cadre portant sur la mise en place d'institutions communes entre le canton du Jura et le canton de Berne des 3 et 4 avril 2001 souligne bien qu'une « institution commune » peut être une entité « de droit public ou de droit privé » (art. 3 Accord-cadre JU/BE).

⁶⁴ Cf, dans le même sens, notamment, OACOT BE (2000), p. 25.

⁶⁵ Voir notamment REGIERUNGSRAT SZ (2016), p. 17; KOCHER (2010), p. 309; SCHENKER (1986), p. 31.

⁶⁶ STRECKER/ARN (2010), p. 2.

⁶⁷ REGIERUNGSRAT SZ (2016), p. 17; KOCHER (2010), p. 307; HAUSER (2002), p. 32.

⁶⁸ Cf. l'article publié sur www.lenouvelliste.ch en date du 13 mars 2012, intitulé « Loi sur les agglomérations malmenée ».

l'inconvénient de passer pour moins « démocratiques » que les formes d'organisations de droit public. Le fait est que les cantons et les communes jouissent d'une marge de manœuvre réduite au moment de régler leur fonctionnement, notamment leur financement ou leur mode de gouvernance⁶⁹. La population ne pourra par exemple jamais intervenir directement dans les affaires d'une association de droit privé, ni en contrôler directement la gestion, notamment par l'entremise du référendum⁷⁰. De même, le droit ou le pouvoir, pour les autorités cantonales ou communales, d'influencer les décisions prises au sein de certaines organisations de droit privé peut s'avérer limité en application du droit privé fédéral, lequel fixe des règles impératives de gouvernance au sein de telles organisations⁷¹. Il est ainsi difficile de mettre en place une procédure de codécision dans une société anonyme compte tenu des règles existantes en matière d'actionnariat, tandis que, dans une coopérative, le droit de vote est forcément exercé par « tête », et non en fonction du financement⁷².

Compte tenu des problèmes exposés, il n'est pas rare qu'il faille conclure des conventions intercantionales ou intercommunales complémentaires pour régler le rapport des collectivités publiques partenaires et leurs représentations au sein des organes de la personne morale de droit privé, comme c'est le cas pour la *Loterie romande*⁷³ ou la *Haute école de théâtre de Suisse romande*⁷⁴.

Les avantages des organisations de droit public. – À l'inverse, il n'y a pas de codification applicable aux organisations de droit public intercantionales et le

156

⁶⁹ Dans ce sens, notamment, REGIERUNGSRAT ZH (2013/I), p. 144 et 146.

⁷⁰ CONSEIL D'ÉTAT VS (2003), p. 358.

⁷¹ OACOT BE (2000), p. 17 et 24; KOCHER (2010), p. 309 s.; Komm. GG BE-MÜLLER (1999), N 9 ad art. 7 LCo BE.

⁷² Cf. notamment OACOT BE [2000], p. 32-34; FRIEDRICH [2008], N 291.

⁷³ Voir notamment art. 11 et 12 de la 9^e convention relative à la Loterie romande du 18 novembre 2005 (C-LoRo; p. ex. RSG I 3 15); aussi pour un exemple de convention d'actionnaires conclue entre plusieurs collectivités en vue de donner la possibilité à une commune actionnaire minoritaire d'une société anonyme d'être représentée au conseil d'administration de celle-ci, Tribunal fédéral, arrêt du 30 août 1994, consid. 3c, in: RVJ 1995, p. 32.

⁷⁴ Voir la Convention intercantonale relative à la Haute école de théâtre de Suisse romande des 31 mai et 27 septembre 2001 (CHETSR; p. ex. RSG C 1 23). C'est également le cas pour la société anonyme qui a été créée par les cantons d'Uri, de Schwyz et de Zoug et qui est chargée de dispenser les soins psychiatriques pour les trois cantons. Certains aspects de gouvernance ont fait l'objet d'une convention intercantonale, laquelle confie à des organes intercantonaux de droit public la compétence de prendre les décisions stratégiques – notamment d'élaborer un mandat de prestation – en la matière et de donner des instructions aux délégués des cantons au sein de l'assemblée générale (« *zweistufige Struktur* »; voir REGIERUNGSRAT SZ [2016], p. 6, et Konkordat der Kantone Uri, Schwyz und Zug betreffend die psychiatrische Versorgung du 17 mars 2016 [Psychiatriekonkordat; K-Psychiatrie UR/SZ/ZG; p. ex. SRSZ 574.210.1]).

droit cantonal laisse souvent une large liberté aux communes s'agissant de l'organisation des entités de droit public intercommunales. Un statut de droit public facilite l'aménagement d'une gouvernance au sein de l'organisation qui donne des pouvoirs de décisions ou de contrôle aux exécutifs, voire aux législatifs et à la population des collectivités partenaires⁷⁵. Sur un plan symbolique, il est même possible de prévoir qu'un établissement intercantonal de droit public dispose de plusieurs sièges juridiques ou de différencier le siège officiel d'une institution intercantonale du siège de sa direction⁷⁶.

157 *Les limites juridiques de l'organisation de droit privé.* – En soi, l'ordre constitutionnel n'interdit pas, par principe, la délégation de tâches de puissance publique à des organismes de droit privé. La délégation d'une tâche publique à un organisme extérieur privé peut comprendre le pouvoir de rendre des décisions envers des particuliers dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement de la tâche en question. En revanche, aucune compétence législative ou politique importante ne peut être déléguée à une organisation de droit privé⁷⁷. Ainsi, un projet de plan directeur avalisé par une association de communes de droit privé doit en principe être ratifié par chacune des collectivités membres⁷⁸.

Plus généralement, compte tenu du déficit démocratique qu'elle peut entraîner, l'organisation régionale de droit privé atteint ses limites les plus absolues lorsqu'il est question de collaborer dans un domaine politiquement sensible relevant de la puissance publique⁷⁹, touchant par exemple au monopole de la justice ou à l'exercice de la force publique⁸⁰. Il semble ainsi qu'il soit impossible de déléguer à des organismes de droit privé certaines tâches de police importantes ou intrusives, même si la délégation devait avoir pour but principal de régionaliser l'exécution des tâches en question et non pas de procéder à leur privatisation⁸¹.

⁷⁵ Pour un exemple très parlant sur le choix de créer un établissement autonome de droit public intercantonal au lieu d'une société anonyme pour les « Ports Rhénans Suisses », voir REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 15; aussi, pour l'Hôpital intercantonal Chablais-Riviera, CIP RIVIERA/CHABLAIS (2008), p. 5.

⁷⁶ CODIR PAJ (2013), p. 41; REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 15; pour un exemple, art. 1 al. 3 Rheinhafen-Vertrag, selon lequel « [d]er juristische Sitz der SRH ist Birsfelden; der Sitz der Direktion befindet sich in Basel ».

⁷⁷ Voir, pour le cas d'un organe intercantonal prenant la forme d'une association de droit privé, ATF 140 II 185, consid. 3.1, où la question n'est toutefois pas tranchée expressément.

⁷⁸ REGIERUNGSRAT TG (2010), p. 5.

⁷⁹ BRUNNER (2000), p. 117; OACOT (2000), p. 19 et 22; CORVINI (1999), p. 170.

⁸⁰ Cf., notamment, Tribunal fédéral, arrêt du 24 septembre 1980, consid. 2, in: ZBI 1981, p. 35; MOHLER (2012), N 1282-1323; JAAG (2000), p. 41.

⁸¹ Sur la question aussi, SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 24 ad art. 48 Cst.; KOMM. KV-ZH-JENNI (2007), N 10 ad art. 90 Cst. ZH; aussi Tribunal fédéral, arrêt du 24 septembre 1981, in: ZBI 1981, p. 35, selon lequel « einem Verein im Sinne des

Les limites politiques de l'organisation de droit privé. – Enfin, même lorsque la délégation d'une tâche publique à un organisme régional de droit privé semble admissible dans son principe sur un plan purement juridique, elle peut s'avérer délicate et compliquée sur un plan politique. La régionalisation d'une tâche publique sous la forme d'une délégation de tâche à un organisme de droit privé peut faire l'objet des mêmes critiques que celles soulevées lors de toute privatisation. On arguera peut-être qu'il est dérangeant de déléguer à une organisation de droit privé l'exécution d'une tâche publique financée par l'État⁸². De même, on craindra une péjoration du statut du personnel, car la privatisation ne permettra pas forcément de garantir les droits acquis aux collaborateurs et collaboratrices cantonaux et communaux en place avant la régionalisation⁸³.

158

B. Les organisations régionales transfrontalières

La problématique. – Dans son principe, la notion d'« organisation régionale conventionnelle » ou de « régionalisme » va au-delà des formes de collaboration entre collectivités publiques suisses. Elle couvre également les organisations de coopération incluant des collectivités publiques étrangères⁸⁴. En ce sens, la régionalisation peut consister en une coopération par-dessus les frontières nationales, comme c'est le cas pour la *Regio basiliensis* (Grand Bâle) et le *Grand Genève*. Cette forme de coopération régionale transfrontalière présente des liens étroits avec la coopération régionale intercantonale et intercommunale, ce d'autant plus qu'elle tend aussi à s'institutionnaliser davantage⁸⁵. L'art. 3 de la Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005 (Cst. BS)⁸⁶ exhorte d'ailleurs les autorités du canton de Bâle-Ville à créer, de manière indifférenciée, des « institutions communes » avec d'« autres autorités, suisses ou étrangères, dans l'agglomération et dans la région ».

159

La comparabilité avec les organisations régionales. – Sur un plan purement juridique, la problématique des organisations régionales transfrontalières se distingue toutefois nettement de la problématique des organisations régionales en

160

Privatrechts hätten Aufgaben, die – wie der Aufbau eines [interkantonalen] kriminalpolizeilichen Informationssystems – zur hoheitlichen Staatsverwaltung gehören, nicht übertragen werden dürfen ».

⁸² CIP RIVIERA-CHABLAIS (2008), p. 5.

⁸³ Pour des exemples, CODIR PAJ (2013), p. 45; REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 15; CONSEIL D'ÉTAT VD (1996), p. 375; sur la requalification du statut de travail de droit public en statut de travail de droit privé, cf., notamment, JAAG (2000), p. 43 s.; sur la question de manière détaillée, FREUDIGER (2016), p. 308-327.

⁸⁴ Aussi KAUZ (2011), p. 35.

⁸⁵ Dans le même sens, ODENDAHL (2014), N 19.

⁸⁶ RS 131.222.1.

Suisse⁸⁷. Elle s'inscrit en quelque sorte – ou s'étend du moins – en dehors du cadre constitutionnel interne. Elle relève en grande partie du domaine du droit international (sur la question déjà *supra* N 117 ss). Pour cette raison, le présent travail se limite à traiter de la problématique des autorités et des organisations régionales suisses, à l'exclusion de celle des autorités et des organisations régionales internationales.

Il n'en demeure pas moins que de nombreux principes valables en matière d'organisation régionale en Suisse pourrait être appliqués – par analogie – à l'organisation régionale transfrontalière et *vice versa*. Nous ne nous priverons donc pas de nous référer, ponctuellement, aux solutions prévues par le droit international en matière de collaboration régionale transfrontalière.

161 *Les accords-cadres internationaux.* – Mentionnons à ce propos que la Confédération a conclu, en partenariat avec la France, l'Allemagne et le Luxembourg, l'Accord de Karlsruhe sur la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales et organismes publics locaux du 23 janvier 1996 (Accord de Karlsruhe ou AKCT)⁸⁸. Cet accord – qui concrétise la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales du 21 mai 1980⁸⁹ et son premier protocole additionnel du 9 novembre 1995⁹⁰ – est parfois considéré comme l'accord-cadre adapté aux besoins des collectivités et autorités locales dans leur politique transfrontalière⁹¹. À l'origine, la Confédération a conclu l'Accord de Karlsruhe au nom – et pour les comptes – des cantons de Soleure, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, d'Argovie et du Jura. L'accord a été étendu, depuis un peu plus d'une dizaine d'années, à d'autres cantons, notamment ceux de Berne, Neuchâtel, Vaud, Genève et Valais⁹². La Suisse a depuis complété son arsenal juridique par un autre accord international qui mérite également d'être mentionné ici. Il s'agit du Protocole n° 3 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif aux Groupements eurorégionaux de coopération (GEC) du 16 novembre 2009⁹³.

162 *Les organismes de coopération transfrontalière.* – Sans empêcher le recours à d'autres modèles institutionnels, le Protocole additionnel précité met à disposition des collectivités et des autorités territoriales un modèle de coopération

⁸⁷ Voir aussi pour un constat similaire TANQUEREL (2015//II), p. 35 s.

⁸⁸ Voir, par exemple, RSJU 971.131.

⁸⁹ RS 0.131.1.

⁹⁰ RS 0.131.11

⁹¹ Dans ce sens CONSEIL D'ÉTAT VD (2005/I), p. 7655; cf. aussi CONSEIL FÉDÉRAL (2015), p. 3504; de manière détaillée et plus critique, ELLWANGER (2016), N 320-332.

⁹² Cf. respectivement RSB 173.11; RSN 109; RSV 111.25; RSG A 1 11; RSVs 111.21.

⁹³ RS 0.131.13. Nous nous référons à cette convention en utilisant l'abréviation « Convention-cadre GEC ».

transfrontalière et interterritoriale institutionnalisé qui prend le nom de « Groupement eurorégional de coopération » (GEC)⁹⁴. L'accord prévoit notamment que les GEC qui seront créés sur sa base auront la personnalité juridique selon le droit de l'État dans lequel les membres fondateurs auront décidé d'établir le siège du GEC. Certaines dispositions conventionnelles portent aussi sur la composition de l'organisme créé, les modalités de son établissement, les statuts dont cet organisme devra se doter, ses missions et champs d'action, les formes de responsabilité, le contrôle administratif et juridictionnel de son action ainsi que sa durée.

Quant à l'AKCT, il contient des dispositions sur la conclusion d'accords de coopération transfrontalière ainsi que sur la création et le fonctionnement d'organismes transfrontaliers de droit public qui sont appelés, eux, « Groupements locaux de coopération transfrontalière » (GLCT). En résumé, au sens de cette convention, les structures transfrontalières regroupant des cantons ou des communes suisses et dotées de la personnalité juridique peuvent avoir leur fondement juridique principal soit dans l'AKCT, s'il s'agit d'un GLCT⁹⁵, soit directement en droit suisse ou dans le droit interne du pays voisin⁹⁶.

Les bases légales en droit suisse et, en particulier, en droit genevois. – Contrairement à la France, par exemple, le droit fédéral suisse ne connaît pas d'organisme transfrontalier, ni même de réglementation spécifique en la matière⁹⁷. Le législateur genevois a en revanche adopté une loi relative aux organismes de coopération transfrontalière en date du 24 novembre 2008 (LOCT GE)⁹⁸. Cette loi a pour objectif de permettre la création d'organismes de coopération transfrontalière (OCT) sur le territoire du canton de Genève. Elle autorise les collectivités territoriales suisses et françaises, les groupements de telles collectivités ou les établissements publics qui leur sont rattachés à constituer un tel organisme régi par le droit public dont le siège se trouve sur le territoire du canton de Genève⁹⁹.

C. Les organisations « supracantonales » ou « supracommunales »

La problématique. – Lorsque l'on traite de la problématique de la collaboration intercantonale institutionnalisée ou que l'on évoque une institution intercantonale, il n'est pas rare d'entendre ou de lire que celle-ci représenterait une collaboration, respectivement une organisation ou une autorité « supracantonale »

163

⁹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2010/VI), p. 7500.

⁹⁵ Art. 11 AKCT.

⁹⁶ Art. 12 AKCT.

⁹⁷ Voir ELLWANGER (2016), N 336.

⁹⁸ RSG A 1 12.

⁹⁹ Voir art. 1 et 2 LOCT GE.

(« *suprakantonal* » ou « *überkantonal* »)¹⁰⁰. On utilise parfois également le qualificatif de « *supracommunal* » (« *überkommunal* ») lorsque l'on évoque un espace politique régional intercommunal ou lorsque l'on se réfère à une organisation intercommunale¹⁰¹.

La question est dès lors de savoir si, sur le plan juridique, ces qualificatifs ont une portée propre que les autres n'ont pas. Autrement dit, il s'agit de déterminer s'il existe une différence entre une organisation régionale que l'on qualifierait d'« *intercantonale* » et une autre que l'on qualifierait de « *supracantonale* », respectivement entre une organisation régionale « *intercommunale* » et « *supracommunale* ».

164 *La distinction opérée par une partie de la doctrine.* – À vrai dire, la doctrine distingue parfois les organisations « *intercantonales* » des organisations « *supracantonales* ». Pour ce faire, elle s'inspire de la distinction existant en droit fédéral entre la notion d'« *organisation internationale* » et celle d'« *organisation supranationale* »¹⁰². Très concrètement, elle calque sa définition des organisations ou des autorités « *supracantonales* » sur celle des organisations ou des autorités « *supranationales* » en leur attribuant les mêmes éléments constitutifs¹⁰³. Même si cela n'a jamais été fait à notre connaissance, une telle analogie pourrait valoir s'il s'agissait de décrire ce que représente juridiquement une autorité ou une organisation « *supracommunale* ».

Les critères cumulatifs avancés seraient au nombre de quatre :

1. Les organes principaux de l'organisation doivent être composés de personnes ou de représentants des collectivités parties à la convention qui jouissent d'une certaine indépendance par rapport à ces mêmes collectivités.

¹⁰⁰ C'est le cas, par exemple, de l'art. 25 al. 1 let. a de la loi vaudoise sur les finances du 20 septembre 2005 (LFin VD; RSV 610.11), qui prévoit qu'un crédit supplémentaire au budget cantonal peut découler de la nécessité d'exécuter une décision définitive d'une « *autorité supracantonale* », de même que de l'art. 113 LCo VS qui traite de la collaboration intercommunale avec des communes d'autres cantons et qui s'intitule « *collaboration supracantonale* ».

¹⁰¹ Pour un exemple, Obergericht SH, arrêt 60/2011/12 du 30 août 2013, consid. 3b, in: ZBl 2014, p. 261.

¹⁰² En effet, selon l'art. 140 al. 1 let b Cst., l'adhésion à des « *organisations de sécurité collective* ou à des communautés supranationales » est soumise à référendum obligatoire au niveau fédéral, alors que, selon l'art. 141 al. 1 let. d ch. 2 Cst., l'adhésion à une « *organisation internationale* » n'est soumise qu'à référendum facultatif.

¹⁰³ Voir notamment AUBERT (2007), p. 8; BRUNNER (2000), p. 115; BOEGLI (1998), p. 58; SIEGRIST (1977), p. 82 s.; pour la définition de l'organisation supranationale, voir notamment CONSEIL FÉDÉRAL (2004/III), p. 5212; CONSEIL FÉDÉRAL (1992), p. 527; aussi HÄFELIN ET AL. (2016), N 1909; BSK BV-EPINEY/DIEZIG (2015), N 18 ad art. 140 Cst.; SG Komm. BV-THÜRER/DIGGELMANN (2014), N 21 ad art. 140 Cst.

2. Ces organes peuvent prendre des décisions à la majorité, c'est-à-dire sans l'accord unanime des représentants des collectivités parties¹⁰⁴.
3. Les décisions prises par ces organes peuvent entrer en vigueur directement et être applicables dans les collectivités parties, sans autre décision de mise en œuvre de celles-ci.
4. Le champ matériel des compétences de l'organisation est relativement large et ne se limite pas à un domaine étroitement défini.

Une définition sans intérêt juridique pratique. – Avant même d'examiner l'exactitude de cette définition de la « supracantonalité » ou de la « supracommunalité » ou, le cas échéant, de s'y rallier, il nous semble nécessaire de nous interroger sur son utilité juridique.

165

À cet égard, il faut constater, tout d'abord, qu'en l'état, l'ordre juridique positif suisse n'attache aucune conséquence juridique directe et explicite à ces différentes notions, contrairement à ce qu'il fait pour la notion d'« organisation supranationale ». Soulignons ensuite que la création d'institutions « supracantoniales », voire supracommunales, telles que décrites ci-dessus, est certes jugée douteuse sur un plan constitutionnel par certains auteurs de doctrine¹⁰⁵, mais que d'autres considèrent qu'il s'agit là uniquement d'une forme qualifiée – ou, pour reprendre les termes d'AUBERT, une forme « plus élevée » – de collaboration intercantonale ou intercommunale¹⁰⁶. Il est enfin clair et évident que les organisations « supracantoniales » ou « supracommunales » ne représentent *a priori* pas les seules formes de collaboration qui pourraient s'avérer anticonstitutionnelles. Comme nous le verrons encore (sur la question, *infra* N 635 ss), chacune des caractéristiques de la notion de « supracantonalité » ou de « supracommunalité » que nous venons de mentionner peut théoriquement constituer un critère décisif en soi pour juger de la constitutionnalité d'une organisation intercantonale ou intercommunale (p. ex. une collaboration portant sur des domaines extrêmement divers et importants)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Il faudrait assimiler à de tels organes ceux au sein desquels toutes les collectivités membres de l'organisation ne sont pas représentées.

¹⁰⁵ Voir, entre autres, les auteurs précités.

¹⁰⁶ AUBERT (2007), p. 8, selon lequel « [d]ans une forme plus élevée, la région peut être plus qu'intercantonale : elle peut être supracantonale »; cf. également, s'agissant de la gradation des notions, le communiqué daté du 23 octobre 2009 du Forum Interparlementaire Romand (*Rôle et présence de la Suisse et de ses cantons au Conseil de l'Europe et à l'Assemblée des régions d'Europe*), qui évoque les « problématiques d'intercantonalité, voire de supracantonalité »; aussi ZRK (2002), p. 2, selon lequel « *Systematisch-pragmatische Zusammenarbeit bedeutet, dass nach wie vor die Einzelprojekte im Zentrum stehen (es soll keine suprakantonale Organisation aufgebaut werden)* ».

¹⁰⁷ Voir d'ailleurs SG Komm. BV-THÜRER/DIGGELMANN (2014), N 23 ad art. 140 Cst., qui estime qu'il ne serait pas forcément nécessaire qu'une organisation internationale remplisse

Pour toutes ces raisons, les deux notions en cause n'apparaissent pas véritablement utiles sur un plan juridique.

166 *Le sens habituel de la notion.* – Pour le reste, il convient de ne pas faire fi du fait que les notions de « supracantonalité » ou de « supracommunalité » ainsi que leurs qualificatifs dérivés sont largement « pollués ». Dans la pratique et dans le langage courant, elles désignent aujourd'hui n'importe quelles formes de collaboration au-delà des frontières cantonales ou communales¹⁰⁸.

Quelques exemples. – Un exemple illustratif est celui de l'art. 113 de la loi cantonale sur les communes du 5 février 2005 du canton du Valais (LCo VS)¹⁰⁹ qui s'intitule « Collaboration supracantonale » alors même qu'il se rapporte à l'encouragement de la collaboration intercommunale « intercantonale ». On peut aussi se demander s'il serait juste de taxer le préposé commun à la protection des données pour les cantons du Jura d'« autorité supracantonale » comme l'ont fait les deux exécutifs cantonaux dans le rapport explicatif relatif au projet de convention intercantonale (sur cette autorité, *infra* N 193)¹¹⁰. En effet, il est douteux qu'il faille considérer que le champ de compétence de cette autorité intercantonale soit suffisamment étendu pour que celle-ci soit qualifiée de supracantonale¹¹¹.

167 *Conclusion.* – Vu ce qui précède, s'attacher à distinguer des notions dont l'utilité est tout aussi douteuse que le sens imprécis et en déduire d'éventuelles conséquences juridiques risque de créer des confusions malheureuses. C'est donc à dessein que nous renoncerons – dans la mesure du possible – à nous référer, tout au long de la présente thèse, à la notion d'« organisation supracantonale » ou à celle d'« organisation supracommunale ».

III. Les modèles et exemples d'organisations régionales

168 *Plan.* – Après avoir défini la notion d'« organisation régionale conventionnelle » telle qu'elle sera entendue dans la présente thèse, il convient de présenter non seulement les modèles principaux de cette forme d'organisation au niveau intercommunal (A) et au niveau intercantonal (B), mais également, de manière spécifique, les modèles d'organisations régionales judiciaires (C).

tous les critères susmentionnés pour passer pour une « organisation supranationale » au sens de la Constitution fédérale.

¹⁰⁸ Voir, pour un exemple, ORG. DE PROJET RPT (1999).

¹⁰⁹ RSVs 175.1.

¹¹⁰ CPDT-JUNE; cf. GOUVERNEMENT JU-CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 491.

¹¹¹ Cf., dans le même sens, la remarque de la Ville de La Chaux-de-Fonds, lors de la consultation de l'avant-projet de CPDT-JUNE (cf. SERVICES JURIDIQUES JU/NE [2011], p. 13).

A. Les modèles et exemples d'organisations intercommunales

La problématique. – Comme nous l'avons déjà évoqué, la collaboration régionale intercommunale est plus développée et institutionnalisée que la collaboration régionale intercantonale (*supra* N 18 ss et 127). Cette caractéristique découle du fait que la collaboration intercommunale représente non seulement un phénomène plus ancien, mais également une nécessité plus pressante. À cela s'ajoute que le droit cantonal offre généralement à la collaboration intercommunale des formes d'organisations juridiques relativement précises, contrairement au droit fédéral qui n'en fournit aucune à la collaboration intercantonale.

169

Il est par conséquent logique d'examiner en priorité quelques modèles d'organisations régionales intercommunales compte tenu de leur importance pratique ou de leur intérêt juridique. Il s'agit en l'occurrence de l'association de communes (1) et des nouveaux modèles de corporations intercommunales régionales (2) ainsi que du contrat d'adhésion (3). Nous laisserons en revanche de côté d'autres modèles d'organisations intercommunales, comme celui de l'établissement de droit public intercommunal, lequel n'a, en comparaison, que peu d'importance pratique¹¹².

1. Les associations (ou syndicats) de communes

En général. – L'association de communes est une corporation de droit public qui est formée d'au moins deux communes et qui possède la personnalité juridique¹¹³. Elle rassemble des communes qui entendent assumer, ensemble, des tâches déterminées, de caractère communal ou régional, par l'entremise d'une organisation intercommunale dont les organes principaux sont composés de personnes qui représentent ces mêmes communes.

170

La corporation et l'établissement intercommunal. – Quelques précisions sont utiles à ce stade. Selon une vision dogmatique, lorsqu'elles décident de collaborer sous la forme d'une « corporation » intercommunale comme l'association de communes, les communes se regroupent et s'organisent en une unité juridique distincte de type associatif – au sein de laquelle elles sont en principe représentées – pour poursuivre de façon durable un but d'intérêt public déterminé. En revanche, lorsqu'elles fondent un « établissement » intercommunal, les communes mettent en commun des biens et des moyens en personnel en vue de former une unité juridique distincte qui est dotée de la personnalité juridique

¹¹² FRIEDERICH (2008), N 279; Komm. GG BE-MÜLLER M. (1999), N 10 ad art. 5-8 LCo BE. Dans le canton de Zurich, il n'existe par exemple qu'une dizaine d'établissements intercommunaux (cf. dans ce sens RÜSLI [2012], p. 137).

¹¹³ Sur la qualification de « corporation de droit public », voir notamment Tribunal cantonal JU, arrêt ADM 101/2015 du 2 mai 2016, consid. 1.3.

et qui poursuit un but d'utilité publique (sur la distinction, aussi *infra* N 197)¹¹⁴. D'un côté, l'accent est mis sur l'organisation de la collaboration et sur les processus de décision. De l'autre, il est mis sur l'objectif de la collaboration et sur les moyens qui sont alloués à cette fin. En somme et pour reprendre les mots de TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, sur un plan dogmatique, la corporation « *steuert sich selbst und bestimmt, was sie will* », alors que l'établissement « *wird gesteuert und produziert, was sie muss* »¹¹⁵.

171

L'importance en droit cantonal. – L'association de communes est une forme très connue dans le domaine de la collaboration intercommunale institutionnalisée, dont elle représente en quelque sorte la forme classique – « plébiscitée » par les communes¹¹⁶ – que tous les cantons connaissent et qui présente un développement soutenu¹¹⁷. L'importance de l'association de communes, d'un point de vue tant théorique que pratique, est soulignée par le fait que cette forme d'organisation intercommunale est en principe l'un des seuls modes de collaboration prévus expressément par les constitutions cantonales (sur la question, *supra* N 79 et *infra* N 315 ss)¹¹⁸.

À l'instar du droit genevois, la plupart des droits cantonaux règlent de manière assez détaillée l'organisation de l'association de communes¹¹⁹. D'autres ne la règlent que de manière très sommaire¹²⁰, voire rudimentaire¹²¹.

L'association de communes en droit genevois. – Ce n'est cependant que depuis 2015 que les communes genevoises ont la possibilité de se regrouper en « communauté de communes », organisation intercommunale qui représente l'équivalent de l'association de communes connue par les autres droits cantonaux. Ce complément d'une quinzaine d'articles apporté à la loi genevoise sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC GE)¹²², demandé par certaines communes et adopté le 24 septembre 2015¹²³, permet de renforcer la coopération intercommunale dans le canton en offrant une nouvelle

¹¹⁴ Sur ces définitions, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1633 et 1659; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 85, 87 et 97; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 4 ad §7 et N 1 ad §8; TANQUEREL (2011), N 136 et N 141.

¹¹⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 3 ad §8.

¹¹⁶ COUR DES COMPTES VD (2016), p. I.

¹¹⁷ KOCHER (2010), p. 308, lequel désigne l'association de communes comme la « *zentrale Form der Zusammenarbeit* ».

¹¹⁸ Dans ce sens aussi, STEINER/KAISER (2013), p. 157; BAUMANN (2017), p. 131 s.

¹¹⁹ Cf., notamment, art. 112-128 LC VD; art. 109-132 LCo FR; art. 123-134 LCom JU; art. 61-76 LAC GE; art. 116-128 de la loi valaisanne sur les communes du 5 février 2005 (LCo VS; RSVs 175.1).

¹²⁰ Cf., notamment, art. 130-135 LCo BE.

¹²¹ C'est le cas du canton d'Obwald qui ne traite du syndicat intercommunal qu'à l'art. 84 de sa constitution cantonale (Constitution du canton d'Obwald du 19 mai 1968; Cst. OW; RS 131.216.1); cf., à ce sujet, Regierungsrat OW, décision du 12 juin 2007, in: VVGE-OW 2007/2008 n° 4, p. 9.

¹²² RSG B 6 05.

¹²³ Art. 61-76 LAC GE.

structure juridique à disposition des communes qui souhaitent raffermir leur collaboration¹²⁴.

La nomenclature. – La terminologie choisie par les législateurs pour désigner ce que nous avons choisi de qualifier, ci-avant, comme des « associations de communes » peut diverger d'un droit cantonal à l'autre.

172

En Suisse romande, le droit neuchâtelois désigne les associations de communes comme des « syndicats intercommunaux ». Les droits jurassien et bernois les qualifient de « syndicats de communes », alors que le droit genevois les taxe de « communautés de communes ». Quant aux législateurs cantonaux alémaniques, ils ont parfois choisi de distinguer l'association de communes comme « *Zweckverband* », chargée de l'exécution d'une tâche unique et spécifique, de l'association de communes comme « *Gemeindeverband* », dont la fonction et les compétences peuvent être plus larges¹²⁵.

La présente thèse n'opérera pas les distinctions terminologiques qui viennent d'être mentionnées et, dans la mesure du possible, utilisera de manière générique le terme d'« association de communes », toutes les notions précitées se rapportant à une organisation intercommunale largement similaire sur un plan matériel et fonctionnel¹²⁶.

L'organisation générale. – L'organisation de l'association de communes fait l'objet d'un « règlement intercommunal » – appelé parfois « statuts » – qui représente matériellement une convention organisatrice intercommunale (*supra* N 129 et 133 s.). Ce règlement doit être adopté par chacune des communes membres lors de la création de l'association ou de l'adhésion à celle-ci (sur la question, *infra* N 1038 ss).

173

En principe, l'association est dotée de deux organes centraux : d'un côté, une autorité administrative et exécutive – qualifiée de « conseil syndical », de « comité ou de commission administrative » – et, de l'autre, une autre autorité à laquelle la première est subordonnée et qui exerce en quelque sorte la fonction d'organe législatif ou parlementaire de l'association. Selon le droit cantonal ou

¹²⁴ Voir CONSEIL D'ÉTAT GE (2015), p. 9 s.; aussi ELLWANGER (2016), N 198 et 677.

¹²⁵ Cf. notamment GUY-ÉCABERT (2004), p. 90. La loi lucernoise sur les communes du 4 mai 2004 (*Gemeindegeseztz*; GG LU; SRL 150) distingue quant à elle le *Zweckverband* du *Gemeindeverband* par le fait que le canton est membre de la première organisation, mais pas de la seconde (voir art. 48 et 56 GG LU). Le droit saint-gallois distingue quant à lui – de manière schématique – le premier du second en fonction de leur organisation. Le *Zweckverband* possède une assemblée de délégués et le *Gemeindeverband* est organisé selon les principes démocratiques applicables aux communes (assemblée communale ou parlement communal, voir art. 140-149 GG SG).

¹²⁶ Dans le même sens, Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 2 ad art. 92 Cst. ZH; HORBER-PAPAZIAN/JACOT-DESCOMBES (2007), p. 111.

la pratique développée en l'absence de réglementation cantonale, ce second organe peut soit se composer de l'ensemble des citoyens des communes affiliées à l'association, soit consister en une assemblée de délégués de ces mêmes communes, c'est-à-dire en une sorte de parlement ou de conseil intercommunal¹²⁷. Les droits cantonaux utilisent une nomenclature extrêmement diverse pour désigner une telle assemblée qui est très fréquente en pratique. Nous utiliserons dans la mesure du possible les termes d'« assemblée des délégués » ou de « conseil intercommunal » dans la présente thèse¹²⁸.

174 *La composition de l'assemblée des délégués.* – Compte tenu du caractère corporatif des associations de communes, chaque commune a droit à un représentant au moins au sein des assemblées des délégués. Le principe – parfois prévu expressément¹²⁹ – découle toujours implicitement du droit cantonal et de la notion même d'assemblée de délégués (sur la question aussi, *infra* N 718). Au-delà de ce dénominateur commun, les règles peuvent être extrêmement diverses d'un droit cantonal à l'autre et, surtout, d'une association à l'autre. Si l'on ne veut pas assurer une égalité absolue entre les communes, il est, par exemple, possible de prévoir dans la convention organisatrice que les communes membres jouissent d'un nombre de représentants qui est proportionnel à l'importance démographique, voire financière de la commune ou, alors, de pondérer le droit de vote des représentants en fonction de cette importance (sur la question, *infra* N 716).

175 *La nomination des délégués.* – Les solutions sont également diverses d'un canton à l'autre et, surtout, d'une association à l'autre en ce qui concerne la question de la procédure de nomination des délégués. Dans la majorité des cas cependant, les délégués ne sont pas élus directement à ce poste par le corps électoral, mais sont issus directement des exécutifs communaux ou, s'ils ne sont pas issus de ce sérail, sont nommés par lui. Même s'il s'agit là d'une solution prévue par le droit neuchâtelois¹³⁰, ce n'est que rarement que les délégués ou certains d'entre eux sont élus et/ou issus du législatif communal¹³¹.

¹²⁷ Il est par exemple possible en droit jurassien et en droit bernois que l'assemblée des délégués soit remplacée par l'ensemble des ayants droit au vote de toutes les communes affiliées (cf. art. 127 al. 1 LCom JU et art. 133 al. 1 LCo BE).

¹²⁸ Cf. en Suisse romande, art. 119 let. a LCo VS, art. 114 al. 1 let. a LCo FR et art. 127 al. 1 LCom JU, qui le désignent de cette manière; art. 133 al. 1 LCo BE, qui le désigne comme un « parlement syndical »; art. 116 al. 1 let. a LC VD et art. 72 al. 1 let. a LCo NE, qui le désignent comme un « conseil intercommunal »; art. 56 let. a LAC GE, qui le désigne comme le « conseil de communauté ».

¹²⁹ Cf. art. 115 al. 1 LCo FR; art. 73 al. 1 LCo NE.

¹³⁰ Voir art. 73 al. 1 LCo NE.

¹³¹ Voir, entre autres, COUR DES COMPTES VD (2016), p. II et 24-26, et REGIERUNGSRAT AG (2009), p. 20.

Les compétences de l'assemblée des délégués. – L'assemblée des délégués est l'organe central de l'association de communes. À l'instar d'un parlement communal au sein d'une commune, c'est elle qui prend les décisions les plus importantes de l'association, notamment sur les plans financier et réglementaire¹³². Sauf disposition contraire du droit cantonal¹³³, l'assemblée des délégués peut même se voir investie du pouvoir de modifier les statuts de l'association, c'est-à-dire la convention organisatrice intercommunale à la base de l'association. En effet, exiger que toute modification des statuts d'un syndicat intercommunal soit approuvée à l'unanimité des communes membres pourrait bloquer le fonctionnement de l'association, puisqu'il suffit d'une seule collectivité récalcitrante pour empêcher toute modification (sur la question, *infra* N 1089 ss)¹³⁴. 176

Les droits politiques intercommunaux. – Du fait de l'élargissement des compétences et de l'importance croissante des associations de communes, certains constituants ou législateurs cantonaux ont imposé la mise en place de droits politiques intercommunaux au sein des associations de communes. C'est ainsi que des décisions des conseils intercommunaux peuvent faire l'objet d'un référendum facultatif ou obligatoire intercommunal dont l'issue dépend tantôt de la majorité des votants, tantôt de la double majorité des votants et des communes membres. Il existe parfois également un droit d'initiative au sein des associations de communes. Nous reviendrons encore plus longuement sur ces différents points (*infra* N 232 et 477 ss). 177

L'association de communes intercantonale. – Enfin, la constitution d'associations de communes regroupant des communes appartenant à des cantons différents est permise, à tout le moins lorsque le droit cantonal ne l'exclut pas expressément¹³⁵. Néanmoins, la constitution d'une telle association suppose en principe la conclusion d'une convention intercantonale entre les exécutifs cantonaux des communes concernée et, partant, leur approbation¹³⁶. 178

L'une des questions délicates est celle de savoir à quel droit et à quelle juridiction est soumise le syndicat. Certains droits cantonaux connaissent à ce pro-

¹³² Cf., expressément, art. 119 LC VD; art. 116 al. 2 LCo FR; art. 75 LCo NE; aussi art. 127 al. 1 LCom JU.

¹³³ En droit genevois, toute modification doit être adoptée par chacun des législatifs des communes membres (cf. art. 68 al. 2 LAC GE; voir aussi art. 40 al. 1 let. b de la loi glaronnaise sur les communes du 3 mai 1992 [Gemeindegesetz; GG GL; GS II E/2]).

¹³⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2011/II), p. 4157.

¹³⁵ Voir, à ce propos, EICHENBERGER (1986), N 4 ad § 108 Cst. AG.

¹³⁶ Cf. expressément art. 132 al. 2 LCo FR; art. 84a al. 2 LCo NE; art. 128 al. 1 LC VD; art. 146 al. 1 al. 1 de l'ordonnance bernoise sur les communes du 16 décembre 1998 (OCo BE; RSB 170.111); voir, pour un exemple, Conseil-exécutif BE, décision n° 1728 du 31 mai 1978, in: JAB 1979, p. 40.

pos des normes de rattachement territorial que la doctrine nomme parfois « *kollisionsrechtliche Regelungen* » (règles de conflit de lois)¹³⁷. Les droits jurassien, neuchâtelois et bernois précisent par exemple que les syndicats intercantonaux sont soumis généralement au droit et à la juridiction du canton où se déroule la partie la plus importante de leurs activités¹³⁸.

2. Les nouvelles formes de corporations intercommunales

179 *En général.* – Depuis une vingtaine d'années, quelques cantons ont développé de nouvelles formes d'organisations régionales essentiellement conçues en vue d'une institutionnalisation poussée de la collaboration intercommunale au sein des agglomérations. C'est ainsi que le canton de Fribourg a créé le modèle institutionnel de l'« agglomération », le canton de Berne celui de la « conférence régionale » et le canton du Jura celui du « syndicat d'agglomération ».

Ces nouvelles formes d'organisations intercommunales – dont certaines s'inspirent directement des recommandations données par la Conférence tripartite sur les agglomérations (CTA)¹³⁹ – se distinguent des autres formes classiques d'institutions de coopération intercommunale sur deux points au moins : d'une part, une commune peut se voir contrainte d'y adhérer et, d'autre part, les citoyens jouissent en leur sein de droits de participation démocratique particulièrement poussés.

180 *L'agglomération en droit fribourgeois.* – Lors de l'entrée en vigueur en 1997 de la loi sur les agglomérations du 19 septembre 1995 (LAgg FR)¹⁴⁰, le législateur fribourgeois était le premier à proposer un cadre institutionnel *ad hoc* aux problèmes que posait la nécessité de développer la coopération régionale au sein des agglomérations urbaines. Il a non seulement été précurseur en la matière, mais il a été aussi progressiste. La loi adoptée prévoit en effet que l'on peut imposer à une commune – à l'issue d'une votation régionale à la majorité de la population et des communes – une adhésion à l'agglomération et, par là même, la délégation d'un certain nombre de compétences communales à celle-ci¹⁴¹. L'agglomération était censée favoriser la collaboration intercommunale à propos de problématiques aussi variées que celles de la mobilité, de l'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement, de la promotion touristique, de la promotion culturelle et de la promotion économique.

¹³⁷ Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 14 ad art. 90 Cst. ZH.

¹³⁸ Cf. art. 134 al. 1 LCom JU; 84a LCo NE; art. 146 al. 2 OCo BE.

¹³⁹ Voir, notamment, GOUVERNEMENT JU (2009), p. 486.

¹⁴⁰ RSF 140.2.

¹⁴¹ Art. 3 à 10 LAgg FR; cf. aussi GRIFFEL (2008), p. 151-154.

L'agglomération en pratique. – Le succès de l'institution est contrasté, car la seule agglomération existante à ce jour regroupe les communes de la ville de Fribourg et celles de sa couronne au sein d'une entité appelée *Agglo Fribourg*¹⁴². À titre de comparaison, les communes de l'agglomération de la ville de Bulle ont préféré se regrouper en une association de communes classique¹⁴³.

L'organisation de l'agglomération. – Sur un plan organisationnel, l'agglomération se situe à mi-chemin entre une collectivité territoriale traditionnelle et une association de communes.

181

L'essentiel des pouvoirs de l'agglomération – notamment réglementaires – est du ressort d'un conseil d'agglomération, dont les membres sont élus soit par chacun des législatifs des communes membres, soit par le biais d'un scrutin populaire direct dans chacune des communes partenaires. Il appartient aux communes de choisir de manière uniforme l'un de ces deux modes de désignation ainsi que de déterminer dans la convention organisatrice – appelée « statuts » – le nombre de membres auquel elles ont droit au sein de ce conseil d'agglomération, chaque commune formant obligatoirement une « circonscription électorale » indépendante¹⁴⁴. La loi dispose à cet égard que, même s'il faut tenir compte de la population légale des communes, chacune de celles-ci doit avoir droit, dans tous les cas, à deux conseillers d'agglomération au moins¹⁴⁵. Enfin, la LAgg FR prévoit une palette très large d'instruments de démocratie directe, tels qu'un droit d'initiative populaire et un droit de référendum – obligatoire ou facultatif – pouvant porter tant sur les dépenses que sur les révisions des statuts et les règlements adoptés par le conseil d'agglomération¹⁴⁶.

Les conférences régionales bernoises. – En 2007, ce sont le législateur et le constituant bernois qui se sont attelés à créer une nouvelle forme de corporation de droit public intercommunale : la « conférence régionale »¹⁴⁷. Cette forme de collaboration intercommunale institutionnalisée est en quelque sorte « partiellement obligatoire ». En effet, toutes les communes doivent nécessairement adhérer à une conférence régionale, mais il leur appartient de décider de leur création¹⁴⁸.

182

¹⁴² Voir www.agglo-fr.ch, consulté le 28 février 2016.

¹⁴³ Voir www.mobul.ch, consulté le 28 février 2016.

¹⁴⁴ Art. 19 et 20 al. 2 LAgg FR.

¹⁴⁵ Art. 19 al. 2 LAgg FR.

¹⁴⁶ Art. 28 à 30 LAgg FR.

¹⁴⁷ Cf. les modifications de la Constitution du canton de Berne (ROB 07-102) et celles de la loi bernoise sur les communes du 17 juin 2007 (ROB 07-10).

¹⁴⁸ Cf. art. 110a ConstC BE et art. 137 à 143 LCo BE ; RSB 170.11 ; pour plus de détails, cf., entre autres, CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2007) ; GRIFFEL (2008), p. 154-155, et, surtout, KOCHER (2010), p. 289-336.

Très concrètement, l'ordonnance sur les conférences régionales 24 octobre 2007 (OCR BE)¹⁴⁹ fixe de manière contraignante les frontières territoriales des six conférences régionales à créer. L'idée reste toutefois qu'une conférence régionale ne voie le jour qu'au moment où un règlement d'organisation intercommunal est approuvé par une votation régionale, laquelle s'effectue à la double majorité des votants et des communes inclus dans le périmètre défini par l'ordonnance précitée. Cette conférence est ensuite compétente pour harmoniser, notamment, le développement des transports et de l'urbanisation. Par ailleurs, les communes peuvent – si elles le souhaitent – lui déléguer d'autres tâches.

Exemples. – Actuellement, trois des six conférences régionales prévues par l'OCR BE ont été constituées. Fait marquant : la création de la conférence régionale *Thun-Oberland West* a été rejetée, alors même que 56.7 % des votants l'ont acceptée, parce que 30 petites communes (en comptant une égalité) sur 55 l'ont rejetée. Dans le seul arrondissement administratif de Thoun ayant enregistré près de 14 000 votants et près de 65 % de votes favorables, seuls 746 votants ont suffi à faire basculer du côté du non 13 communes sur les 35 que compte l'arrondissement¹⁵⁰.

183 *L'organisation des conférences régionales.* – Afin de démocratiser cette nouvelle forme de collaboration intercommunale, le législateur bernois a volontairement aménagé de manière large les droits de participation des citoyens, à l'instar de ce qui avait été fait dans le canton de Fribourg pour l'agglomération¹⁵¹. Les éventuelles votations provoquées par l'exercice d'un droit de référendum ou celui d'un droit d'initiative requièrent l'approbation de la majorité des votants et des communes membres, à l'instar du vote régional initial portant sur la création de la conférence régionale¹⁵².

Bien entendu, chaque commune est représentée à l'assemblée régionale – c'est-à-dire au sein de l'organe central des conférences régionales – par la personne qui exerce la fonction de président dans cette commune¹⁵³. Lors de la prise de décision, l'importance des voix des représentants est pondérée comme suit : chaque commune jouit d'une voix jusqu'à 1 000 habitants et d'une voix supplémentaire par tranche additionnelle de 3 000 habitants¹⁵⁴.

184 *Le syndicat d'agglomération en droit jurassien.* – Le droit jurassien connaît également une forme nouvelle de collaboration intercommunale spéciale, le

¹⁴⁹ RSB 170.211.

¹⁵⁰ Cf. NUSPLIGER (2011), p. 11 ; voir également les résultats de la circonscription consultés le 30 novembre 2011 sur www.jgk.be.ch/jgk (> SACR > Introduction des conférences régionales).

¹⁵¹ Art. 138 et 149 al. 1 LCo BE; cf., entre autres, CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2007), p. 10.

¹⁵² Art. 110a al. 3 ConstC BE et art. 149 al. 2 LCo BE.

¹⁵³ Art. 154 al. 1 LCo BE.

¹⁵⁴ Art. 148 al. 3 LCo BE.

« syndicat d'agglomération »¹⁵⁵. Celui-ci représente une forme hybride de collaboration se situant entre – et s'inspirant de – l'agglomération du droit fribourgeois et de la conférence régionale du droit bernois. On y retrouve effectivement des éléments propres à chacune des deux formes de collaboration : la constitution du syndicat à la double majorité des votants et des communes concernées, l'attribution de tâches obligatoires, notamment dans le domaine de la planification directrice, la garantie d'un droit de référendum et d'initiative aboutissant parfois – mais pas toujours – à une votation à la double majorité des votants et des communes, une assemblée d'agglomération composée de l'ensemble des conseillers communaux des communes partenaires et une pondération des voix des conseillers en fonction du poids démographique de la commune qu'ils représentent.

3. Les conventions d'adhésion intercommunales

En général. – Une commune peut préférer déléguer une partie de ses compétences à une autre commune afin que celle-ci accomplisse une tâche publique déterminée pour son compte plutôt que déléguer ces mêmes compétences à une entité intercommunale dans le même but. Pour ce faire, deux ou plusieurs communes peuvent conclure une convention de collaboration par laquelle elles attribuent à l'une d'elles la responsabilité d'assurer une tâche pour le compte de l'autre ou des autres communes.

185

On qualifie généralement ce mode de collaboration intercommunale de contrat de « commune-siège » (*Sitzgemeinde*) ou de « convention d'adhésion » (*Anschlussvertrag*)¹⁵⁶. Nous utiliserons dans la mesure du possible la seconde locution dans la présente thèse. Il s'agit de la formulation choisie par le législateur zurichois¹⁵⁷.

La réglementation cantonale. – À l'instar de ce qui prévaut dans le canton de Zurich, le droit cantonal autorise parfois expressément la collaboration par « convention d'adhésion ». C'est ce que fait le droit valaisan de manière générale en prévoyant que « la délégation [d'une tâche] peut être faite à une autre commune »¹⁵⁸ ou le droit genevois en disposant que « [p]our déléguer à l'une

186

¹⁵⁵ Cf. art. 135-135n LCom JU.

¹⁵⁶ Il s'agit d'une convention organisatrice de droit public qui peut être assimilée soit à un contrat synallagmatique innommé de droit public, soit à un contrat de société simple de droit public, selon les détails de la collaboration (cf., sur ce sujet, Verwaltungsgericht ZH, arrêt VK.2006.00005 du 17 janvier 2008, consid. 3).

¹⁵⁷ Voir art. 71 de la loi zurichoise sur les communes du 20 avril 2015 (*Gemeindegesetz*; GG ZH; LS 131.1).

¹⁵⁸ Art. 107 al. 3 LCo VS; aussi art. 100 al. 1 let. b GG SH; art. 117 al. 1 let. a et art. 119 s. GG GL.

d'elles l'exécution de tâches administratives (...), les communes peuvent conclure entre elles des contrats de droit administratif »¹⁵⁹. C'est ce que fait aussi le droit vaudois de manière partielle en reconnaissant qu'« [u]ne ou plusieurs municipalités peuvent déléguer certaines de leurs attributions à une autre municipalité »¹⁶⁰.

À vrai dire, cette forme de collaboration intercommunale est admissible même lorsque le droit cantonal ne la mentionne pas expressément, ne serait-ce que parce que le législateur cantonal permet en principe aux communes de conclure des contrats de collaboration ou autorise la délégation de tâches publiques à des tiers, sans limiter ces « tiers » à des personnes privées¹⁶¹. Il en résulte que le droit cantonal ne règle en principe que peu – voire pas du tout – la collaboration par « convention d'adhésion » et que les communes sont assez libres lorsqu'elles conviennent de conclure ce type de convention organisatrice¹⁶².

L'application des règles d'adjudication ? – La liberté dont jouissent les communes en matière de délégation de tâches à d'autres communes est parfaitement illustrée par le fait qu'une telle délégation ne doit pas forcément passer par une procédure d'adjudication ou de mise au concours. Le principe ressort bien du droit valaisan qui prévoit que « [l]a délégation à un tiers nécessite une mise au concours », mais pas la délégation de tâche à une autre commune ou à une association de communes¹⁶³. Le principe vaut même en l'absence de règle expresse, car la délégation de tâches publiques par une commune à une autre sur la base d'un contrat de droit administratif n'entre pas dans le champ d'application de la législation sur les marchés publics. C'est à tout le moins ce qu'a considéré le Tribunal administratif vaudois à propos de l'« adjudication » du service de ramassage des déchets par la Commune de Savigny à la Ville de Lausanne¹⁶⁴.

187 *Les avantages et inconvénients de la convention d'adhésion.* – Cette liberté trouve sa cause et sa justification dans l'une des caractéristiques centrales de la « convention d'adhésion » : ce modèle d'organisation régionale intercommunale est relativement simple, du moins en comparaison d'autres modèles d'organisation comme celui de l'association de communes¹⁶⁵. L'organisation intercommunale créée ne représente pas une corporation de communes, ni ne crée

¹⁵⁹ Art. 81 al. 1 LAC GE.

¹⁶⁰ Art. 107b LC VD.

¹⁶¹ Cf., par exemple, art. 7 let. b et art 68 LCo BE; KOCHER (2010), p. 308; Komm. GG BE-MÜLLER (1999), N 4 ad art. 7 LCo BE.

¹⁶² Cf., dans le même sens, FRIEDERICH (2013), N 285. Le cas échéant, il est possible d'appliquer les règles du droit des obligations (CO) à titre de droit public supplétif (voir Verwaltungsgericht ZH, arrêt du 29 mars 1977, in: ZBl 1977, p. 457).

¹⁶³ Art. 107 LCo VS.

¹⁶⁴ Tribunal administratif VD, arrêt GE 98/0178 du 2 juillet 1999, consid. 2, in: RDAF 2000 I, p. 123.

¹⁶⁵ Cf., entre autres, Verwaltungsgericht ZH, arrêt VK.2006.00005 du 17 janvier 2008, consid. 3; AIB BE (2011), p. 8; OACOT BE (1998), p. 11; RÜSSLI (2012), p. 133; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010), N 1450.

de nouvelle structure ou de nouvelle entité. L'administration des communes adhérentes se trouve simplement allégée et celle de la commune-siège mieux dotée sur le plan financier¹⁶⁶.

L'inconvénient est bien sûr démocratique ; même si l'acte de délégation jouit en principe d'une forte légitimation politique dans la commune adhérente, celle-ci perd ensuite presque tout pouvoir de décision et de contrôle en ce qui concerne la tâche déléguée. Un rapport quasi « hiérarchique » s'instaure entre la commune adhérente et la commune-siège au profit de la seconde¹⁶⁷. Même si certains mécanismes tendent aujourd'hui à permettre une participation des communes adhérentes, « simplicité, flexibilité, inégalité » caractérisent en quelque sorte le modèle de commune-siège¹⁶⁸.

La convention d'adhésion en pratique. – Malgré ses défauts, le système de la convention d'adhésion intercommunale connaît un succès croissant dans certains cantons, notamment dans le canton de Berne¹⁶⁹. Il est par ailleurs utilisé dans des domaines toujours plus nombreux. Il s'agit tantôt de faire en sorte qu'une autorité ou un service communal exerce une tâche administrative ou fournisse une prestation pour le compte de toute une région – s'agissant notamment de l'administration des constructions et de l'aide sociale – tantôt de scolariser des habitants d'une commune dans une autre commune¹⁷⁰. De nombreuses communes adoptent également le système de « commune-siège » en ce qui concerne la défense contre le feu.

Un exemple de contrat d'adhésion. – Les communes bernoises d'Eschert, de Perrefitte et de Roches se sont ainsi associées à la commune de Moutier dans le domaine de la protection contre le feu et des sapeurs-pompiers en se subordonnant au commandement du service de sapeurs-pompiers de la Prévôté¹⁷¹.

Il est intéressant de remarquer que, dans un tel cas, la relation entre les communes adhérentes et la commune-siège ne se limite pas seulement à la délégation d'une tâche publique – au demeurant extrêmement symbolique de l'auto-

¹⁶⁶ Voir notamment OACOT BE (2000), p. 67.

¹⁶⁷ Dans ce sens JAAG/RÜSLI (2011), p. 35; IFF ET AL. (2009), p. 117. Le risque financier est néanmoins plus grand pour la commune-siège (ou « commune-mère ») qui peut percevoir ceci comme un désavantage (STEINER [2000], p. 6).

¹⁶⁸ FRIEDERICH (2008), N 282.

¹⁶⁹ IFF ET AL. (2009), p. 144.

¹⁷⁰ OACOT BE (2000), p. 41-43.

¹⁷¹ Voir le Contrat régissant la collaboration entre les communes de Moutier, Eschert, Perrefitte et Roches dans le domaine de la protection contre le feu et des sapeurs-pompiers (contrat d'adhésion) du 27 septembre 2010 (consultable notamment sur www.perrefitte.ch > Administration > Règlements), lequel organise le Service de défense contre le feu et les éléments de la Commune municipale de Moutier et des environs (CRISM Centre de renfort d'intervention de secours Moutier).

nomie communale – contre une participation financière. Les communes adhérentes se soumettent largement au droit communal de la commune-siège – c'est-à-dire au droit communal de Moutier – dans le domaine des sapeurs-pompiers. Dans ces communes, l'obligation de servir, l'accomplissement du service des sapeurs-pompiers, l'exemption de l'accomplissement du service des sapeurs-pompiers, le recrutement et l'instruction sont régis par les prescriptions du droit cantonal et le règlement des sapeurs-pompiers de Moutier. Le calcul des taxes d'exemption et l'exonération de la taxe d'exemption sont également régis par le règlement des sapeurs-pompiers de Moutier.

B. Les modèles et exemples d'organisations intercantionales

190 *Problématique.* – Il n'existe pas de véritables modèles de collaboration régionale intercantonale institutionnalisée comparables à ceux qui prévalent dans le domaine de la collaboration intercommunale. D'une part, la collaboration intercantonale institutionnalisée, qui est moins développée que la collaboration intercommunale, en est encore à ses balbutiements. D'autre part, la Confédération – à tout le moins son législateur – ne peut pas intervenir directement dans l'autonomie organisationnelle des cantons en proposant des modèles d'organisations intercantionales comme peuvent le faire les cantons en matière de collaboration intercommunale. Néanmoins, même si les cantons sont théoriquement libres d'imaginer de nombreuses formes d'organisations intercantionales régionales, les nécessités pratiques de la collaboration intercantonale font qu'il existe bel et bien une sorte de *numerus clausus* de fait en la matière¹⁷².

Ainsi, en marge des formes d'organisations régionales intercantionales moins complexes que peut représenter la création d'une autorité administrative ou politique commune (1), l'« établissement autonome de droit public intercantonal » représente l'archétype de l'organisation intercantonale lorsqu'il s'agit d'exécuter une tâche importante de manière régionale. Il représente en quelque sorte le pendant de l'association de communes en matière de collaboration intercommunale (2). Enfin, il existe – comme en matière intercommunale – des formes d'organisations intercantionales qui consistent soit en l'acquisition de prestations auprès d'un autre canton, soit en l'échange de prestations entre cantons (3).

¹⁷² Dans le même sens, VOGEL (2009), p. 564. Ce *numerus clausus* de fait existe aussi en matière intercommunale, comme en témoigne le fait que les cantons prévoient des modèles d'organisations intercommunales très similaires.

1. Les conférences et les services intercantonaux

En général. – Comme nous l’avons déjà vu, une organisation intercantonale commune se caractérise par le fait que plusieurs cantons conviennent de déléguer une partie de leur pouvoir ou de leur compétence à une entité commune qui exercera une fonction étatique ou exécutera une tâche publique pour le compte de tous (*supra* N 131). Elle peut ainsi consister, de manière basique, en la délégation d’un pouvoir administratif ou politique à une entité organisée de manière commune par convention intercantonale. Selon l’objet et l’objectif de la collaboration intercantonale, l’entité peut prendre la forme soit d’une autorité ou d’un service intercantonal nommé et dirigé de manière commune par les cantons partenaires, soit d’une conférence intercantonale s’il s’agit d’une autorité au sein de laquelle chaque canton partenaire est représenté. 191

Les autorités et services intercantonaux communs. – Comme évoqué ci-avant, les cantons peuvent créer des services ou des autorités intercantonaux qui ne sont pas dotés d’une personnalité juridique propre et qui sont nommés et/ou dirigés de manière commune directement par les cantons partenaires. Cette forme d’organisation intercantonale est relativement fréquente en matière d’organisation judiciaire intercantonale (*infra* N 216). Elle l’est peut-être un peu moins dans les autres domaines de la collaboration régionale, les cantons préférant régulièrement, comme nous le verrons, créer directement un établissement de droit public autonome doté de la personnalité juridique (*infra* N 197 ss)¹⁷³. Elle peut néanmoins se révéler appropriée lorsqu’il s’agit d’organiser un service ou une autorité cantonale et qu’il apparaît que le fonctionnement de l’institution ne nécessite pas que les cantons partenaires se consultent régulièrement pour prendre certaines décisions (p. ex. service bâlois de la protection de l’air¹⁷⁴, service bâlois de planification régionale¹⁷⁵, service intercantonal de police en 192

¹⁷³ À vrai dire, la distinction n’est pas toujours claire entre l’établissement autonome de droit public intercantonal et un service intercantonal qui, sans personnalité juridique propre, jouirait d’une certaine autonomie. À l’instar de ce qui prévaut au niveau cantonal, un tel service peut être qualifié tant d’« autorité administrative indépendante » (cf. par exemple BELLANGER [2011], p. 10-12) que d’« établissement dépendant » (« *unselbständige Anstalt* »; cf. par exemple HAUSER [2002], p. 34-36; dans un sens similaire, TANQUEREL [2011], N 138). On partira ici du présupposé que l’établissement autonome, contrairement au service administratif, a la caractéristique générale de posséder, en principe, la personnalité juridique et une organisation particulière ainsi que de tenir une comptabilité séparée de la collectivité qui l’a créé (cf. dans ce sens, entre autres, KNAPP [1996], N 77 s.; aussi TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER [2014], N 10 ad §7; se fondant uniquement sur le second critère apparemment, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [2016], N 1667).

¹⁷⁴ Vereinbarung über das Lufthygieneamt beider Basel du 21 mai 1985 (V-Lufthygieneamt BS/BL; SG BS 144.6).

¹⁷⁵ Vereinbarung über die Organisation und die Führung der Regionalplanung beider Basel du 21 septembre 1993 (V-Regionalplanung BS/BL; SGS BL 149.5).

Suisse centrale¹⁷⁶, service bâlois en matière de chasse et pêche¹⁷⁷, service jurasso-neuchâlois de la consommation et des affaires vétérinaires¹⁷⁸, service romand en matière d'adoption¹⁷⁹, etc.).

193

L'exemple du préposé intercantonal à la protection des données. – À titre illustratif, les 8 et 9 mai 2012, le Parlement jurassien et le Grand Conseil neuchâtelois ont approuvé la convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE)¹⁸⁰. Par cette convention, les deux cantons ont créé une organisation régionale commune en matière de protection des données, laquelle institue, entre autres, un préposé – intercantonal – à la protection des données¹⁸¹. Le siège juridique et le secrétariat central du préposé – qui est nommé et, le cas échéant, révoqué conjointement par le Gouvernement jurassien et le Conseil d'État neuchâtelois¹⁸² – se trouve aux Breuleux (JU)¹⁸³.

S'il ne jouit pas de la personnalité juridique, le préposé intercantonal jouit d'un pouvoir relativement important et dispose de son propre budget. Une partie de ses tâches consiste certes à informer, à conseiller et à concilier les particuliers et les administrations publiques¹⁸⁴, mais il lui incombe également de surveiller l'application des règles sur la protection des données et, en cas de violation ou de risque de violation de celles-ci, d'ordonner certaines mesures à titre provisoire¹⁸⁵. Pour ce faire, il jouit d'un pouvoir d'investigation important qui inclut la faculté d'adresser des réquisitions aux polices judiciaires cantonales¹⁸⁶. Il peut aussi porter l'affaire pour décision auprès de la commission judiciaire intercantonale également instituée par la CPDT-JUNE. Nous reviendrons spécifiquement sur ce point ultérieurement (*infra* N 217).

¹⁷⁶ Voir, pour une réglementation-cadre, art. 22-32 Konkordat über die Grundlagen der Polizei-Zusammenarbeit in der Zentralschweiz du 6 novembre 2009 (Polizeikonkordat Zentralschweiz ou Zentralschweizer Polizeikonkordat; ZPK; p. ex. SRL 352).

¹⁷⁷ Voir le communiqué des deux gouvernements cantonaux bâlois du 9 décembre 2015, *Erweiterung der interkantonalen Zusammenarbeit im Bereich des Jagdwesens*, consulté le 31 mars 2015 sur www.bs.ch.

¹⁷⁸ Voir, pour cette idée, CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 1708.

¹⁷⁹ Voir l'article intitulé *Les cantons romands envisagent de regrouper leurs services d'adoption*, publié le 9 mars 2016, consultable sur www.rts.ch, le 31 mars 2016.

¹⁸⁰ P. ex. RSJU 170.41.

¹⁸¹ La CPDT-JUNE crée aussi une Commission – judiciaire intercantonale – de la protection des données et de la transparence (cf., sur cette seconde autorité, *infra* N 217)

¹⁸² Art. 5 al. 1 et art. 6 al. 4 et 5 CPDT-JUNE.

¹⁸³ Art. 6 al. 1 CPDT-JUNE.

¹⁸⁴ Art. 8 CPDT-JUNE.

¹⁸⁵ Art. 45-46 CPDT-JUNE.

¹⁸⁶ Cf. l'avis exprimé lors de la consultation de l'avant-projet de CPDT-JUNE (cf. SERVICES JURIDIQUES JU/NE [2011], p. 49).

Les conférences intercantionales. – Comme évoqué, une autre organisation intercantonale consiste à créer des organes intercantonaux collégiaux au sein desquels les cantons délèguent leurs représentants. Il s'agit là d'une forme d'organisation corporative qui ressemble à celle de la société simple de droit privé ou de l'association et que l'on désigne souvent de manière générique par le qualificatif de « conférences intercantionales »¹⁸⁷.

194

En pratique, ces conférences permettent un échange d'informations et d'avis dans un cadre institutionnalisé. Elles servent avant tout à assurer une coordination des politiques et des tâches cantonales, très souvent dans des domaines sectoriels faisant déjà l'objet de mécanismes de collaboration (p. ex. un échange intercantonal de prestations ; p. ex. *infra* N 206). Il n'empêche qu'il n'est pas rare que les cantons les dotent de pouvoirs importants, c'est-à-dire du pouvoir d'adopter des recommandations à leur intention, voire de prendre des décisions politiques ou d'adopter des réglementations valables pour l'ensemble des cantons partenaires¹⁸⁸.

L'exemple de la CIIP. – Compte tenu de l'obligation constitutionnelle d'assurer une coordination intercantonale dans le domaine de la scolarité et de la formation (*supra* N 96), c'est bien évidemment dans ce domaine qu'existe l'exemple le plus illustratif de conférence régionale pour la Suisse romande. En appui de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP), laquelle est responsable de la coordination nationale en matière d'éducation et de culture, la Conférence intercantonale de l'instruction publique de la Suisse romande et du Tessin (CIIP) assure la coordination au niveau des cantons latins et promeut la coopération en matière de politique éducative et culturelle en Suisse romande. Elle le fait sur la base combinée du concordat intercantonal du 29 octobre 1970 concernant la coordination scolaire (C-CS)¹⁸⁹ et de la convention scolaire romande du 21 juin 2007 (CSR)¹⁹⁰.

195

L'Assemblée plénière de la CIIP, dont le secrétariat se trouve à Neuchâtel, réunit les conseillers d'État et les ministres en charge de l'éducation des huit cantons latins, canton de Berne compris. Elle dispose de compétences importantes, notamment celle d'adopter une réglementation d'application de la CSR, d'édicter un plan d'études romand et d'adopter des recommandations dans des domaines ne relevant pas obligatoirement de la CSR¹⁹¹.

196

¹⁸⁷ Sur la difficulté de définir la nature juridique exacte de certaines conférences intercantionales, de même que leur éventuelle personnalité juridique, voir MEYER M. (2006), spéc. p. 6-13, ainsi que WALDMANN (2005/I), p. 4-12.

¹⁸⁸ Voir aussi notamment AUER (2016), N 804.

¹⁸⁹ P. ex. RSV 400.91.

¹⁹⁰ P. ex. RSJU 410.103.

¹⁹¹ Cf. art. 3 al. 2, art. 7 et art. 17 CSR.

Les commissions interparlementaires et les constituantes. – Les cantons peuvent bien sûr choisir d'instituer des autorités intercantionales régionales conventionnelles « provisoires » pour un projet ponctuel de collaboration intercantonale. Les commissions interparlementaires que les cantons peuvent – voire doivent – instituer lors de l'élaboration de projets de conventions intercantionales représentent des exemples typiques d'organes régionales conventionnelles ponctuelles (sur la question, *infra* N 402 et 1052 ss).

L'exemple « extrême » consiste en la mise sur pied d'une assemblée constituante intercantonale chargée d'élaborer et d'adopter un projet de constitution cantonale pour un canton issu de la fusion des cantons partenaires. Comme a déjà eu l'occasion de le souligner le Tribunal fédéral, une telle assemblée ne constitue pas un organe propre au futur canton (« *nicht etwa ein[en] Organ des [neuen] Kantons* »), mais bien un organe commun à plusieurs cantons qui pourrait être rapproché, dans un certain sens, d'une assemblée de délégués d'une association de communes provisoire (« *sondern eine gemeinschaftliche Behörde der [Kantone], die in dieser Beziehung einen Zweckverband bilden* »)¹⁹². Les assemblées constituantes intercantionales sont donc des autorités régionales conventionnelles à part entière. Nous les traiterons ponctuellement dans la présente thèse (voir notamment *infra* N 863 et 906 s.).

2. Les établissements autonomes de droit public intercantonal

197 *La problématique.* – Lorsqu'il s'agit de créer des institutions intercantionales régionales dotées de compétences et/ou de moyens importants et que la création d'un simple service administratif intercantonal n'est pas opportune compte tenu de la tâche à régionaliser, il est généralement possible d'envisager, sur un plan théorique, deux voies politiques différentes. Il s'agit de mettre l'accent soit sur le but de la collaboration (l'exécution d'une tâche publique), soit sur le moyen utilisé pour exécuter la tâche publique considérée (la collaboration entre cantons).

Dans le premier cas, l'idée principale est que les cantons mettent en commun des biens et des moyens en personnel en vue de former une unité juridique distincte qui poursuit un but d'utilité publique, sous la forme de ce que l'on appelle en principe un « établissement autonome de droit public intercantonal ». Dans le second cas, l'intention des cantons partenaires est de se regrouper et de s'organiser en une unité juridique distincte pour poursuivre de façon durable un but d'intérêt public déterminé, sous la forme de ce qu'on appelle en principe une « corporation de droit public intercantonal » (voir aussi sur la question, *supra* N 170).

¹⁹² ATF 61 I 166, consid. 7.

Les établissements scolaires et de formation en Suisse romande. – En pratique, les cantons ont choisi de créer de nombreux établissements autonomes de droit public intercantonal afin d'organiser de manière commune des institutions de formation. En Suisse romande, l'exemple le plus typique est probablement la *Haute école spécialisée de Suisse occidentale* (HES-SO) dont le siège est à Delémont, mais qui développe et coordonne les activités de formation et de recherche de près d'une trentaine de hautes écoles des sept cantons francophones, le canton de Berne y compris¹⁹³. Illustrant à merveille l'intercantonalisation croissante de la formation, d'ailleurs imposée par la Constitution fédérale (sur la question, *supra* N 96), la HES-SO chapeaute elle-même une haute école également constituée en établissement autonome de droit public intercantonal par les trois cantons de l'arc jurassien (cantons de Berne, du Jura et de Neuchâtel). Il s'agit de la *Haute École Arc* (HE-ARC) dont le siège officiel est à Neuchâtel, mais qui dispose de sites administratifs et de formation dans les trois cantons partenaires¹⁹⁴.

Ces trois derniers cantons avaient auparavant déjà créé une haute école pédagogique commune sous la forme d'un établissement autonome de droit public intercantonal, la *Haute École Pédagogique BEJUNE* (HEP BEJUNE), dont le siège officiel se trouve à Porrentruy, dans le canton du Jura, mais dont l'organisation opérationnelle est décentralisée dans les différents cantons¹⁹⁵. Quant aux cantons de Vaud et de Fribourg, ils ont également mis sur pied un établissement autonome de droit public intercantonal, lorsqu'ils ont décidé de créer, à Payerne, un lycée commun pour les deux cantons, le *Gymnase intercantonal de la Broye* (GIB)¹⁹⁶.

Les établissements de formation en Suisse alémanique. – Il existe, en Suisse, de nombreux autres établissements de formation prenant la forme de l'établissement autonome de droit public intercantonal. S'il n'est pas utile de tous les citer, nous mentionnerons ici les exemples suivants sur lesquels nous reviendrons plus spécialement dans la présente thèse, tant ils représentent des exemples intéressants pour celle-ci : l'Université de Bâle (*Universität Basel*), constituée comme un établissement commun entre les deux cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne¹⁹⁷, la Haute École Spécialisée de la Suisse du Nord-

¹⁹³ Voir la convention intercantonale sur la Haute école spécialisée de Suisse occidentale (HES-SO) du 26 mai 2011 (C-HES-SO; p. ex. RSJU 414.71).

¹⁹⁴ Voir la convention sur la Haute école ARC Berne-Jura-Neuchâtel du 24 mai 2012 (C-HE-ARC; p. ex. RSJU 414.75).

¹⁹⁵ Voir le concordat intercantonal créant une Haute école pédagogique commune aux cantons de Berne, Jura et Neuchâtel (HEP-BEJUNE) du 5 juin 2000 (C-HEP-BEJUNE; p. ex. RSJU 410.210).

¹⁹⁶ Voir la convention intercantonale sur la création et l'exploitation du Gymnase intercantonal de la Broye du 9 décembre 2002 (CIGB VD/FR; p. ex. RSF 412.1.8).

¹⁹⁷ Voir la convention conclue à cette fin le 27 juin 2006 (Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel; V-Unibas; p. ex. SG BS 442.400).

Ouest, établissement dont le siège est à Windisch dans le canton d'Argovie et qui associe ce canton à ceux de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne et de Soleure (*Fachhochschule Nordwestschweiz*; FHNW)¹⁹⁸, et, enfin, l'École intercantonale de police d'Hitzkirch, dans le canton de Lucerne (*Interkantonale Polizeischule Hitzkirch*). Cette école représente un établissement intercantonal dont la nature régionale peut encore être admise bien qu'elle serve à la formation des aspirants policiers de onze cantons de la Suisse du Nord-Ouest et de la Suisse centrale (voir sur la définition de la région, *supra* N 114 ss)¹⁹⁹.

199 *Les établissements hospitaliers.* – Un autre domaine où l'on rencontre des collaborations intercantionales organisées sous la forme de l'établissement autonome de droit public intercantonal est celui de la santé. C'est le cas de l'*Hôpital Chablais-Riviera* ainsi que celui de l'*Hôpital intercantonal de la Broye*, hôpitaux qu'a créés le canton de Vaud sur son territoire en collaboration avec le canton du Valais, respectivement avec le canton de Fribourg²⁰⁰. Le fait n'étonne pas vraiment dans la mesure où de nombreuses institutions de santé cantonales – tels que les hôpitaux cantonaux – prennent déjà la forme d'établissements autonomes.

200 *Les établissements de sécurité et de surveillance.* – Ce qui est plus intéressant est que les cantons ne choisissent pas la forme de l'établissement autonome intercantonal uniquement lorsqu'ils décident de collaborer dans les domaines relevant de l'administration de prestation, comme la formation et la santé, mais également dans les domaines relevant de l'administration de restriction ou de police. Il existe en effet aujourd'hui beaucoup d'institutions d'exécution des peines et de surveillance administrative prenant la forme d'un établissement autonome de droit intercantonal. On citera ici l'exemple extrêmement ancien de la prison intercantonale de Bostadel (*Interkantonale Strafanstalt Bostadel*) qu'ont créée conjointement les cantons de Bâle-Ville et de Zoug en 1973 déjà²⁰¹.

Comme le droit fédéral l'envisage désormais (*supra* N 105), il existe aussi plusieurs établissements autonomes de droit public intercantonal qui exercent la surveillance des fondations de prévoyance, voire des fondations classiques

¹⁹⁸ Voir la convention conclue à cette fin entre le 27 octobre 2004 et le 19 janvier 2005 (Staatsvertrag zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW); Staatsvertrag FHNW; p. ex. SAR 426.070).

¹⁹⁹ Voir la convention conclue à cette fin le 25 juin 2003 (Konkordat über Errichtung und Betrieb einer interkantonalen Polizeischule Hitzkirch; K-Polizeischule Hitzkirch; p. ex. GDB 510.3).

²⁰⁰ Voir la convention intercantonale sur l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais du 17 décembre 2008 (C-HIRC VD/VS; p. ex. RSV 810.94) et la convention intercantonale sur l'Hôpital intercantonal de la Broye (HIB) Vaud-Fribourg du 21 août 2013 (C-HIB VD/FR; p. ex. RSF 822.0.7).

²⁰¹ Voir la convention conclue à cette fin entre le 27 février et le 19 mars 1973 (Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Zug zur Errichtung und zum Betrieb einer gemeinsamen Strafanstalt im Bostadel (Kanton Zug); V-Bostadel; SG BS 258.500).

établies sur le territoire des cantons partenaires²⁰². En Suisse romande, il en va ainsi de l'*Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale* (AS-SO), laquelle se fonde sur une convention intercantonale qui regroupe les cantons de Vaud, du Valais, de Neuchâtel et du Jura²⁰³.

Les deux cantons bâlois ont quant à eux créé des établissements communs dans le domaine du contrôle des véhicules et du contrôle de la navigation : d'un côté, depuis 1974 déjà, l'établissement *Motorfahrzeug-Prüfstation beider Basel* dont le siège est à Münchenstein et, de l'autre, depuis 2006, les *Ports Rhénans Suisses* (*Schweizerische Rheinhäfen*) dont le siège se trouve à Birsfelden, également dans le canton de Bâle-Campagne²⁰⁴.

Vers des établissements intercantonaux de police ? – À l'avenir, il n'est pas exclu que d'éventuelles fusions de polices cantonales passent également par la constitution d'établissements autonomes de droit public intercantonal. C'est en tout cas sous cette forme qu'avait été envisagée la fusion des polices des deux cantons de l'arc jurassien que sont les cantons de Neuchâtel et du Jura²⁰⁵. De même, les cantons de Suisse centrale qui avaient eux aussi projeté de fusionner certaines de leurs unités de police avaient prévu de le faire par le truchement d'établissements intercantonaux de droit public²⁰⁶.

L'établissement intercantonal comme modèle classique. – Il existe donc de nombreuses institutions cantonales qui ont été qualifiées – ou auraient dû l'être – d'établissements autonomes de droit public intercantonal, et ce dans des do-

201

²⁰² Voir, en particulier, Konkordat über die Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht du 19 avril 2004 (K-ZBSA; p. ex. SRL 200a), Interkantonale Vereinbarung über die Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht du 26 septembre 2005 (V-BVG-Aufsicht Ostschweiz; p. ex. sGS 355.01) et Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel du 14 juin 2011 (BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag; V-BVG-Aufsicht BS/BL; p. ex. SG BS 833.100).

²⁰³ Voir le Concordat sur la création et l'exploitation de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale du 23 février 2011 (C-AS-SO; p. ex. RSV 831.95). Cette convention mutualise en priorité la surveillance des fondations de prévoyance. Les cantons de Vaud et de Neuchâtel ont cependant délégué à l'AS-SO la charge supplémentaire de surveiller les fondations classiques domiciliées sur leur territoire (voir art. 3 al. 2 C-AS-SO en lien, p. ex., art. 14a de loi neuchâteloise concernant l'introduction du code civil suisse du 22 mars 1910 [LI-CC NE; RSN 211.1]).

²⁰⁴ Voir les conventions conclues en ce sens le 17 décembre 1974 et les 13 et 20 juin 2006 (Vereinbarung betreffend die Motorfahrzeugprüfstation beider Basel; V-Prüfstation BS/BL; p. ex. SGS BL 481.5; aussi Staatsvertrag über die Zusammenlegung der Rheinschiffahrtsdirektion Basel und der Rheinhäfen des Kantons Basel-Landschaft zu einer Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit unter dem Namen « Schweizerische Rheinhäfen » [« Ports Rhénans Suisses », « Swiss Rhine Ports »]; Rheinhafen-Vertrag; p. ex. SG BS 955.400).

²⁰⁵ Voir CoDIR PAJ (2013), p. 45; aussi CONSEIL D'ÉTAT NE (2013), p. 4.

²⁰⁶ Cf. art. 40 al. 2 de l'avant-projet de la convention « Polizeikonkordat Zentralschweiz » du 17 février 2006.

maines très divers. En comparaison, il n'existe qu'extrêmement peu d'institutions intercantionales qui prennent la forme de corporations autonomes de droit public intercantonal²⁰⁷. D'ailleurs, après avoir fonctionné comme l'une des seules corporations autonomes de droit public intercantonal, la Haute École de Suisse centrale (*Fachhochschule Zentralschweiz*) a été réorganisée en un établissement autonome de droit public intercantonal en 2012²⁰⁸.

L'établissement autonome de droit public intercantonal s'avère donc être la forme la plus courante en matière d'organisation régionale intercantonale dès lors qu'il s'agit d'institutionnaliser de manière poussée la collaboration entre cantons²⁰⁹. La Conférence des gouvernements cantonaux de Suisse centrale (*Zentralschweizer Regierungskonferenz ZRK*) a d'ailleurs élaboré un modèle-type de convention organisatrice régionale relative à la création d'un tel établissement²¹⁰. Celui-ci est en quelque sorte pour la collaboration intercantonale ce qu'est l'association de communes pour la collaboration intercommunale.

202 *Des établissements à l'organisation « corporative ».* – La ressemblance entre l'établissement autonome intercantonal et l'association de communes ne se limite pas à une similitude fonctionnelle. En pratique, les deux formes d'organisations régionales présentent également des similitudes organisationnelles importantes qui font que l'établissement intercantonal ressemble, pour ainsi, dire davantage à une *association de communes* qu'à un *établissement cantonal autonome*. Remarquons d'ailleurs que les cantons envisagent régulièrement la forme de l'établissement intercantonal afin d'intercantonaliser des tâches étatiques qui, lorsqu'elles sont (encore) exécutées de manière intercommunale, font habituellement l'objet d'une association de communes (p. ex. police intercommunale ; *supra* N 200).

Certes, comme l'établissement cantonal autonome, l'établissement intercantonal est doté d'une personnalité juridique distincte des cantons qui le créent par convention. Il est nécessaire que l'établissement puisse, par le biais de ses

²⁰⁷ Nous mentionnerons ici l'exemple du « Konkordat der Kantone Uri, Schwyz und Zug betreffend die psychiatrische Versorgung (Psychiatriekonkordat) » (voir art. 2 K-Psychiatrie UR/SZ/ZG). La corporation en question se rapproche cependant fortement d'une simple conférence intercantonale (*supra* N 194).

²⁰⁸ Voir la convention conclue à cette fin le 15 septembre 2011 (*Zentralschweizer Fachhochschul-Vereinbarung*; V-FHZ; p. ex. SRL 520); aussi REGIERUNGSRAT LU (2012), p. 36.

²⁰⁹ Voir d'ailleurs, CONSEIL D'ÉTAT GE (2006), p. 20 : « Par organisme responsable commun, on entend, selon l'art. 10 ACI "une organisation ou une installation commune à deux cantons ou plus, qui a pour but de fournir certaines prestations dans le cadre de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges". Les cantons sont libres dans le choix de la forme d'organisation de cet organisme. Toutefois, l'établissement de droit public est privilégié. »

²¹⁰ Voir ZRK (2003/III).

propres organes, passer des contrats, être propriétaire, exprimer sa volonté. Toutefois, sur le plan de l'autonomie organique, les établissements intercantonaux présentent quelques traits caractéristiques que l'on prête généralement aux corporations de droit public. En effet, il est en principe prévu que l'organe central de l'établissement intercantonal – appelé « conseil de surveillance », « conseil d'établissement », « comité intergouvernemental » ou « comité stratégique » – se compose en totalité ou en grande partie de représentants des cantons partenaires, lesquels sont très souvent issus directement des gouvernements de ces cantons ou, à tout le moins, nommés par eux²¹¹. Les parlements des cantons sont quant à eux représentés au sein de commissions interparlementaires de contrôle censées exercer une forme de haute surveillance sur l'établissement (*infra* N 798 ss).

Conclusion. – En définitive, la création d'un établissement intercantonal permet généralement aux cantons d'exécuter une tâche publique de manière commune tout en gardant une influence directe sur le fonctionnement de l'établissement créé, donc sur l'exécution de la tâche régionalisée. Pour reprendre les mots des gouvernements cantonaux bâlois, l'« établissement autonome de droit public intercantonal » représente une forme d'organisation qui, paradoxalement, compte tenu de sa flexibilité, « *wahrt die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der Vertragskantone* »²¹². Dans cette mesure, l'établissement intercantonal présente certains traits corporatifs²¹³, à l'instar de l'association de communes et contrairement à l'établissement cantonal qui vise généralement à accorder à une entité décentralisée une autonomie réelle dans l'exécution d'une tâche publique²¹⁴.

203

²¹¹ ZRK (2003/III), p. 4; voir, entre autres, art. 18 C-HES-SO; art. 27 al. 2 C-HE-ARC; art. 9 C-HIRC VD/VS; art. 14 CIGB; art. 6 C-AS-SO; art. 11 C-HEP-BEJUNE; art. 11 al. 1 V-Bostadel; art. 6 al. 1 V-Prüfstation BS/BL; art. 12 al. 2 Rheinhafen-Vertrag; art. 7 al. 2 K-Polizeischule Hitzkirch; art. 11 V-Bostadel; art. 18 V-FHZ.

²¹² REGIERUNGSÄTTE BS/BL (2011), p. 3; aussi CONSEIL D'ÉTAT VD (1998), qui évoque un « régime d'autonomie relative ».

²¹³ Voir notamment TANQUEREL (2011), N 146, pour qui, « les corporations de droit public se caractérisent généralement par une plus grande autonomie dans la détermination de leur organisation (...) et par les droits de participation à la conduite des affaires accordés à leurs "membres" »; aussi TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 2 ad §8, selon lesquels « *[b]egrenzt wird die Freiheit der Selbstverwaltung durch die Aufsicht des Gemeinwesens, dem die Körperschaft zugeordnet ist* ».

²¹⁴ On pourrait même se demander si, dogmatiquement, certains organismes intercantonaux ne devraient pas être qualifiés plutôt de corporations autonomes de droit public intercantonal plutôt que d'établissements, dans la mesure où ils réunissent plusieurs sujets de droit public (cf. ZRK [2003/III], p. 1, et VOGEL [2009], p. 566, se demandant si la distinction est utile; aussi AUER [2006], N 806, relevant que la classification opérée jusqu'à présent par les cantons suit plus des considérations pragmatiques que dogmatiques).

3. Les acquisitions et les échanges intercantonaux de prestations

204 *En général.* – Au lieu de créer une institution commune chargée de remplir une tâche au profit de tous, les cantons peuvent choisir de déléguer une partie de leurs tâches à un autre canton ou à une institution autonome appartenant à un autre canton. Le procédé peut consister en une délégation réciproque de compétences ou en un échange de prestations, mais il peut également intervenir « unilatéralement » et donner lieu au paiement de contributions financières par un canton. Un tel procédé – qui se révèle déjà ancien dans quelques domaines particuliers – semble s'élargir à l'ensemble des activités étatiques²¹⁵. Comme le système de la convention d'adhésion (ou de commune-siège) qui représente son pendant intercommunal, cette forme de collaboration – pour laquelle la *Zentral-schweizer Regierungskonferenz* a également élaboré un modèle-type de convention intercantonale (aussi *supra* N 201)²¹⁶ – est aujourd'hui envisagée dans des domaines extrêmement variés et importants.

205 *Le domaine de la formation.* – Les cantons procèdent depuis très longtemps à l'acquisition de prestations auprès d'autres cantons, notamment dans le domaine de la scolarité et de la formation. Il existe en effet de nombreuses conventions intercantionales par lesquelles des cantons s'engagent – le cas échéant de manière réciproque – à accueillir au sein de leurs établissements scolaires ou de formation des personnes qui n'habitent pas leur territoire. Il s'agit notamment d'autoriser une partie de la population à suivre une scolarité ou une formation dans un lieu qui n'est pas sur le territoire de son canton de domicile, mais qui est plus proche de sa commune de domicile.

L'exemple de l'arc jurassien. – On mentionnera ici à titre illustratif la convention trilatérale conclue par les cantons de Berne, du Jura et de Neuchâtel réglant la question de la mobilité des jeunes habitants des cantons signataires dans le domaine de la formation post-obligatoire, c'est-à-dire des écoles dites moyennes²¹⁷.

206 *Le domaine de la détention.* – De même, les cantons procèdent depuis longtemps et de manière intensive à l'acquisition réciproque de prestations dans le domaine de l'exécution des peines. Le procédé est d'ailleurs expressément prévu par le droit fédéral, comme nous l'avons déjà vu (sur la question, *supra* N 97). Actuellement regroupés en trois régions (Suisse latine, Suisse nord-occidentale, Suisse orientale), les cantons se sont engagés à mettre à disposition

²¹⁵ Le Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale (cf. GROUPE DE TRAVAIL CST. [1973], p. 326) évoquait d'ailleurs déjà la nécessité de développer une telle forme de collaboration intercantonale qui permette une certaine forme de « répartition du travail » entre cantons et qu'il qualifie de « centres de gravités ».

²¹⁶ Cf. ZRK (2003/II).

²¹⁷ Convention entre Berne, Jura et Neuchâtel sur les contributions aux frais d'enseignement du 1^{er} juillet 2015 (C-BEJUNE; p. ex. RSB 439.15-1).

des autres cantons de leur région les établissements en vue de la détention des personnes majeures ou mineures que ceux-ci ont condamnées²¹⁸.

Les cantons romands ainsi que le canton du Tessin sont liés par deux conventions intercantionales, en l'occurrence le concordat sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins du 10 avril 2006 (Concordat latin sur la détention pénale des adultes; CLDPA)²¹⁹ et le concordat sur l'exécution de la détention pénale des personnes mineures des cantons romands (et partiellement du Tessin) du 24 mars 2005 (CEDPM)²²⁰. Ces deux conventions mettent en place, entre autres, un système de mise à disposition des établissements pénitentiaires des cantons partenaires pour l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures prononcées par ces mêmes cantons. Pour le reste, elles instituent différentes conférences intercantionales, dont les principales sont la *Conférence latine des autorités cantonales compétentes en matière d'exécution des peines et des mesures* et la *Conférence du Concordat sur l'exécution de la détention pénale des personnes mineures de Suisse romande*, lesquelles sont composées des différents conseillers d'État et ministres en charge du département de la justice des cantons partenaires et sont chargées d'assurer le bon fonctionnement de la collaboration régionale (sur les conférences régionales, *supra* N 194 s.).

L'exécution de prestations sur le territoire d'un autre canton. – Dans le domaine de l'éducation et de la formation, de même que dans le domaine pénitentiaire, le canton délégataire fournit une prestation pour le compte d'un ou de plusieurs cantons sur son propre territoire. La tâche effectuée n'a pas de conséquence ou de résultat sur le territoire du canton commanditaire. Cependant, à l'instar de ce qui prévaut en matière intercommunale, il peut arriver que les cantons conviennent que l'un d'entre eux doive exécuter une tâche déterminée sur le territoire d'un autre canton, telle qu'une tâche de police ou sens étroit ou une tâche de surveillance administrative. C'est même là une tendance croissante de la collaboration intercantonale.

L'exemple de la police des autoroutes. – Depuis des lustres, certaines polices cantonales peuvent agir sur le territoire d'un autre canton. En 1967, le législateur fédéral avait même jugé utile de compléter la LCR en ce sens (*supra*

²¹⁸ Parfois, les cantons délèguent en plus leurs tâches d'assistance de probation à un autre canton. C'est ainsi que le canton de Saint-Gall exécute l'assistance de probation pour le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures (cf. OFJ [2014], p. 50).

²¹⁹ P. ex. RSJU 349.1.

²²⁰ P. ex. RSJU 349.2. Les cantons de Genève, de Vaud et de Neuchâtel ont au surplus conclu entre eux un concordat sur l'exécution de la détention administrative à l'égard des étrangers du 4 juillet 1996 (CEDA; p. ex. RSG F 2 12) qui concerne le régime de détention, l'exécution de la détention de phase préparatoire et l'exécution de la détention en vue du refoulement.

N 98). Ainsi de nombreux cantons ont conclu – durant les années soixante essentiellement – des conventions intercantionales réglant l'exercice de la police de la circulation par des agents de la police cantonale d'un autre canton sur les tronçons d'autoroute se situant sur leur territoire. Même si elle est aujourd'hui abrogée, on mentionnera la convention entre la République et canton de Genève et le canton de Vaud relative à l'exercice de la police de la circulation sur les sections genevoises de l'autoroute Genève-Lausanne (route nationale n° 1) du 22 mai 1964 (aCEPC GE/VD)²²¹. Il en existe encore de nombreuses autres en Suisse, comme la convention intercantonale conclue le 5 avril 1966 par les cantons de Berne et de Soleure réglant les droits d'intervention réciproques des polices cantonales des deux cantons sur le tronçon d'autoroute entre Koppigen et Oensingen²²².

209 *L'exemple de la police du lac.* – Le type d'organisation régionale policière qui vient d'être présenté existe également en matière de police de la navigation. Ainsi, les gouvernements cantonaux des cantons de Neuchâtel, Vaud et Fribourg ont conclu une convention afin de régler l'organisation et la gestion de la police du lac de Neuchâtel et remédier à l'insuffisance des contrôles sur les eaux neuchâteloises liées à la carence en ressources humaines et matérielles de la Police neuchâteloise. Il s'agit de la convention intercantonale relative à l'organisation et à la gestion de la police du lac de Neuchâtel du 15 août 2014 (C-Police du Lac NE)²²³. Selon cette convention, les polices cantonales fribourgeoise et vaudoise doivent assurer la surveillance des eaux neuchâteloises et disposent pour ce faire des mêmes droits d'intervention sur l'ensemble du lac pour poursuivre les objectifs.

210 *L'acquisition de prestations de surveillance en Suisse romande.* – Si les cantons achètent des prestations policières comprises au sens strict, il arrive également qu'ils achètent à d'autres cantons des prestations relevant plus généralement de l'administration de police au sens large. Certains cantons délèguent en effet à d'autres l'exécution de tâches de surveillance, comme la compétence de délivrer des autorisations de police, pour leur propre compte.

Par exemple, le canton de Fribourg – qui n'a pas souhaité s'associer aux cantons romands en matière de surveillance des institutions de prévoyance professionnelle (*supra* N 200) – a préféré confier la surveillance des institutions

²²¹ ROLG 1964 159.

²²² Cf. la convention entre les cantons de Berne et de Soleure relative à l'exercice de la police de la circulation sur la N1 du 5 avril 1966 (Vereinbarung zwischen den Kantonen Bern und Solothurn über die Autobahnpolizei auf der N1 zwischen Koppigen [Kantonsgrenze] und Oensingen; V-Autobahnpolizei BE/SO; p. ex. BGS 511.551.1).

²²³ P. ex. RSF 785.5. Il est intéressant de remarquer que la convention intercantonale en question n'a même pas été publiée dans le canton de Neuchâtel, ni dans la feuille officielle, ni dans le recueil officiel ou systématique des lois neuchâteloises.

ayant leur siège dans le canton à l'Autorité bernoise de surveillance des institutions de prévoyance et des fondations (ABSPF). À cette fin, le Conseil d'État fribourgeois a conclu avec le canton de Berne, le 1^{er} décembre 2011, une convention relative à la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle ayant leur siège dans le canton de Fribourg (ci-après C-Surveillance LPP FR/BE)²²⁴.

L'acquisition de prestations de surveillance en Suisse alémanique. – Il existe évidemment d'autres exemples d'acquisition de prestations de surveillance entre cantons, notamment dans les cantons alémaniques. Les cantons de Zurich et de Schaffhouse connaissent par exemple une organisation similaire à celle qui existe entre les cantons de Berne et de Fribourg dans le domaine de la surveillance des caisses de prévoyance²²⁵. Dans un autre domaine, le préposé à la protection des données nommé par le canton de Schwyz est appelé à exercer cette fonction pour les cantons d'Obwald et de Nidwald, conformément aux lois de chacun de ces deux cantons²²⁶. C'est également le cas du canton de Bâle-Ville – par l'intermédiaire des « Ports Rhénans Suisses » – qui exerce diverses fonctions en lien avec la navigation sur le Rhin pour le canton d'Argovie²²⁷.

C. Les modèles et exemples d'organisations judiciaires régionales

La problématique. – Le phénomène de la régionalisation conventionnelle concerne toutes les fonctions et tâches étatiques, ce qui inclut les compétences judiciaires cantonales, voire les compétences judiciaires communales résiduelles. En un certain sens, la régionalisation judiciaire représente un volet du phénomène global qu'est celui du développement des organisations régionales conventionnelles, au même titre que, par exemple, la régionalisation des établissements de formation. Il se justifie toutefois de présenter de manière distincte les modèles d'organisations régionales conventionnelles dans le domaine judiciaire pour deux raisons au moins.

211

²²⁴ RSF 841.4.12.

²²⁵ Voir la convention intercantonale relative à la surveillance des institutions de prévoyance professionnelle ayant leur siège dans le canton de Schaffhouse du 5 décembre 2011 (Vereinbarung zwischen dem Kanton Schaffhausen und der BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich betreffend die Aufsicht über Einrichtungen der beruflichen Vorsorge; V-BVG-Aufsicht ZH/SH; p. ex. SHR 831.410).

²²⁶ Cf. art. 1 et 2 de la convention intercantonale entre les cantons de Schwyz, d'Obwald et de Nidwald sur la collaboration en matière de protection des données du 30 juillet 2008 (Vereinbarung des Kantons Schwyz mit den Kantonen Obwalden und Nidwalden über die Zusammenarbeit bei der Aufsicht im Datenschutz; V-Datenschutz SZ/OW/NW; p. ex. GDB 137.2).

²²⁷ Cf. art. 10 de la convention intercantonale entre les cantons de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne et d'Argovie sur la navigation sur le Rhin du 24 juin, 6 octobre et 21 novembre 1997 (Vereinbarung zwischen den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Aargau in Rheinschiffahrts- und Hafenangelegenheiten; V-Rheinschiffahrt; p. ex. SAR 997.010).

Premièrement, le phénomène de régionalisation des compétences judiciaires – qui représente une compétence étatique hautement symbolique – doit respecter un cadre constitutionnel quelque peu différent de celui qui prévaut dans d'autres domaines. Secondement, le phénomène – même s'il est délicat sous l'angle du principe de souveraineté cantonale – est appelé à gagner en ampleur à l'avenir, non seulement parce que la régionalisation de l'exécution d'une tâche publique s'accompagne souvent d'une régionalisation de l'organisation judiciaire dans le domaine concerné, mais également parce que la régionalisation de l'organisation judiciaire pourrait représenter – et cela est nouveau – un objectif en soi à l'avenir.

212 *Plan.* – Si les modèles de régionalisation de l'organisation judiciaire sont présentés séparément pour les raisons qui précèdent, leur systématisation suit la même logique que celle des organisations intercantionales ou intercommunales ordinaires. Une organisation judiciaire régionale passe soit par la création d'instances judiciaires régionales communes (1), soit par la délégation de compétences judiciaires à une autre collectivité (2).

1. Les autorités judiciaires régionales communes

213 *En général.* – Comme évoqué très brièvement, la création par les cantons ou par les communes d'autorités judiciaires régionales communes peut trouver plusieurs explications. Elle peut, d'une part, représenter un but en soi, dans la mesure où elle permet une meilleure spécialisation des autorités judiciaires ou simplement un fonctionnement plus efficient de celles-ci. D'autre part, la mise en place d'autorités judiciaires communes à plusieurs collectivités publiques peut servir à faciliter le fonctionnement d'une collaboration existante et/ou à assurer l'application harmonisée de normes communes²²⁸. C'est l'objectif poursuivi par la grande majorité des autorités judiciaires régionales intercantionales existantes. Pour l'heure, celles-ci fonctionnent essentiellement comme des autorités de recours appelées à se prononcer sur des décisions ou des actes pris dans l'exécution d'une tâche publique organisée de manière régionale.

214 *Les autorités judiciaires intercommunales.* – Dans les cantons suisses dont la constitution connaît et impose encore des juges communaux élus par la population (juge de paix, juge-conciliateur, etc.)²²⁹, il est souvent admis que les

²²⁸ Voir, entre autres, COMM. DE LA PROTECTION DES DONNÉES JU (2010), p. 2; ZEHNDER (2007), p. 291.

²²⁹ Le phénomène de la régionalisation de l'organisation judiciaire est pour l'essentiel une problématique intercantonale. Le fait est que les communes n'ont jamais eu beaucoup de compétences en matière d'organisation judiciaire. Il arrive cependant qu'elles aient encore la compétence de nommer certains juges qui sont chargés d'officier comme « juge de paix » ou

communes peuvent créer un cercle judiciaire intercommunal. Le cercle constitue alors forcément une unique circonscription électorale pour l'élection d'un seul juge lors d'un scrutin populaire intercommunal. C'est notamment le cas dans certaines communes du district de Goms dans le canton du Valais, ainsi que dans certaines communes zurichoises qui se sont constituées en association de communes à cette fin²³⁰.

Les commissions de recours intercantionales. – Au niveau intercantonal, les instances judiciaires de recours régionales en matière administrative sont relativement nombreuses. Il n'est pas possible, ni utile de les citer toutes ici. Une grande partie d'entre elles ont été instituées pour qu'elles statuent contre les décisions prises par des établissements publics intercantonaux de formation, telles que les hautes écoles intercantionales.

L'exemple de la Commission de recours HES-SO. – L'exemple le plus important en Suisse romande représente la *Commission de recours HES-SO* formée de trois membres désignés par le Comité gouvernemental de l'établissement et chargée de statuer sur les recours contre les décisions prises par les instances de recours – cantonales ou intercantionales et de type administratif ou judiciaire – des sites de formation des cantons romands appartenant au réseau HES SO²³¹. Les cantons romands – Berne compris – ont institué cette autorité afin de parvenir à une plus forte intégration régionale entre les différentes hautes écoles membres de la HES-SO et d'assurer une certaine unité de la jurisprudence, notamment au sujet des questions d'admission, de promotion, des examens et de la certification finale²³².

On remarquera que les instances cantonales de recours précédant la Commission de recours HES-SO peuvent être elles-mêmes non seulement de type judiciaire, mais également intercantionales, comme c'est le cas de la commission

comme « juge-conciliateur » en matière civile ou certaines autorités judiciaires qui exercent essentiellement une juridiction gracieuse (p. ex. mise à ban, actes liés à une succession, etc.). Il existe dès lors quelques exemples d'intercommunalisation de cercles judiciaires communaux qui méritent d'être mentionnés et exposés dans la présente thèse compte tenu de leur importance sur le plan théorique.

²³⁰ Cf. art. 181 de la loi valaisanne sur les droits politiques du 13 mai 2004 (LcDP VS; RSVs 160.1) qui concrétise l'art. 63 al. 3 Cst. VS; SCHNYDER (2012), p. 8; voir aussi pour le canton de Zurich, art. 53 de la loi zurichoise sur l'organisation judiciaire en matière civile et pénale du 10 mai 2010 (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess; GOG ZH; LS 211.1) qui concrétise l'art. 75 al. 2 de la Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005 (Cst. ZH; RS 131.211); pour un exemple, voir le Vertrag über den Zweckverband Gemeinderechtspflege Kilchberg-Rüschlikon, non daté, consulté sur www.kilchberg.ch > Online-Schalter, le 6 février 2016.

²³¹ Art. 19 let. g et art. 35 al. 1 C-HES-SO.

²³² Cf. COMITÉS STRATÉGIQUES HES-SO ET HES-S2 (2011), p. 7; aussi, Commission de recours HES-S2, arrêt 04/01 du 21 juin 2004, consid. 1.1.

de recours propre à la Haute-École ARC, la *Commission de recours HE-ARC*²³³, si bien qu'il peut exister plusieurs instances judiciaires de recours intercantonaux successives.

Autres exemples. – Au niveau romand, en plus de la Commission de recours HES-SO et de la Commission de recours HE-ARC, il existe encore une autorité de recours judiciaire régionale, appelée « *Autorité concordataire de recours* », qui a remplacé l'ancienne *Autorité ad hoc de plainte* et qui statue sur les recours interjetés contre les décisions disciplinaires prononcées en application du droit intercantonal en matière de détention pénale des personnes mineures, ainsi qu'une *Commission de recours du Gymnase de la Broye*, organisée de manière intercantonale également²³⁴. D'autres autorités régionales du même type existent en Suisse alémanique, notamment la commission de recours de la Haute École de la Suisse du nord-ouest (*Beschwerdekommision FHNW*), la commission de recours de l'Université de Bâle (*Rekurskommission Unibas*) et la commission de recours de l'école de police d'Hitzkirch (*Unabhängige Rekurskommission der Polizeischule Hitzkirch*)²³⁵.

217 *Les autres tribunaux intercantonaux.* – La seule autorité judiciaire intercantonale qui ne représente pas une instance de recours est, à notre connaissance, la *Commission de la protection des données et de la transparence* instituée communément par le canton du Jura et le canton de Neuchâtel. En effet, ces deux cantons ne se sont pas limités à engager un préposé commun à la protection des données et à la transparence (*supra* N 193). Ils ont également jugé nécessaire de créer une autorité judiciaire intercantonale chargée de statuer en première instance sur les litiges que lui soumettent le préposé ou les particuliers par la voie d'une requête et qui relèvent du droit de la transparence et de la protection des données. La commission, dont le siège est à La Chaux-de-Fonds, est une autorité autonome et indépendante, composée de cinq membres, jurassiens et neuchâtelois, nommés de manière conjointe par le Conseil d'État neuchâtelois et le Gouvernement jurassien, ce pour une durée de cinq ans²³⁶.

218 *Les projets de tribunaux civils ou pénaux intercantonaux.* – À l'heure actuelle, il n'existe que des exemples de juridiction intercantonale administrative. Les autorités judiciaires intercantionales en matière civile et pénale sont toujours restées à l'état de simple projet, comme celui de Tribunal pénal des mineurs interjurassien.

Le projet de Tribunal des mineurs interjurassien. – Le 6 juin 1999, le Conseil-exécutif bernois et le Gouvernement jurassien avaient en effet établi conjointement une liste d'institutions communes envisageables et ont notamment imaginé, dans un premier temps, la

²³³ Cf. art. 53-58 C-HE-ARC.

²³⁴ Cf. art. 14^{bis}, 14^{quater} CEDPM; art. 22 CIGB.

²³⁵ Voir les références citées ci-après.

²³⁶ Art. 5 al. 1 et art. 7 CPDT-JUNE. En 2015, la commission était ainsi composée d'un ancien juge cantonal neuchâtelois, d'une juriste neuchâteloise, d'un ancien chef du Service juridique l'État de Neuchâtel, d'un avocat jurassien et d'un informaticien jurassien.

création d'un Tribunal des mineurs interjurassien²³⁷. Après plus de quinze ans, cette institution interjurassienne n'a toujours pas vu le jour. Le projet a pris du plomb dans l'aile après que le Grand Conseil bernois, contrairement à l'avis du Conseil-exécutif, a opté en 2009 pour le modèle du procureur des mineurs, alors que le canton du Jura, comme tous les autres cantons romands, a opté pour le modèle du juge des mineurs. Il est aujourd'hui pour ainsi dire abandonné²³⁸.

La réglementation des tribunaux intercantonaux. – Dans la majorité des cas, la question de l'organisation concrète de ces autorités judiciaires ainsi que celle de la procédure qui est applicable devant elles ne fait l'objet que de quelques dispositions dans la convention organisatrice régionale. En pratique, celle-ci se limite en principe à prévoir le domaine de compétences de l'autorité, la procédure de nomination par l'organe central de l'établissement ou de l'organisation intercantonale et un renvoi à des règles des procédures fédérales ou cantonales existantes²³⁹. Les cantons prévoient enfin régulièrement – mais pas toujours²⁴⁰ – que les autorités intercantionales judiciaires qu'ils instituent officient comme dernière instance cantonale au sens de l'art. 86 al. 2 LTF²⁴¹.

219

2. Les « délégations » de compétences judiciaires

En général. – L'autre façon de procéder à une régionalisation des compétences judiciaires cantonales ou communales consiste à déléguer à une instance judiciaire existante la compétence de statuer sur l'ensemble des litiges survenant au sein d'un territoire régional. Il s'agit là de procéder à l'acquisition d'une prestation étatique – en l'occurrence celle de rendre la justice – auprès d'une autre collectivité publique. Comme la création d'autorités judiciaires régionales communes, la délégation de compétences judiciaires peut représenter soit une fin en soi, c'est-à-dire l'objet de collaboration lui-même, soit un simple arrangement

220

²³⁷ Cf. n° 8 de la liste des institutions communes envisageables établie le 6 septembre 1999 par les gouvernements des cantons de Berne et du Jura, concrétisant l'accord-cadre portant sur la mise en place d'institutions communes des 3 et 4 avril 2001, les deux documents étant consultables sur <http://www.ajj.ch> > Textes adoptés par l'AIJ > Institutions communes, le 28 février 2015.

²³⁸ Cf. notamment le communiqué du Gouvernement jurassien du 4 mai 2010 (consulté sur <http://www.jura.ch/CHA/SIC/Centre-medias/Communiques-de-presse-2011/2010/Unification-de-la-procedure-penale-des-mineurs.html>, le 28 février 2015).

²³⁹ Voir notamment art. 35 C-HES-SO; art. 53 al. 3, 54 et 56 C-HE-ARC; art. 17-19 V-Polizeischule Hitzkirch; art. 33 Staatsvertrag FHNW; art. 22 CIGB; art. 30 et 41 V-Unibas.

²⁴⁰ Pour des exemples où l'autorité intercantonale ne représente qu'une autorité de recours intermédiaire précédant une autre autorité de recours cantonale ou intercantonale, cf. art. 54 et 56 C-HE-ARC; art. 20 V-Polizeischule Hitzkirch.

²⁴¹ Voir notamment art. 14^{quater} CEDPM; art. 33 al. 6 Staatsvertrag FHNW; art. 22 al. 1 CIGB.

accessoire censé faciliter le fonctionnement d'une organisation régionale conventionnelle dans un domaine donné.

221 *La « délégation » comme règle accessoire d'une collaboration.* – La plupart du temps, une « délégation » de compétences judiciaires – qui, comme nous le verrons, peut représenter une simple clause de rattachement juridictionnel (*infra* N 704) – s'opère parallèlement à la création d'un établissement de droit public intercantonal ou à la conclusion d'une convention intercantonale en vue de l'acquisition de prestations auprès d'un autre canton. En effet, les cantons prévoient alors très souvent que les litiges qui pourraient surgir en lien avec le fonctionnement de cette nouvelle organisation régionale sont du ressort général de l'une des instances judiciaires de l'un des cantons partenaires. L'idée est d'éviter un éventuel conflit ou *imbroglio* de compétences judiciaires cantonales, tout en s'épargnant la création et l'organisation d'une nouvelle autorité judiciaire intercantonale commune.

En général, c'est le tribunal cantonal du canton du siège de l'établissement intercantonal ou du canton prestataire de service qui jouera le rôle d'instance judiciaire appelée à se prononcer sur les actes et décisions pris au sein de l'organisation intercantonale (sur la question, *infra* N 1003).

L'exemple de la juridiction sur la HEP-BEJUNE et sur la HE-ARC. – À titre illustratif, les recours des étudiants de la HEP-BEJUNE doivent être adressés au Tribunal cantonal du canton du Jura en conformité avec le Code de procédure administrative jurassien, puisque cet établissement intercantonal a son siège à Porrentruy²⁴², alors que les recours du personnel contre les décisions de la commission de recours de la HE-ARC doivent être adressés au Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel où l'établissement a son siège, les deux hautes écoles représentant pourtant chacune une organisation commune aux trois mêmes cantons²⁴³.

222 *La cession de compétences judiciaires comme fin en soi.* – Pour l'heure, il est plutôt rare que des collectivités publiques aient cédé leurs compétences judiciaires au profit des autorités d'une autre collectivité dans l'unique but de collaborer dans le domaine de la justice (réduction des coûts de fonctionnement ou spécialisation des organes de justice). L'essentiel des exemples relève de la collaboration intercommunale.

Dans le canton de Berne, jusqu'en 2009, il incombait aux communes d'assurer l'organisation et le fonctionnement d'un tribunal du travail et d'un office de conciliation en matière de bail à loyer²⁴⁴. Une telle tâche n'était cependant guère à la portée des petites communes compte tenu de la nécessité de recruter des assesseurs dans chaque groupe professionnel. Dans ce cadre, les communes

²⁴² Art. 34 al. 3 C-HEP-BEJUNE.

²⁴³ Art. 55 C-HE-ARC.

²⁴⁴ Cf. art. 60-79 de la loi bernoise sur l'organisation des juridictions civile et pénale du 14 mars 1995, aujourd'hui abrogée (aLOJ BE; ROB 95-64).

suburbaines s'étaient souvent affiliées aux tribunaux des grands centres urbains – comme ceux de Berne et ceux de Thoune – par une convention d'adhésion (*supra* N 185). Elles renonçaient à nommer leurs propres juges et se soumettaient à la juridiction de la « commune-siège »²⁴⁵. Le droit cantonal leur permettait en effet à cet époque soit d'instituer une autorité commune, soit de « se joindre » à l'autorité existante dans une autre commune²⁴⁶.

La délégation de compétences en matière d'instruction pénale. – Au niveau intercantonal, c'est dans le domaine de la poursuite de la criminalité économique que l'on connaît pour l'heure les seuls cas de délégation de compétences « judiciaires » cantonales, ce pour autant que l'on entende cette notion dans un sens large.

223

On citera le cas du canton d'Obwald et du canton d'Uri qui ont décidé de collaborer avec le canton de Nidwald dans le domaine de l'instruction pénale de certaines affaires relevant de la criminalité économique²⁴⁷. Ces trois cantons ont conclu une convention organisatrice intercantonale par laquelle ils ont convenu que les procureurs nommés par le canton de Nidwald et spécialisés dans la criminalité économique étaient également compétents pour poursuivre ce type de criminalité dans le canton d'Uri et dans le canton d'Obwald. Le procureur nidwaldien ne peut toutefois intervenir que sur demande et sous la surveillance du procureur général de ces deux cantons. Les cantons parties à cette convention supportent ensemble le coût de fonctionnement de cette « autorité judiciaire cantonale aux compétences régionales »²⁴⁸.

²⁴⁵ OACOT BE (2000), p. 42 s.

²⁴⁶ Cf. art. 63 al. 2 et art. 71 al. 2 aLOJ BE. Une telle réglementation n'excluait toutefois pas l'élection d'un assesseur domicilié dans une commune affiliée (cf. OACOT BE [2000], p. 42).

²⁴⁷ Le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures aurait conclu il y a une vingtaine d'années une convention similaire avec le canton de Saint-Gall (cf. la convention intercantonale du 12 septembre 1995 conclue en ce sens, laquelle est évoquée par BRUNNER [2000], p. 216).

²⁴⁸ Cf. la convention intercantonale sur la collaboration en matière de poursuite de la criminalité économique du 12 octobre 2010 (Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Wirtschaftsdelikten; V-Wirtschaftsdelikte; p. ex. GBD 320.311), laquelle a remplacé l'ancienne convention intercantonale sur la collaboration en matière de poursuite de la criminalité économique du 21 août 1995 (Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Wirtschaftsdelikten; aV-Wirtschaftsdelikte; p. ex. OGS 1997, 2).

Chapitre 3 : Le défi(cit) démocratique de l'organisation intercantonale et intercommunale

I. La problématique en général

Introduction. – Comme nous l'avons exposé, l'organisation régionale conventionnelle représente l'un des moyens à disposition des cantons et des communes permettant à ces collectivités de surmonter les défis auxquels elles sont confrontées ou, simplement, d'améliorer l'efficacité de leur action. Elle répond ainsi, de manière assez générale, à un intérêt public. « Mais la rose a ses épines », pour reprendre les mots d'un parlementaire jurassien¹. En effet, cette forme institutionnalisée de collaboration intercantonale et intercommunale suppose l'aménagement d'une organisation étatique couvrant un territoire qui ne correspond évidemment pas aux espaces politiques traditionnels². Dans cette mesure, elle est forcément source d'un « déficit démocratique » en ce sens que la mise en place de cette collaboration, tout comme sa mise en œuvre, échappe en partie au contrôle des parlements et des populations des cantons et des communes parlementaires (A).

224

Pour faire face à ce déficit démocratique, les cantons ont adopté, ces dernières décennies, différentes nouvelles règles de procédure conventionnelle et de gouvernance intercantonale et intercommunale censées améliorer la légitimité démocratique des organisations régionales conventionnelles (B). Il n'en demeure pas moins que malgré cette évolution, il existe – et existera probable-

¹ Voir les propos de M. Serge Vifian, in: Journal des débats n° 7/2006, p. 191.

² Voir d'ailleurs ATF 95 I 49, consid. 3, où le Tribunal fédéral considère que l'association de communes « *gehört nicht, wie die Gemeinde, von alters her zum politischen Aufbau der Schweiz, sondern ist ein verhältnismässig neues, zur Erfüllung gewisser Gemeindeaufgaben geschaffenes Gebilde* ».

ment – toujours un dilemme entre l'intérêt public au développement d'une collaboration régionale efficace et celui d'une collaboration régionale démocratique (C).

A. Le déficit démocratique reproché à l'organisation conventionnelle

225 *En général.* – En principe, lorsque l'on envisage de développer des mécanismes de collaboration intercantonale ou intercommunale sous une forme institutionnalisée, les débats politiques mettent très vite en évidence ce que les opposants au projet dénoncent comme un « déficit démocratique ». Derrière ce reproche de déficit démocratique peuvent se cacher en réalité de nombreuses critiques. Celles-ci peuvent être classées, de manière résumée et simplifiée, en deux catégories distinctes : les critiques liées à la procédure de conclusion des conventions organisatrices et les critiques liées à la gouvernance de l'organisation régionale³.

226 *Lors de la création des organisations conventionnelles.* – Tout d'abord, il n'est pas rare que l'on reproche un certain déficit démocratique à la procédure qui a conduit – ou qui doit conduire – à la création des organisations intercantionales et intercommunales. En effet, il appartient généralement aux organes exécutifs cantonaux ou communaux de mener seuls les négociations portant sur l'élaboration des conventions organisatrices. Les parlements et, bien entendu, la population des communes ou des cantons concernés sont en principe exclus des négociations. Ils ont tout au plus la compétence d'accepter ou de refuser en bloc un projet de convention que leur exécutif leur propose. Ils ne peuvent en aucun cas l'amender (sur la question, *supra* N 399 ss et 1040).

Cette procédure d'élaboration et de conclusion des conventions a au moins deux conséquences négatives sur le plan de la légitimité démocratique des organisations régionales. D'une part, la création d'organisations régionales conventionnelles constitue un processus politique moins transparent que celui qui conduit habituellement à l'adoption des normes d'organisation cantonale ou communale. D'autre part, le parlement peut avoir l'impression de se retrouver, en quelque sorte, dans la position d'une « chambre d'enregistrement »⁴, contrainte d'accepter les conventions qui lui sont soumises, en particulier celles que le parlement des autres cantons ou communes partenaires ont déjà approuvées.

³ Pour une étude approfondie et comparée du déficit démocratique reproché à la collaboration intercantonale et à la collaboration intercommunale, voir IFF ET AL., (2009), p. 1-189; aussi MOSER C. (2010), p. 21; aussi TANQUEREL (2001), p. 21 s.

⁴ Pour cette expression, cf. notamment CACRI GE (2007), p. 4; pour le même constat dans le domaine de la collaboration intercommunale, cf. COMM. PARL. LC VD (2012), p. 29 s.

Exemple. – Récemment encore, les gouvernements des cantons d'Uri, de Schwyz et de Zoug ont même renoncé à soumettre à consultation le Konkordat der Kantone Uri, Schwyz und Zug betreffend die psychiatrische Versorgung, du 17 mars 2016 (Psychiatriekonkordat)⁵. Ils ont justifié ce raccourci procédural par le fait qu'il n'était possible de dire « *ohnehin nur zum Gesamten Ja oder Nein* » à un projet de convention, ce qui le distinguait d'un projet législatif ordinaire⁶.

Dans la gouvernance des organisations régionales en général. – Il est également possible de reprocher un « déficit démocratique » au fonctionnement même des organisations conventionnelles intercantionales et intercommunales. C'est bien évidemment le cas lorsque l'intercantonalisation ou l'intercommunalisation prend la forme d'une délégation pure et simple de pouvoir et de compétence à un autre canton ou une autre commune, par le biais de ce qu'on appelle une convention d'adhésion ou d'acquisition de prestations. Nous avons déjà évoqué ce problème (sur la question, *supra* N 185 et 204). Cependant, le fait est que, même lorsque la collaboration intercantonale ou intercommunale fait l'objet d'une organisation conventionnelle commune, son fonctionnement n'échappe pas non plus à un certain déficit démocratique. 227

La perte de moyens de contrôle politique direct. – Le déficit démocratique lié au fonctionnement des organisations communes découle, en premier lieu, du fait qu'en cédant une tâche publique ou une compétence cantonale ou communale à une organisation régionale, le corps électoral et le parlement d'une commune ou d'un canton ne jouissent plus forcément de la faculté de contrôler ou d'influencer directement l'action étatique comme ils le pouvaient encore tant que la tâche ou la compétence était exécutée ou exercée exclusivement, de manière « indépendante », à l'interne de la commune ou du canton concerné. Les organes législatifs cantonaux ou communaux ne peuvent plus forcément exercer aussi efficacement la fonction de contrôle qui leur incombe dans la mesure où ils ne peuvent pas intervenir directement sur les organes intercantonaux ou intercommunaux. Le corps électoral cantonal ou communal ne peut quant à lui plus forcément demander le référendum contre les décisions qui sont prises par l'organisation régionale et qui s'imposent directement au canton et à la commune, alors même qu'il aurait peut-être pu le faire pour une décision similaire prise par un organe cantonal ou communal. 228

La composition des organes régionaux. – Un deuxième facteur de déficit démocratique est lié au fait que la plupart du temps, les membres des organes régionaux ne sont pas élus directement à ce poste par les parlements ou par le corps électoral, dès lors qu'ils sont issus directement des exécutifs cantonaux ou communaux, voire composés par de simples délégués désignés par ceux-ci 229

⁵ P. ex. SRSZ 574.210.1.

⁶ Voir REGIERUNGSRAT SZ (2016), p. 25.

(sur la question, *supra* N 175, 183, 194 et 202). Cette délégation de compétence à un organe composé de représentants des exécutifs cantonaux ou communaux engendre un déficit de représentativité des organes régionaux, lesquels sont parfois formés de quelques membres seulement. Elle renforce également la position des exécutifs cantonaux ou communaux par rapport à leur parlement, ce particulièrement lorsque l'organe en question dispose de larges compétences, non seulement sur un plan décisionnel, mais également d'un point de vue réglementaire et financier.

On peut – à l'instar d'AUER – considérer que la prééminence des autorités exécutives dans le fonctionnement de la collaboration intercantonale ou intercommunale institutionnalisée représente un problème démocratique plus important que celui lié à la procédure de création des organisations intercantionales ou intercommunales, procédure qui passe généralement, comme nous l'avons dit, par une approbation parlementaire, voire populaire portant sur la convention organisatrice⁷.

230 *Les autres problèmes démocratiques.* – Il existe enfin d'autres facteurs qui font que les organisations régionales ne peuvent se prévaloir d'une légitimité démocratique équivalente à celle dont peuvent se prévaloir les cantons et les communes comme organisations politiques traditionnelles. Nous mentionnons ici le déficit de publicité et de transparence que connaît souvent la collaboration intercantonale ou intercommunale. Le processus de prise de décisions au sein des organes régionaux est encore souvent opaque, si bien que l'opinion publique ne peut que rarement se faire une idée claire des raisons qui ont conduit à l'adoption de décisions ou de réglementations, étant précisé, d'ailleurs, que ces décisions et réglementations ne font pas toujours l'objet de publications⁸.

⁷ Voir AUER (2016), N 873; aussi COUR DES COMPTES VD (2016), p. 60.

⁸ COUR DES COMPTES VD (2016), p. 34-36; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 72-76 ad art. 48 Cst.; aussi AUER (2016), N 858. Pourtant, selon une directive de la Conférence des chanceliers d'État datant de 1980 et conformément à l'obligation de publier les règles de droit, les cantons devraient veiller à ce que les règles adoptées par des organes intercantonaux ou intercommunaux soient publiées de manière suffisante juridiquement (cf. CDE [1980], ch. 364). Si la convention organisatrice ne prévoit rien, le droit intercantonal secondaire devrait théoriquement être publié dans tous les cantons selon la procédure prévue dans chacun d'eux, ce qui n'est le plus souvent pas le cas (cf. UHLMANN/ZEHNDER [2011], p. 25; ZEHNDER [2007], p. 319; aussi CDE [1980], ch. 364). La question de la publication des règles intercantionales – tout comme celle des règles intercommunales – pose ainsi d'importants problèmes juridiques, que la présente thèse n'abordera toutefois pas, dans la mesure où ces problèmes ne relèvent pas directement d'une problématique organisationnelle, mais plutôt opérationnelle. Nous renvoyons ici à IVANOV/ROTH (2013), p. 201-207, ainsi qu'à ROTH (2011), p. 159-174, qui a consacré quelques pages à ce problème dans sa thèse portant sur la publication des normes de droit en suisse.

B. Les adaptations du cadre juridique

En général. – Les cantons sont conscients de la nécessité d'améliorer la légitimité démocratique des organisations régionales auxquelles ils entendent encourager le recours et/ou dont ils entendent renforcer les compétences. Ils ont donc procédé durant ces dernières décennies à l'adoption de nouvelles règles de droit – tant au niveau cantonal (1) qu'intercantonal (2) – lesquelles sont censées favoriser la légitimité démocratique des organisations conventionnelles intercantionales et intercommunales, en particulier celles de nature régionale. 231

1. Les révisions du droit cantonal

En matière de collaboration intercommunale. – Lors des dernières révisions législatives cantonales portant sur la réglementation de la collaboration intercommunale, de même que lors des nombreuses révisions totales des constitutions cantonales, on a très souvent jugé utile d'introduire de nouvelles règles censées améliorer la légitimité démocratique des organisations régionales conventionnelles⁹. 232

L'octroi de droits politiques intercommunaux représente l'exemple le plus illustratif de cette évolution, que certains auteurs de doctrine n'hésitent pas à qualifier de « *Verfassungswandel in Bezug auf den kantonalen demokratischen Acquis* »¹⁰. Reflétant l'importance de la participation de la population en matière de collaboration intercommunale, de nombreuses constitutions cantonales exigent désormais que les droits populaires garantis au niveau communal le soient aussi au sein des corporations de droit public intercommunales ou régionales. Même dans certains cantons où le droit constitutionnel est ou était encore muet, il n'est pas rare que le législateur ait instauré de lui-même certains droits politiques intercommunaux (*supra* N 177 et 179 et *infra* N 477 ss).

En matière de collaboration intercantonale. – Depuis quelques décennies, les constituants cantonaux se sont également mis à octroyer à la population de nouveaux droits de participation démocratique directe en matière de collaboration intercantonale. L'initiative populaire cantonale en matière intercantonale est ainsi devenue, durant ces deux dernières décennies, un droit politique relativement répandu dans les constitutions cantonales. De nombreux cantons ont 233

⁹ Pour un exemple à propos de l'introduction du droit d'initiative intercommunale en droit vaudois, CONSEIL D'ÉTAT VD (2008/I), p. 4, et, aussi, les propos de Mme Wyssa au Grand Conseil vaudois, BGC/VD, Séance du mardi 20 mai 2008, p. 48.

¹⁰ EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 26. Il est plutôt rare en revanche que l'on ait donné plus de pouvoir au législatif communal, du fait qu'il ne constitue pas, la plupart du temps, un organe parlementaire qui pourrait intervenir efficacement en matière de relations extérieures comme peut le faire un parlement cantonal.

aussi introduit le référendum obligatoire en matière intercantonale, lequel est censé intervenir à chaque fois qu'un accord dérogerait à – ou compléterait – la constitution cantonale (sur la question, *infra* N 467 ss)¹¹.

Sur le plan de la collaboration intercantonale, les révisions constitutionnelles ont cependant eu pour particularité essentielle de tenter de renforcer la position des parlements en leur attribuant davantage de moyens pour contrôler, voire guider l'action gouvernementale, notamment sur le plan intercantonal¹². En effet, à la fin des années nonante, de nombreux parlementaires cantonaux ont commencé à craindre que les législatifs cantonaux ne deviennent de simples « chambres d'enregistrement » des projets de conventions intercantionales que leur soumettaient les exécutifs cantonaux¹³. Cette volonté s'est concrétisée non seulement lors des révisions totales de constitutions cantonales (sur la question *infra* N 401), mais également par le biais de révisions législatives.

La LConv FR. – Par exemple, le 11 septembre 2009, le Grand Conseil fribourgeois a adopté la *loi concernant les conventions intercantionales* (LConv FR). Cette loi spéciale tente de traiter l'ensemble des questions qui se posent en matière de relations intercantionales et, plus particulièrement, lors de la conclusion de conventions intercantionales. Son but est d'assurer un contrôle parlementaire sur la conception et l'exécution des collaborations intercantionales et de formaliser cette participation parlementaire. Cette loi passablement détaillée règle en particulier des questions qui restaient jusqu'alors floues s'agissant des droits de participation parlementaire en matière d'affaires extérieures¹⁴.

2. L'avènement des « conventions-cadres » intercantionales

234 *En général.* – Le renforcement de la position des parlements cantonaux en matière de relations intercantionales a aussi fait l'objet d'une réflexion commune par les cantons. Cette démarche a abouti à l'élaboration de diverses conventions intercantionales – tantôt de portée nationale, tantôt de portée régionale – censées améliorer la participation et la surveillance parlementaires lors de l'adoption et de l'exécution de conventions intercantionales et, ainsi, conférer une meilleure légitimité démocratique à ces dernières.

À ce stade de la thèse et compte tenu de leur importance, nous mentionnons deux « conventions-cadres »¹⁵ intercantionales en particulier : l'*Accord-*

¹¹ Voir TANQUEREL (2015/II), p.27; EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 17 s.

¹² Voir, sur cette question, NUSPLIGER/MÄDER (2014), p. 532-534, EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 21, et BRUNNER (2004), p. 136-138; aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 271; Komm. KV-ZH-HÄNER (2007), N 12 ad art. 69 Cst. ZH; AUBERT/MAHON (2005), N 16.

¹³ Pour cette expression, cf. notamment CACRI GE (2007), p. 4.

¹⁴ Cf. COMM. PARL. LCONV FR, p. 1.

¹⁵ Voir, pour l'utilisation de cette notion nouvelle, SERVICE DE LÉGISLATION FR (2015), N 6 ad DTL A 08. Pour un usage similaire au niveau international, voir *supra* N 161.

cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges du 22 novembre 2006 (ACI)¹⁶, valable pour l'ensemble des cantons suisses, et la *Convention 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* du 5 mars 2010 (Convention sur la participation des parlements; CoParl)¹⁷, valable pour les cantons romands uniquement¹⁸.

L'« ACI ». – L'Accord-cadre pour la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (ACI) représente une convention intercantonale de portée nationale dont la conclusion a été imposée par le droit fédéral. Cette convention-cadre intercantonale fixe, comme son titre l'indique, les principes et la procédure de la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges. Elle est parfois qualifiée de « *Constitution de la collaboration intercantonale* »¹⁹. Même s'il est vrai que l'ACI contient quelques règles de « rang constitutionnel » (sur la question, *infra* N 724 ss), une telle qualification est quelque peu exagérée²⁰.

Tout d'abord, l'ACI ne trouve application que lorsque les cantons décident de collaborer dans certains domaines précis²¹. En outre, s'agissant de la participation parlementaire, cette convention ne va pas forcément très loin, au grand dam des cantons romands qui s'en sont vertement plaints au moment de son élaboration²². Certes, elle impose la constitution de commissions de gestion interparlementaires en cas de création d'organisations intercantionales communes (sur la question, *infra* N 799 ss). Pour le reste, l'ACI ne prescrit toutefois qu'un

235

¹⁶ P. ex. RSJU 659.1.

¹⁷ P. ex. RSJU 111.190.

¹⁸ Les cantons alémaniques n'ont de leur côté pas conclu de convention similaire, étant précisé que les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne sont cependant liés par une convention intercantonale sur la collaboration des autorités du 21 juin 2011 (Vereinbarung zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die Zusammenarbeit der Behörden; V-Zusammenarbeit BS/BL; p. ex. SG BS 118.300.).

¹⁹ Voir, notamment, ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 44; SCHNYDER VON WARTENSEE (2013), p. 475; CONSEIL D'ÉTAT/VD (2006), p. 22; WALDMANN (2005/II), p. 18.

²⁰ Dans le même sens également, ZEHNDER (2007), p. 52; GRISEL (2005), N 16.

²¹ Il s'agit de l'exécution des peines et des mesures, l'instruction publique, les hautes écoles cantonales, les institutions culturelles d'importance suprarégionale, la gestion des déchets, l'épuration des eaux usées, les transports en agglomération, la médecine de pointe et les cliniques spéciales, les institutions d'intégration et de prise en charge des personnes handicapées (cf. art. 1 al. 2 ACI en lien avec art. 48a Cst.). Dans les autres domaines, l'ACI ne s'applique que si les cantons décident de s'y soumettre spontanément.

²² Voir, notamment, CACRI GE (2007), p. 2; CONSEIL D'ÉTAT GE (2006), p. 19 et 23 s.; CONSEIL D'ÉTAT VD (2006), p. 21; CONSEIL D'ÉTAT/FR (2006), p. 628 s., et, sur un aperçu de son élaboration, MOSER W. (2006), p. 48.

droit d'information des parlements et ne leur octroie aucun droit de consultation et de proposition dans la phase d'élaboration des conventions intercantionales²³.

Dans les cantons romands qui ont conclu une convention d'une plus grande densité normative, en l'occurrence la CoParl, il apparaît peu probable que la ratification de l'ACI ait conduit et conduise à des modifications majeures des réalités et tendances observées en matière de collaboration intercantonale²⁴. La faiblesse de l'ACI résulte de différents facteurs, notamment du fait que les cantons ont été contraints de conclure cet accord conformément à l'art. 13 de la loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges du 3 octobre 2003 (PFCC)²⁵ et du fait qu'il s'agissait de trouver un consensus entre vingt-six cantons.

236 *La « CoParl ».* – Comme évoqué, les cantons romands – canton de Berne non compris – ont conclu la CoParl le 5 mars 2010. Cette convention a remplacé la convention relative à la négociation, à la ratification, à l'exécution et à la modification des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger du 9 mars 2001, communément appelée « Convention des conventions » (ci-après aCConv) qui avait déjà été conclue le 9 mars 2001, suite à une impulsion initiale donnée par le Forum Interparlementaire Romand (FIR)²⁶. Une révision de l'aCConv s'est simplement imposée dès lors que la pratique a montré que cette convention-cadre contenait quelques imperfections et qu'il a fallu aussi régler son rapport avec l'ACI²⁷. Il s'agissait là d'une révision totale plus formelle que matérielle, car la CoParl, en tant que « Convention des conventions » révisée, ne diffère pas essentiellement de l'aCConv, même si elle renforce un peu plus la position des parlements cantonaux face à leur exécutif.

Sans encore entrer dans les détails, le cœur de la réglementation des deux conventions – sur lesquelles nous reviendrons de manière récurrente dans la présente thèse – consiste en l'obligation d'instituer des commissions interparlementaires, non seulement lors de la procédure d'adoption et de modification de conventions intercantionales soumises à référendum dans deux cantons romands au moins (sur la question, *infra* N 402 et 1052 ss), mais également lors de la création d'une organisation commune à deux cantons romands au moins (sur la question, *infra* N 799 ss).

²³ Cf. art. 4 et art. 15 ACI.

²⁴ Dans ce sens, CONSEIL D'ÉTAT FR (2005), p. 631. Pour les cantons romands et pour la présente thèse, l'intérêt de l'ACI réside avant tout dans le fait que celui-ci aborde toute une palette de problèmes juridiques que n'aborde pas la CoParl, comme la question du droit applicable aux éventuels organismes intercantonaux et certaines questions financières.

²⁵ RS 613.2.

²⁶ Cf. CGSO (2010), p. 4; CONSEIL D'ÉTAT GE (2010), p. 23.

²⁷ Cf. CGSO (2010), p. 4.

C. Le dilemme d'une organisation étatique à la fois légitime et efficace

En général. – Il est théoriquement possible d'imaginer et d'élaborer des règles d'organisation intercantonale ou intercommunale qui iraient encore plus loin que celles qui ont été développées ces dernières décennies et qui préserveraient encore mieux les « acquis » démocratiques existant dans les cantons et les communes (droit de motion parlementaire intercantonal, élection directe des représentants des cantons et des communes, procédure de référendum intercantonal, etc.). Le problème est que la recherche de règles censées assurer une meilleure légitimité démocratique à l'organisation régionale conventionnelle pose deux dilemmes au moins²⁸. 237

L'antagonisme entre la légitimité et l'efficacité. – Il existe premièrement un antagonisme presque inévitable entre la légitimité démocratique d'une organisation intercantonale ou intercommunale et l'efficacité de son action. Certes, les mécanismes qui favorisent la légitimité démocratique de l'action publique régionale peuvent améliorer, dans une certaine mesure, l'efficacité de celle-ci. Ils suscitent la confiance des citoyens et des citoyennes et désamorcent les potentielles oppositions qui pourraient survenir au moment de la mise en œuvre des décisions prises. Il n'en demeure pas moins que si l'on veut aménager des mécanismes de collaboration intercantonale ou intercommunale efficaces ou, à tout le moins, rapides, un déficit démocratique est presque inéluctable, car le renforcement de la légitimité démocratique de la collaboration prêterait en pratique souvent l'efficacité de celle-ci ou, à tout le moins, la rapidité de son action. Pour reprendre les mots du Professeur Pascal Sciarini, « [il est] difficile d'éviter un écueil sans tomber sur l'autre écueil » et « [i]l s'agit donc de trouver cette voie très étroite entre les deux »²⁹. 238

L'exemple de l'aCConv et de la CoParl. – Singulièrement, augmenter les droits de participation des parlements des cantons partenaires ne peut ainsi qu'alourdir et ralentir les processus de collaboration, avec pour conséquence une possible mise en danger de l'efficacité de la collaboration ou, à tout le moins, une réduction de la rapidité d'action, alors même que les projets de régionalisation sont très souvent censés se justifier par l'amélioration de l'efficacité de l'activité étatique. La CGSO a toujours souligné l'existence de

²⁸ Voir, sur cette question spécialement lors de l'élaboration d'un modèle de structure de collaboration au sein d'une agglomération, CTA (2004), p. 38, ou, lors de l'élaboration d'un modèle de structure de collaboration intercantonale, ZEHNDER (2007), p. 220; aussi BRUNNER (2004), p. 141 s.

²⁹ Voir les propos du Prof. Pascal Sciarini, in: GRAND CONSEIL GE (2006), p. 5 s.

cette tension entre légitimité et efficacité et la nécessité de procéder à une pesée des intérêts lors de l'application de l'aCConv et, ensuite, lors de l'élaboration de la CoParl³⁰. L'acceptation de ces conventions a bien entendu quelque peu ralenti les processus de négociation des conventions intercantionales et généré certains coûts, mais, selon les parlementaires cantonaux romands, « ce désavantage [est] largement compensé par un gain démocratique » et « la démocratie a aussi un prix »³¹.

239 *L'efficacité comme cause de légitimité.* – Le second dilemme découle de l'ambivalence même de la notion de « légitimité », laquelle présente deux facettes. La légitimité de l'action de l'État ne s'examine pas uniquement sous son aspect formel – en l'occurrence le respect d'exigences ou d'un standard démocratiques – mais également sous un aspect matériel. Sous cet angle de vue, l'action de l'État n'est totalement légitime que si elle parvient réellement à atteindre le but d'intérêt public qu'elle se propose d'atteindre. On retrouve aujourd'hui ce besoin de légitimation « matérielle » dans tous les domaines de l'activité publique, même dans des domaines qui, comme l'organisation du monde judiciaire, semblaient échapper aux considérations de rendement³².

Cela signifie en matière de collaboration régionale que la légitimité de celle-ci ne passe pas forcément – et uniquement – par le développement de mécanismes qui lui assurent une légitimité démocratique, mais également par l'aménagement d'une collaboration qui réponde précisément au besoin de la population en permettant une action publique efficace³³. Ainsi, la légitimité obtenue par l'efficacité de l'action publique peut compenser, en partie du moins, le déficit démocratique reproché à la collaboration régionale, étant bien sûr précisé que la recherche d'efficacité ne peut excuser n'importe quelle atteinte au principe démocratique³⁴.

³⁰ Cf. CGSO (2010), p. 3; CGSO (2004), p. 1. Pour le même constat s'agissant de l'ACI, lequel se trouverait « *im bekannten Spannungsfeld zwischen rechtsstaatlicher Demokratie und wirkungsorientierter Effizienz* », cf. LIENHARD/WICHTERMANN (2005), p. 6 s.

³¹ Voir les propos de Jean-Carlo Pedrolì tenus devant le Grand Conseil neuchâtelois, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance du 29 juin 2010, p. 254; aussi BOMATTER (2014), p. 1688.

³² En effet, comme cela a été souligné au Conseil de l'Europe, il ne suffit plus seulement de juger dans un système indépendant et impartial, mais également de produire des décisions de qualité dans un délai raisonnable afin de répondre aux attentes légitimes de la population (cf. CONSEIL DE L'EUROPE [2011], N 6).

³³ Pour reprendre les propos de BOEGLI, « [e]n arrière-plan de ces réflexions, c'est bien la question du rôle de l'État et de sa transformation générale qui transparait. Alors que précédemment l'État se légitimait en premier lieu par sa structure démocratique, on lui demande aujourd'hui de se légitimer par ses résultats » ([1998], p. 99).

³⁴ Voir, notamment, dans ce sens, la jurisprudence du Tribunal fédéral qui reconnaît la possibilité pour les cantons d'instaurer un système de quorum légal – de 10 % maximum – lors de l'élection d'un parlement, système qui, certes, exclut les petits partis et porte une atteinte im-

L'exemple de la révision de la loi zurichoise sur les communes. – C'est ainsi qu'en 2012, lors de la révision totale de la loi cantonale sur les communes, le gouvernement zurichois s'est expressément fondé sur le fait que la population zurichoise se montrait satisfaite des prestations qu'offraient généralement les associations de communes pour considérer qu'il n'était pas forcément nécessaire d'imposer l'aménagement de droits supplémentaires de participation démocratique en leur sein (p. ex. procédure d'élection des représentants de communes)³⁵.

II. Un problème « politico-juridique »

Introduction. – S'il faut admettre que le développement des organisations régionales conventionnelles entraîne ce que l'on peut ressentir comme un déficit démocratique, il convient de distinguer le volet politique d'un tel problème de son volet juridique. Il est en effet possible – et il arrive en pratique – que l'on puisse reprocher un « déficit démocratique » sur un plan politique sans que celui-ci ne viole aucune règle de droit positif. Le déficit démocratique est alors politique sans être « juridiquement pertinent ». Il est aussi possible que certaines règles d'organisation régionale censées améliorer la qualité démocratique des mécanismes de collaboration intercantonale ou intercommunale violent des principes juridiques démocratiques, ce qui constitue alors, paradoxalement, un « déficit démocratique » sur le plan juridique.

240

En somme, les exigences de qualité démocratique de l'organisation et du fonctionnement étatiques peuvent s'avérer différentes selon que l'on les appréhende d'un point de vue politique ou d'un point de vue juridique (A). Les conséquences de leur violation le sont également puisque le respect des exigences juridiques peut faire l'objet d'un contrôle institutionnalisé, le cas échéant de type juridictionnel (B). Il n'en demeure pas moins que les analyses – politique et juridique – du déficit démocratique de la collaboration intercantonale et intercommunale s'interpénètrent. En particulier, l'interprétation et l'application du droit – même par les tribunaux – ne peuvent pas et ne doivent pas être exemptes de considérations de nature politique (C).

A. Le politicien et le juriste face au déficit démocratique

La problématique. – La question de la qualité démocratique de la collaboration régionale peut s'analyser sous deux angles. Il convient de distinguer l'apprécia-

241

portante au principe d'égalité des chances électorales, mais empêche un morcellement excessif des partis et concourt donc au bon fonctionnement du parlement (ATF 124 I 55, consid. 5c; Tribunal fédéral, arrêts 1C_59/2012 et 1C_61/2012 du 26 décembre 2014, consid. 12.2).

³⁵ REGIERUNGSRAT ZH (2012), p. 7.

tion politique du déficit démocratique engendré par l'intensification de la collaboration régionale – que celle-ci soit intercantonale et intercommunale – de son appréciation juridique. Certes, les deux approches entretiennent des liens évidents, elles se recoupent partiellement et la doctrine juridique et le monde politique estiment régulièrement à l'unisson qu'il est « de bon ton »³⁶ de mettre en exergue le problème démocratique de la collaboration régionale. Il n'en demeure pas moins que ce problème se pose, d'un point de vue théorique, différemment pour les sciences politiques qu'il ne se pose pour les sciences juridiques.

242 *Les notions politique et juridique de « démocratie ».* – Premièrement, la notion de « déficit démocratique » n'a pas la même signification sur le plan politique que sur le plan juridique.

Le plus souvent, le reproche de déficit démocratique suit un raisonnement de nature exclusivement politique, c'est-à-dire qu'il se réfère à un idéal de démocratie proche du citoyen³⁷. Il se révèle même parfois un argument brandi à tout-va pour s'opposer à un projet d'organisation intercantonale ou intercommunale³⁸. En comparaison, sur un plan purement juridique, il ne suffit normalement pas de dénoncer le « déficit démocratique » d'un acte pris en vue – ou dans le cadre – d'une collaboration régionale, mais il convient de démontrer que le procédé dénoncé viole une règle ou un principe démocratique de droit supérieur, généralement de rang constitutionnel. Inversement, pour contrer, d'un point de vue juridique, le reproche de déficit démocratique, il suffit de démontrer que les conditions posées par le droit fédéral et cantonal pour la création d'une organisation régionale et, le cas échéant, pour la délégation de certaines compétences à celle-ci ont été respectées³⁹.

Cela signifie très concrètement, comme un professeur de science politique, Pascal Sciarini, le reconnaît lui-même – « à la manière d'un politologue qui se

³⁶ Pour cette expression (« *zum guten Ton* »), voir AUER (2016), N 872.

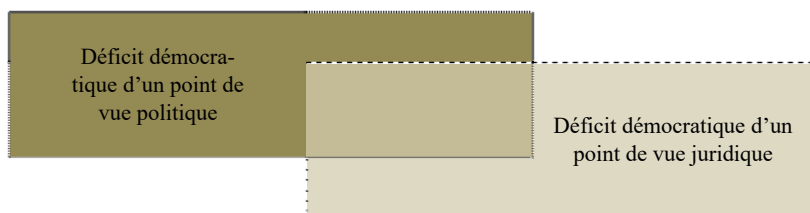
³⁷ Cf. dans ce sens TANQUEREL (2001), p. 28 s.

³⁸ Pour le même constat, WALDMANN (2009), p. 10; voir aussi BOMATTER (2014), p. 1689, qui parle d'un « *politisches Schlagwort* ».

³⁹ Cf. aussi TANQUEREL (2001), p. 28 s. Les tribunaux – dont le Tribunal fédéral – ont déjà eu l'occasion de souligner cette différence entre la perception politique de la notion de « déficit démocratique » et son appréciation juridique (voir, pour des exemples, Tribunal fédéral, arrêt 1P.570/2000 du 5 décembre 2000, et Tribunal administratif FR, arrêt 1A 00 78 du 28 mars 2001; aussi Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, consid. 7, in: ZBl 1984, p. 544: « *Die Initianten vertreten die Auffassung, der Umfang der demokratischen Rechte dürfe nicht davon abhängen, auf welche Weise die Gemeinde eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Dem ist entgegenzuhalten, dass das geltende Gemeinderecht die Mitwirkungsrechte des Einwohner-rats und der Stimmbürger im vertraglichen Bereich bewusst anders ausgestaltet hat als auf dem Gebiet der Rechtssetzung.* »).

distingue d'un juriste » – que les mécanismes de coopération peuvent être « juridiquement suffisants, mais politiquement insuffisants »⁴⁰. Autrement dit, mais en reprenant cette fois-ci les termes d'un professeur de droit, Bernhard Waldmann, nous pouvons conclure que « d'un point de vue juridique, tout amoindrissement de la démocratie ne signifie pas forcément une absence de démocratie, aussi longtemps que le niveau de celle-ci demeure au-dessus des exigences minimales prévues par la constitution »⁴¹.

Il est en particulier vrai que l'obligation faite aux cantons – et aux communes – de s'organiser de façon démocratique à l'art. 51 al. 1 Cst. est *a priori* assez large ou « assez ambigu[ë] » pour couvrir des mécanismes de gouvernance qui pourraient, certes, être qualifiés de « peu démocratiques », mais de « démocratiques malgré tout »⁴². Inversement, il est possible que des règles de gouvernance considérées comme démocratiques d'un point de vue politique – tel que le système des procédures de naturalisation par les urnes ou celui de l'élection populaire des juges – s'avèrent problématiques au regard de certains principes démocratiques reconnus par les constitutions modernes (p. ex. droit à une décision motivée, indépendance des juges).



Le juriste comme auxiliaire du politique. – Il convient secondement de distinguer l'appréciation politique du déficit démocratique de la collaboration régionale de son analyse juridique pour une autre raison encore : l'objectif et la fonction de l'une et de l'autre diffèrent.

243

Le fait est que le développement d'une organisation régionale conventionnelle suppose toujours l'existence d'un intérêt et, donc, d'une volonté politique

⁴⁰ Voir les propos de SCIARINI, in: GRAND CONSEIL GE (2006), p. 30.

⁴¹ WALDMANN (2009), p. 10 ; aussi WALDMANN (2005/II), p. 32, qui retenait déjà que « *d]ie dem kooperativen Föderalismus immer wieder vorgeworfenen "Demokratiedefizite" sind allerdings insofern zu "entpauschalisieren", als nicht jedes "Weniger an Demokratie" ein "Zuwenig an Demokratie" bedeutet, solange die Mindestanforderungen von Art. 51 BV nicht unterschritten werden* » ; encore BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 49 ad art. 48 Cst. ; GLASER/FUHRER (2015), p. 531.

⁴² KNAPP/RUCH/SCHWEIZER (1997), p. 31, lesquels vont jusqu'à lancer que l'idée que « le mot "démocratique" est un terme politique et non juridique difficilement justiciable (sic) ».

de collaborer, lesquels doivent surpasser les inconvénients et les réticences inhérents à un tel projet. C'est le corps politique qui décide s'il veut ou non une collaboration et sous quelle forme, en tenant compte notamment de son utilité, de l'éventuel déficit démocratique engendré et, le cas échéant, de la manière d'y remédier. Dans ce cadre, le juriste joue essentiellement un rôle d'auxiliaire pour les autorités politiques et pour les sciences politiques, rôle qui consiste à s'interroger sur les éventuels obstacles constitutionnels ou légaux à la collaboration régionale, quant à son principe même ou quant à sa forme. Un professeur de droit, Christian Dominicé, écrivait déjà à ce propos en 1969 que « [c]e que peut et doit faire l'analyse juridique, c'est (...) mettre en lumière, dans un système national déterminé, les principes constitutionnels qui permettent plus particulièrement la coopération, ou, s'il y a lieu, ceux au contraire qui constituent un obstacle »⁴³.

244 *La légitimité politique dépendante du respect du droit.* – Cette fonction du juriste, si elle est relative et auxiliaire, reste importante, car il convient d'imposer le respect des principes démocratiques et institutionnels que le corps politique s'est donnés par le truchement de sa Constitution et auxquels toute nouvelle structure étatique doit se conformer si elle veut jouir d'une certaine légitimité vis-à-vis de la population administrée. Autrement dit, même si la naissance et le développement de nouvelles structures institutionnelles relèvent davantage de contingences politiques au sens large (géographiques, économiques, etc.), de telles structures ne peuvent s'inscrire sur le long terme que dans le respect des principes et droits constitutionnels existants ou, alors, de règles constitutionnelles nouvelles qui devraient être adoptées le cas échéant.

B. Le contrôle juridique du déficit démocratique

245 *La problématique.* – L'analyse juridique du « déficit démocratique » de la collaboration régionale – c'est-à-dire celle de la conformité de cette collaboration avec les règles et les principes démocratiques de droit suisse – présente un double intérêt. D'un côté, il s'agit d'apprécier la justesse d'un reproche mettant en cause, de manière générale et abstraite, la légitimité constitutionnelle d'un phénomène politique appelé à se développer et à s'intensifier. L'intérêt est ici d'ordre dogmatique. D'un autre côté, l'analyse juridique du « déficit démocratique » de la collaboration régionale s'impose aussi – plus pragmatiquement – parce que le non-respect des règles et principes constitutionnels constitue un grief juridique qui, en pratique, peut conduire à l'annulation d'actes pris en vue – ou dans le cadre – d'une collaboration régionale (conventions, décisions, etc.). En effet, la volonté politique et le fait de s'organiser régionalement peuvent

⁴³ DOMINICÉ (1969), N 38.

faire l'examen d'un contrôle juridique de constitutionnalité, en particulier auprès des autorités judiciaires.

Il existe donc un intérêt pratique très concret de procéder à une analyse juridique du « déficit démocratique » reproché à la collaboration régionale. Pour reprendre les mots d'AUBERT, « la juridiction constitutionnelle, c'est la politique soumise au juge (...), [o]n peut aimer cela, on peut le craindre, on ne peut pas le tenir pour indifférent »⁴⁴. Ce constat devrait se vérifier pour la question de l'organisation régionale conventionnelle, dans la mesure où le développement qualitatif et quantitatif de celle-ci va engendrer probablement toujours plus de frustrations et, donc, de contestations, lesquelles vont probablement donner lieu à davantage de procédures judiciaires⁴⁵.

Plan. – Il n'est cependant pas possible – ni utile – de présenter ici en détail et de manière exhaustive la problématique des divers mécanismes et voies de droit qui permettent de vérifier que la collaboration régionale respecte les principes et règles d'organisation démocratique imposés par le droit supérieur. L'exercice – qui soulève parfois des questions épineuses – pourrait probablement faire l'objet d'une thèse à lui seul⁴⁶. Il suffit pour les besoins de la présente thèse de présenter, dans les grandes lignes, les différentes possibilités de contrôle de constitutionnalité en matière de collaboration intercommunale (1) et en matière de collaboration intercantonale (2).

246

1. Le contrôle juridique de la collaboration intercommunale

En général. – Il existe de très nombreux mécanismes qui permettent de contrôler que la collaboration intercommunale respecte le droit supérieur et, en particulier, les règles et les principes d'organisation démocratique fixés par le droit constitutionnel fédéral et cantonal. On pensera, d'une part, au contrôle juridique préventif automatique de certaines conventions organisatrices intercommunales ou de certains actes normatifs intercommunaux. On pensera, d'autre part, aux différentes voies de recours permettant un contrôle subséquent des actes

247

⁴⁴ AUBERT (1991/II), N 57.

⁴⁵ Cf., sur cette question déjà, GYGI (1973), p. 148; aussi, dans un sens similaire, BIAGINI (2013/II), p. 408. À cela s'ajoute que, contrairement à ce qui prévalait sous l'ancienne loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, abrogée par la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le Tribunal fédéral n'est plus censé apprécier la conformité des règles d'organisation intercantonale et intercommunale uniquement sous l'angle du respect des droits constitutionnels (voir ATF 89 I 80, consid. 2).

⁴⁶ Dans ce sens, par exemple, SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 70 ad art. 48 Cst.

(normes, décisions, etc.) adoptés dans le cadre – ou en marge – d'une collaboration régionale.

248 *Le contrôle juridique préventif.* – De manière générale, l'administration des communes est placée sous la haute surveillance du canton. À partir de là, il appartient très souvent à une autorité cantonale – le gouvernement cantonal, ses départements et ses services – d'approuver certaines conventions organisatrices intercommunales importantes, comme le règlement d'organisation d'une association de communes, voire les conventions d'adhésion conclues entre les communes⁴⁷, ainsi que les éventuels règlements adoptés directement par un organe intercommunal⁴⁸. Ce contrôle consiste la plupart du temps en un contrôle sommaire de conformité au droit supérieur⁴⁹. Dans le cadre d'un tel contrôle, on peut par exemple imaginer que l'autorité cantonale refuse d'approuver une convention organisatrice régionale qui opérerait une délégation de compétences décisionnelles ou réglementaires en faveur d'une autre commune ou d'un organe intercommunal, parce que cette autorité considérerait qu'il s'agirait là de compétences inaliénables du législatif ou du corps électoral communal⁵⁰.

249 *Le contrôle abstrait subséquent.* – C'est surtout par le biais des différentes voies de recours à disposition de la population et des communes que peut intervenir un contrôle juridique approfondi de la conformité de la collaboration intercommunale aux principes et aux règles démocratiques. Dans la mesure où il

⁴⁷ Certains législateurs cantonaux ont parfois considéré que les conventions d'adhésion ne devaient pas forcément être soumises à un contrôle dans la mesure où elles sont moins importantes qu'une convention créant une association de communes (cf. REGIERUNGSRAT ZH [2013/I], p. 154). Il n'est cependant pas rare qu'elles soient soumises à contrôle dans certains cantons, comme n'importe quelle délégation de tâche communale à des tiers (voir art. 107 al. 2 LCo VS selon lequel la délégation de tâches cantonales à une autre commune est soumise à l'approbation du gouvernement cantonal; aussi art. 3a en lien avec 107a al. 3 LC VD).

⁴⁸ Voir, pour des exemples, art. 148 al. 2 LCo FR et art. 119 al. 3 LC VD.

⁴⁹ Le contrôle effectué par les autorités cantonales consiste en un contrôle de conformité au droit supérieur (art. 113 al. 2 Cst. JU; art. 118 al. 1 et art. 147 al. 1 LCo VS; art. 110 al. 8 et art. 113 al. 2 LC VD; aussi art. 70 al. 1 let. g LAC GE qui est muet sur la question de l'étendue de l'examen). On précisera toutefois qu'en droit neuchâtelois, le Conseil d'État n'est pas limité au contrôle de la légalité des réglementations intercommunales dans l'exercice de son pouvoir de surveillance sur les communes. Il peut en effet refuser de sanctionner de tels règlements, lorsqu'ils sont « manifestement contraires à l'intérêt général » ou « inéquitables », si bien qu'il jouit également d'un contrôle de l'opportunité, bien que restreint (cf. art. 8 al. 2 et art. 69 al. 2 LCo NE; ATF 105 Ia 255, consid. 8c). En droit fribourgeois, le contrôle en opportunité semble même illimité puisque la direction cantonale compétente peut refuser d'approuver des règlements sous l'angle de l'opportunité lorsque des intérêts légitimes d'autres communes se trouvent directement en cause (art. 149 al. 2 LCo FR).

⁵⁰ Voir notamment, pour un litige dans ce sens, mais tranché différemment, Regierungsrat OW, arrêté du 24 octobre 2006, consid. 1, in: VVGE-OW 2005/2006 n° 5, p. 14.

peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection, un administré ou une commune peut, par exemple, demander, par le biais d'un recours abstrait, à ce qu'un acte normatif adopté dans le cadre d'une collaboration régionale (p. ex. convention intercommunale, règlement intercommunal, etc.) fasse l'objet d'un contrôle juridique⁵¹. Le principe prévaut même si l'acte en question a été adopté sur la base d'une réglementation-type proposée par l'administration cantonale⁵², voire sur la base de normes de droit cantonal réglant la collaboration intercommunale⁵³.

Il peut ainsi arriver qu'une commune recoure contre la modification d'une convention organisatrice intercommunale du fait qu'elle n'a pas été acceptée formellement par la commune, mais décidée par un organe intercommunal à la majorité⁵⁴. Il se peut également qu'un particulier recoure contre l'adoption d'une nouvelle règle d'organisation intercommunale qui soustrairait certains actes à la procédure de référendum intercommunal en arguant que cette nouvelle règle ne serait pas conforme à une règle de droit constitutionnel cantonal prévoyant expressément que les droits populaires garantis au niveau communal doivent aussi l'être, par analogie, au niveau intercommunal⁵⁵.

Le contrôle concret subséquent. – La population et les communes peuvent également prétendre – et ce sera le cas le plus fréquent en pratique – que le fonctionnement de la collaboration intercommunale conventionnelle viole les principes et règles d'organisation démocratiques en déposant un recours contre 250

⁵¹ On remarquera à cet égard qu'un contrôle préventif préalable n'empêche pas un contrôle juridictionnel ultérieur (cf. THALMANN [2002], N 2.5.3 ad § 4 GG ZH; Regierungsrat OW, décision du 24 octobre 2006, consid. 1, in: VVGE-OW 2005/2006 n° 5, p. 14). Selon le droit cantonal, le recours abstrait peut consister formellement en un recours contre la décision d'approbation cantonale de l'acte normatif intercommunal (voir, pour un exemple, art. 110 al. 8 et art. 113 al. 2 LC VD).

⁵² FRIEDERICH (2013), N 62 et la référence citée à un arrêt du Tribunal administratif bernois, arrêt VGE 21241 du 17 avril 2002.

⁵³ Il n'est en revanche pas possible de recourir de manière abstraite contre une norme constitutionnelle devant le Tribunal fédéral (cf. ATF 104 Ia 215, consid. 1b). En effet, en vertu de l'art. 51 al. 2 Cst., les constitutions cantonales sont garanties par les Chambres fédérales, ce qui exclut en principe un contrôle juridictionnel. Toutefois, la garantie doit être refusée par les Chambres si la ou les dispositions constitutionnelles qui leur sont soumises sont contraires au droit fédéral. Le contrôle exercé par l'Assemblée fédérale est en principe un contrôle de conformité au droit fédéral. Il n'y a pas ici de place pour un contrôle en opportunité politique (RUCH, N 9 ad art. 171 Cst.). Il n'existe pour l'heure que peu d'exemples où la Confédération a refusé la garantie. Il est vrai que les Chambres fédérales sont en principe enclines à se montrer très respectueuses des cantons, notamment quand il s'agit d'apprécier leur liberté organisationnelle.

⁵⁴ Voir ATF 113 Ia 200 et ATF 113 Ia 341.

⁵⁵ Voir Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2009.00351 du 4 novembre 2009, consid. 1.4.2. Il pourrait également s'agir là d'un recours pour violation des droits politiques (*infra* N 251).

une décision qui y a trait d'une manière ou d'une autre (p. ex. décision rendue par une autorité intercommunale ou intercantonale). Un recourant peut notamment prétendre que la décision qui le touche doit être annulée parce que la base légale intercommunale sur laquelle cette décision se fonde ne bénéficie pas d'une légitimité démocratique suffisante⁵⁶. Un autre peut prétendre qu'il est en droit de déposer une motion parlementaire au niveau communal demandant la modification d'une convention intercommunale, après que l'exécutif communal a estimé qu'une telle motion était irrecevable en application du droit cantonal⁵⁷.

251 *Le contrôle du respect des droits politiques.* – Le contrôle juridique d'un éventuel déficit démocratique de la collaboration intercommunale peut enfin passer par le biais d'un recours pour violation des droits politiques. En soulevant un tel recours, un citoyen peut se plaindre aussi bien de la violation de ses droits politiques communaux – et des principes d'organisation qui en découlent (p. ex. égalité des droits politiques) – que de la violation des éventuels droits politiques qui auraient été octroyés à un niveau intercommunal. C'est notamment le cas lorsque les autorités ont invalidé une initiative populaire communale demandant la dénonciation d'une convention organisatrice intercommunale⁵⁸. De même, on peut imaginer qu'un citoyen se plaigne par la voie du recours pour violation des droits politiques du fait qu'une modification essentielle d'une convention organisatrice intercommunale n'ait pas fait l'objet d'un référendum dans sa commune⁵⁹.

2. Le contrôle juridique de la collaboration intercantonale

252 *En général.* – Les mécanismes qui permettent de vérifier que les actes pris dans le cadre – ou en marge – d'une collaboration intercantonale respectent les principes d'organisation démocratique fixés par le droit correspondent *mutatis mutandis* à ceux qui existent en matière de collaboration intercommunale et auxquels nous pouvons donc renvoyer (*supra* N 247 ss). Dès lors, nous nous contenterons à ce stade de mettre en évidence quelques spécificités essentielles du contrôle de constitutionnalité de la collaboration intercantonale. Ces spécificités font qu'en dehors de la voie du recours pour violation des droits politiques, le

⁵⁶ Voir Tribunal fédéral, arrêt 2C_116/2011 du 29 août 2011, consid. 7.2.1.

⁵⁷ Voir Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, consid. 4a, in: BLVGE 1983, p. 27.

⁵⁸ Voir Tribunal fédéral, arrêt du 7 mars 1984, consid. 4b, in: ZBl 1984, p. 552.

⁵⁹ Voir Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB 2009.00351 du 4 novembre 2009, consid. 1.2.2, où le Tribunal administratif zurichois laisse la question ouverte de savoir si un citoyen d'une commune peut se plaindre par la voie du recours en matière de droits politiques du fait qu'une modification des statuts d'une association de communes n'a pas été adoptée à l'unanimité des membres.

contrôle juridique de la collaboration intercantonale est en réalité un peu moins étendu que celui de la collaboration intercommunale.

L'absence de contrôle juridique préventif automatique. – Tout d'abord, 253
comme nous l'avons déjà évoqué, suite à la dernière révision totale de la Constitution fédérale, les conventions intercantionales ne doivent plus faire l'objet d'une approbation de la Confédération, mais doivent uniquement être portées à la connaissance de celle-ci (sur la question, *supra* N 83 ss). Elles ne font donc plus l'objet d'un contrôle automatique. Si une convention intercantonale devait s'avérer contraire au droit et aux intérêts de la Confédération ou, alors, au droit des autres cantons, il appartiendrait au Conseil fédéral ou aux cantons concernés de déposer une réclamation auprès de l'Assemblée fédérale qui déciderait de la validité de la convention en question⁶⁰. Il est cependant en pratique peu probable qu'un canton ou que le Conseil fédéral attaque une convention intercantonale en prétendant qu'elle crée une organisation régionale engendrant un trop gros déficit démocratique⁶¹.

Le contrôle abstrait subséquent par le Tribunal fédéral. – Vu ce qui précède, 254
le contrôle de constitutionnalité de la collaboration intercantonale et de son éventuel déficit démocratique passe – et passera à l'avenir – essentiellement par un contrôle juridictionnel subséquent de type abstrait ou concret⁶². Les conventions organisatrices intercantionales et les actes normatifs adoptés par une

⁶⁰ Art. 172 al. 3 et art. 186 al. 3 Cst.; pour les détails de la procédure, voir art. 270-27t de l'ordonnance fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (OLOGA; RS 172.010.1).

⁶¹ Voir aussi BIAGGINI (2013/II), p. 407 s., selon lequel une telle procédure interviendrait « *wider Erwarten* ».

⁶² La possibilité pour le Conseil fédéral ou un canton d'entamer une procédure de réclamation ne préjuge en rien du droit de former un recours abstrait contre une convention intercantonale (ATF 137 I 31, consid. 1.3). La question reste pour l'heure ouverte de savoir si le Tribunal fédéral pourrait être appelé à en juger différemment dans les cas où une convention a fait l'objet d'une procédure de réclamation ayant abouti à une approbation parlementaire, que cela soit lors d'un recours porté contre la convention intercantonale directement ou lors d'un cas d'application de celle-ci (voir, entre autres, AUBERT (2003), N 10 ad. art. 48 Cst.). Les juges de Lausanne avaient en tout cas laissé entendre, sous l'empire de l'ancienne constitution, que l'approbation donnée par le Conseil fédéral ne les empêchaient pas de contrôler la conformité au droit (Tribunal fédéral, arrêt 1A.183/1998 du 30 mars 1999, consid. 3a, in: SJ 1999 I, p. 433; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE [2015], N 58 s. ad art. 48 Cst.; BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER [2011], N 44 ad art. 82 LTF, pour un contrôle illimité du Tribunal fédéral, qui devrait tout au plus s'imposer une certaine retenue; Comm. LTF-WURZBURGER [2014], N 95 ad art. 82 LTF, n'admettant qu'un contrôle concret subséquent, à l'exclusion d'un contrôle abstrait dans la mesure où les Chambres fédérales y auraient déjà procédé; voir aussi GRISEL [2005], p. 5, selon lequel les Chambres fédérales « devraient se contenter de statuer sur les aspects politiques du litige, car la question juridique, qui est assez délicate pour être confiée à des juges, sera tranchée par le Tribunal fédéral »).

autorité intercantonale sont attaquables comme tels devant le Tribunal fédéral dès lors qu'ils contiennent des dispositions renfermant des règles de droit directement applicables et que le recourant peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection à les voir annuler⁶³. Ils sont simplement assimilés à des « actes normatifs cantonaux » au sens de l'art. 82 let. b LTF.

255

Le contrôle abstrait subséquent par une autorité cantonale. – Comme le droit intercantonal l'emporte en principe hiérarchiquement sur le droit cantonal, aucune autorité judiciaire cantonale ne peut en principe contrôler la constitutionnalité du droit intercantonal, du moins de manière abstraite⁶⁴. Cependant, la primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal ne s'oppose pas à ce que le droit cantonal mette en place une procédure de contrôle portant sur le décret ou sur l'arrêté d'approbation de la convention intercantonale par une autorité judiciaire cantonale, laquelle exerce alors une juridiction constitutionnelle cantonale. C'est ce qu'ont déjà eu l'occasion de souligner la Cour constitutionnelle du canton de Vaud ainsi que le Tribunal fédéral dans des arrêts rendus en 2012⁶⁵.

Même s'il convient de reconnaître que sa portée exacte reste encore à élucider⁶⁶, la jurisprudence précitée est transposable aux autres cantons, comme les cantons du Jura et de Genève, qui connaissent une juridiction constitutionnelle similaire au canton de Vaud⁶⁷. Il est en tout cas certain, en l'état de la jurisprudence fédérale, qu'en cas d'admission d'un recours abstrait par une juridiction cantonale, c'est uniquement l'arrêté ou le décret cantonal d'approbation qui est annulé, et non directement la convention intercantonale sur laquelle porte cet

⁶³ ATF 138 I 435, consid. 1.

⁶⁴ ATF 138 I 435, consid. 1.3.3; aussi AUER (2016), N 862. Un tel principe vaut logiquement aussi pour le droit intercantonal secondaire, à moins que la convention intercantonale donne expressément le pouvoir à une autorité judiciaire cantonale d'examiner la conformité au droit supérieur des normes adoptées par l'organe intercantonal qu'elle a institué (cf. Cour constitutionnelle JU, arrêt du 28 mars 2006, in: RJJ 2006, p. 342; voir aussi *infra* N 992).

⁶⁵ Cour constitutionnelle VD, arrêt 2011.0006 du 14 février 2012, consid. 1, et ATF 138 I 435, consid. 1.3.4.

⁶⁶ Dans le même sens, cf. FONDATION CH (2014), p. 39; aussi BIAGGINI (2013/II), p. 406 s.

⁶⁷ La Cour constitutionnelle jurassienne semble en revanche considérer qu'elle ne pourrait pas contrôler le droit intercantonal, même indirectement par l'intermédiaire de l'annulation de l'arrêté d'approbation adopté par le Parlement cantonal (cf. Cour constitutionnelle JU, arrêt du 28 mars 2006, consid. 1.2, in: RJJ 2006 342; aussi BOLKENSTEYN [2014], p. 195-197 et MORITZ (2005), N 27). Cette jurisprudence n'est pas convaincante et devrait être révisée au vu de la jurisprudence fédérale et par analogie à la jurisprudence vaudoise. En effet, selon l'art. 104 al. 2 let. a Cst. JU et l'art. 190 let. a de la loi jurassienne de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle, du 30 novembre 1978 (Code de procédure administrative; Cpa JU; RSJU 175.1), la Cour constitutionnelle peut revoir les arrêtés et les décrets cantonaux. Or, le parlement approuve l'adhésion aux conventions intercantionales par arrêté (cf. art. 84 let. b Cst. JU).

arrêté ou ce décret⁶⁸. La convention peut continuer de déployer des effets entre les cantons signataires, à l'exception du canton concerné par la procédure de recours couronnée de succès.

Comme nous le verrons encore, l'intérêt d'une voie de recours cantonale dirigée directement contre l'acte d'approbation cantonal est *a priori* double pour le justiciable : celui-ci dispose d'une voie de recours supplémentaire en plus du recours au Tribunal fédéral et, surtout, il peut demander à ce qu'il soit procédé à un contrôle de conformité de la collaboration intercantonale non seulement par rapport au droit fédéral, mais également, de manière libre, par rapport au droit constitutionnel cantonal. En effet, l'acte d'approbation cantonal d'une convention intercantonale, contrairement à celle-ci, représente un acte qui, au sein de la hiérarchie des normes en droit suisse, est soumis à la constitution cantonale (sur la question, *infra* N 364).

C. L'interprétation « politico-juridique » du droit

En général. – Comme nous l'avons déjà exposé, la question de la qualité démocratique de la collaboration régionale peut théoriquement s'analyser sous deux angles, l'un juridique, l'autre politique. Si ces deux angles de vue doivent être assurément distingués, il est toutefois évident que l'analyse juridique n'est pas imperméable – et ne doit pas l'être – à toutes considérations politiques. Le contrôle juridique et, singulièrement, la juridiction constitutionnelle n'ont jamais été des fonctions ou des actes anodins par lesquels le juge ou toute autre personne ou autorité chargée d'exécuter ce contrôle se contenterait simplement d'être la « bouche de la loi »⁶⁹. 256

L'interprétation contemporaine des constitutions. – Premièrement, parmi les différentes méthodes d'interprétation possible du droit constitutionnel (littérale, historique, systématique, etc.), la jurisprudence a toujours admis la méthode d'interprétation dite « contemporaine » des normes constitutionnelles. Certains auteurs de doctrine voient même en elle une méthode d'interprétation des normes constitutionnelles qu'il conviendrait de privilégier légèrement par rapport aux autres méthodes traditionnelles (historique, téléologique, etc.), à tout le moins face à des normes constitutionnelles ouvertes⁷⁰. 257

Cette méthode d'interprétation tend à définir le sens et la portée de la réglementation constitutionnelle en prenant en compte la manière dont elle peut être

⁶⁸ ATF 138 I 435, consid. 1.4.1.

⁶⁹ Voir, notamment, HÄFELIN ET AL. (2016), N 81, et EHRENZELLER (2016), p. 7-10.

⁷⁰ Cf. dans ce sens, notamment, HÄFELIN/HALLER/KELLER (2012), N 134; aussi WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 1022-1029; voir aussi TSCHANNEN (2016), N 28-32 ad § 4.

comprise en fonction du contexte et de la tradition politiques actuels⁷¹. Dans ce cadre, la situation politique générale peut imposer au juge constitutionnel ou à toute autorité effectuant un contrôle de constitutionnalité de procéder une appréciation évolutive des normes constitutionnelles ou, du moins, de leur portée, voire permettre de reconnaître l'émergence de règles constitutionnelles non écrites.

C'est ainsi qu'avant la reconnaissance explicite de l'autonomie communale par la Constitution fédérale, une reconnaissance prétorienne de ce principe – comme droit constitutionnel non écrit invocable devant le Tribunal fédéral – avait été dictée par des « *considerazioni giuridico-politiche* »⁷². Il apparaissait que, selon la tradition politique qui prévalait, la commune représentait une unité fondamentale de l'État démocratique qui n'était pas totalement soumise à l'autorité du canton auquel elle appartenait et qu'il fallait alors faire fi d'un certain dogmatisme juridique⁷³.

258 *L'influence de la pratique politique.* – Deuxièmement, l'interprétation d'une règle constitutionnelle doit tenir compte de la manière dont cette règle est appliquée dans la pratique.

Quand une norme est appliquée par les acteurs politiques de manière constante sur un grand nombre d'années, il devient toujours plus difficile de détacher son interprétation de celle que lui confère la pratique, à tout le moins sans pouvoir invoquer de véritable motif. L'usage qui est fait de la norme peut alors imposer à celle-ci une orientation ou un sens différent que celui qu'aurait peut-être voulu à l'origine son auteur. Les règles et les principes juridiques peuvent se voir en quelque sorte « relativisés » à l'aune de la réalité juridique et des exigences de la pratique⁷⁴. Pour reprendre les mots du Tribunal fédéral, « *la disposition ne s'impose plus alors au juge par son seul texte mais aussi par la pratique qui l'a toujours comprise dans un sens bien défini* »⁷⁵.

Les exemples sont particulièrement nombreux en matière d'interprétation de règles organisationnelles générales. C'est ainsi que, selon la jurisprudence, le principe de souveraineté populaire ne s'oppose pas au fait qu'une personne appartienne d'office à un organe paroissial en principe directement élu par les paroissiens dans la mesure notamment où une telle pratique vaut depuis plusieurs décennies⁷⁶, qu'un exécutif communal ne peut justifier l'irrecevabilité d'une motion parlementaire en se fondant sur une interprétation stricte d'une

⁷¹ ATF 104 Ia 291 consid. c; ATF 115 Ia 127, consid. 3b.

⁷² ATF 103 Ia 468, consid. 4a.

⁷³ PIGUET (1992), p. 152.

⁷⁴ Tribunal fédéral, arrêt 2C_501/2015 du 17 mars 2017, consid. 4.5, destiné à la publication.

⁷⁵ ATF 83 I 173, consid. 4; aussi HÄFELIN ET AL. (2016), N 88.

⁷⁶ ATF 91 I 110, consid. 6.

norme cantonale alors qu'il ne l'a jamais fait par le passé lors de motions similaires⁷⁷ ou qu'il convient de se montrer souple dans l'application du principe de légalité dans les domaines où, traditionnellement, la réglementation a toujours été l'œuvre d'une autorité non parlementaire⁷⁸.

L'interprétation « politiquement » raisonnable. – Troisièmement, l'interprétation du droit constitutionnel doit tenir compte des implications politiques et pratiques qu'elle peut avoir. L'idée est de préférer – dans la mesure où la combinaison des méthodes d'interprétation le permet – une interprétation du droit qui aboutit à un résultat raisonnable et praticable pour les personnes et les autorités qui sont appelées à le respecter⁷⁹. L'interprétation du droit n'est pas une finalité en soi ; elle doit apporter des réponses au besoin de la société. Dans ce cadre, le juriste doit s'interroger sur l'adéquation de l'interprétation avec la réalité sociale et politique⁸⁰. Dans la mesure où l'interprétation d'une norme ou d'un principe semble raisonnable et pragmatique, elle apparaîtra d'autant plus convaincante et sera mieux respectée.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que le principe d'autonomie communale ne devait pas être interprété dans un sens qui conduise à la paralysie des organisations intercommunales⁸¹. Nous y reviendrons encore largement dans ce travail. Il considère également que le principe de légalité doit probablement être appliqué en ce sens qu'il tombe « *mit der Rechtswirklichkeit und den Praktikabilitätsanforderungen in einen unlösbaren Widerspruch* »⁸². Une partie de la doctrine considère que c'est avec raison que le Tribunal fédéral insiste sur les besoins de la pratique⁸³.

La recherche d'une « concordance pratique ». – Quatrièmement, lorsqu'il n'est pas possible de dégager la véritable portée d'une norme constitutionnelle parce que celle-ci entre potentiellement en contradiction avec une autre norme

⁷⁷ Conseil d'État BE, décision JGK 94.02322 du 5 juillet 1995, consid. 2, in: JAB 1996, p. 147.

⁷⁸ ATF 123 I 248 consid. 3c.

⁷⁹ RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX (2016), N 494; WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 1058. Par exemple, lorsqu'il a rappelé, il y a quelques années, la constitutionnalité de l'assujettissement obligatoire des personnes morales à l'impôt ecclésiastique au regard du respect de la liberté de conscience et de croyance, le Tribunal fédéral n'a pas manqué de souligner que la majorité des cantons connaissent encore aujourd'hui l'impôt obligatoire des personnes morales. Dans ces cantons, un changement de pratique aurait, selon lui, d'importantes répercussions sur le fonctionnement des églises dont le financement dépend en partie de l'impôt ecclésiastique payé par les personnes morales (voir Tribunal fédéral, arrêt 2C_71/2010 du 22 septembre 2010, consid. 6); voir aussi JAAC 62.79, consid. 2bb; JAAC 64.115, consid. 4b; ATAF 2008/11, consid. 4.2; Tribunal administratif, arrêt A-4962/2012 du 22 avril 2013, consid. 5.1.

⁸⁰ Dans ce sens, FRIEDERICH/WICHTERMANN (1997), p. 15.

⁸¹ ATF 113 Ia 200 consid. 3d.

⁸² ATF 112 Ia 39 consid. 2a.

⁸³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 132 s.

de même rang, la Constitution fédérale – voire les constitutions cantonales – doivent alors être interprétées, selon la jurisprudence, dans le sens d'une certaine « concordance pratique ». En clair, il faut conférer aux règles constitutionnelles la même valeur et « les départager, dans une situation donnée, au moyen d'une pesée des intérêts tenant compte de toutes les circonstances concrètes du cas »⁸⁴. Or, la recherche d'une telle concordance pratique par le biais d'une pesée des intérêts suppose forcément un jugement de valeurs de nature politique⁸⁵.

261 *Conclusion.* – L'ouverture des normes constitutionnelles de même que les contradictions existant entre elles font que leur interprétation dans un cas concret doit opérer un savant mélange entre « dogmatisme juridique » et « sens de la réalité politique », un tel « mélange » permettant de conférer une légitimité tant formelle que matérielle à l'interprétation constitutionnelle. Le principe vaut en particulier lorsqu'il convient d'interpréter les règles constitutionnelles qui touchent à la liberté organisationnelle des cantons et des communes, celles qui encouragent la coopération conventionnelle régionale et, enfin, s'il y a lieu, celles qui, au contraire, constituent un obstacle à celle-ci⁸⁶.

III. Les enjeux généraux

262 *Introduction.* – L'analyse juridique du défi démocratique que pose le développement de l'organisation régionale conventionnelle en Suisse présente un double intérêt.

D'un côté, comme nous venons de l'esquisser, il s'agit de déterminer si un tribunal ou, alors, un autre organe politique fédéral ou cantonal pourrait être amené à annuler ou refuser d'approuver une convention organisatrice régionale parce que celle-ci ne respecterait pas certaines règles d'organisation démocratique imposées par le droit fédéral ou par le droit cantonal. Dans cette mesure, le présent travail constitue, d'un point de vue pragmatique, un essai de définition – ou un manuel – des règles générales d'organisation régionale.

D'un autre côté, au-delà même des litiges juridiques concrets qu'il peut provoquer, le défi démocratique auquel se voit confrontée l'organisation régionale

⁸⁴ ATF 131 II 361 consid. 5.3; aussi ATF 139 I 16 et RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX (2016), N 529; pour l'application du principe en matière constitutionnelle cantonale, HOTTE-LIER/TANQUEREL (2014), p. 356.

⁸⁵ Voir notamment EHRENZELLER (2016), p. 12-13; TSCHANNEN (2016), N 40 s. ad § 4; HÄFELIN ET AL. (2016), N 319.

⁸⁶ Pour une analyse détaillée des « *Berührungspunkte zwischen Recht und Politik* » en matière de collaboration intercantonale, SIEGRIST (1977), p. 38-41; aussi, entre autres, BORTER (1976), p. 75; Congrès SSJ-STALDER (1969), p. 1065; HÄFELIN (1969), p. 731, qui écrivait, en 1969 déjà à propos du « fédéralisme coopératif », que « *[d]ie rechtsdogmatische Untersuchung muss durch einer rechtspolitische Betrachtung ergänzt werden* ».

conventionnelle doit nous conduire à nous questionner plus généralement sur le rapport réciproque existant entre les principes démocratiques de droit suisse et le développement de la collaboration intercantonale et intercommunale. Or, cette seconde problématique pourrait être résumée, à notre sens, en trois hypothèses non exclusives :

- Le respect des règles fondamentales régissant l'organisation démocratique cantonale et communale peut-il empêcher une intensification de la collaboration régionale à l'avenir (A) ?
- Une telle intensification peut-elle être rendue possible – ou simplement favorisée – par le développement de nouveaux modèles et mécanismes de gouvernance en matière d'organisation régionale conventionnelle (B) ?
- Compte tenu du déficit démocratique quasi immanent à la collaboration régionale, l'intensification de la collaboration régionale et le développement de nouveaux modèles d'organisation intercantonale et intercommunale ne conduisent-ils pas à accepter une remise en question de certains principes juridiques démocratiques (C) ?

A. Vers des limites à la collaboration régionale ?

L'hypothèse. – Il pourrait être tentant de considérer que la collaboration intercantonale ou intercommunale atteint aujourd'hui – ou touchera bientôt à – ses limites compte tenu du déficit démocratique dont elle pâtit. On pourrait par exemple soutenir qu'il est impossible d'organiser de manière régionale l'exécution de certaines tâches centrales des cantons ou des communes sans violer le principe de souveraineté cantonale ou celui d'autonomie communale. De même, on pourrait arguer qu'il n'est pas envisageable de déléguer à un organe régional le soin d'adopter des règles de droit politiquement importantes, puisqu'un tel organe ne représenterait en principe pas – et presque par définition – un « législateur formel » ordinaire jouissant de la même légitimité démocratique qu'un parlement cantonal ou communal ordinaire. 263

L'intérêt de l'hypothèse. – Vue sous cet angle, la question du déficit démocratique inhérent à la collaboration régionale présente une connexité avec la problématique des réformes territoriales en Suisse. Pour reprendre les mots de TANQUEREL, on pourrait voir dans le déficit démocratique reproché à la collaboration régionale une « limite quasiment intrinsèque » à celle-ci et en conclure que seule une réforme fondamentale de la structure territoriale et institutionnelle 264

helvétique, passant par des fusions de cantons ou de communes, peut « réconcilier démocratie et efficacité dans la fourniture des prestations étatiques »⁸⁷.

L'idée selon laquelle la collaboration régionale, parce que peu démocratique, atteindrait aujourd'hui les limites du juridiquement « possible » revient régulièrement sur le tapis et doit être prise au sérieux, en particulier lorsqu'il s'agit d'apprécier la constitutionnalité de la collaboration intercantonale.

L'exemple de la fusion des polices cantonales. – À titre illustratif, le Président de la Cour constitutionnelle jurassienne n'a pas hésité à émettre publiquement des doutes sur la constitutionnalité du projet – pour l'heure « *schubladisé* » – de fusion des polices jurassienne et neuchâteloise, tout en soutenant ouvertement la fusion des deux cantons en un seul canton de l'arc jurassien⁸⁸. HÄFELIN écrivait également en 1969 que la création d'une organisation policière intercantonale serait anticonstitutionnelle⁸⁹. La fusion des collectivités publiques et/ou la redéfinition de leurs frontières représenteraient donc, selon ces deux constitutionnalistes, l'unique remède aux problèmes résultant de la différenciation fonctionnelle du territoire et des capacités financières réduites des deux cantons.

265

Les limites de l'hypothèse. – Le grand défaut politique d'une telle conception juridique que l'on pourrait qualifier de « dogmatique » – et que TANQUEREL qualifie, lui, de « *réductrice* »⁹⁰ – est qu'elle occulte le fait qu'une restructuration territoriale ne peut apporter qu'une réponse partielle aux problèmes auxquels sont confrontées les collectivités publiques suisses.

Presque par définition, il existera toujours des tâches dont l'accomplissement s'effectuera le plus rationnellement dans un cadre géographique qui ne correspondra pas aux nouvelles frontières cantonales ou communales. Surtout, une véritable restructuration territoriale paraît plus difficile à mettre en œuvre, juridiquement et politiquement, que le recours à une collaboration intercantonale et intercommunale qui respecterait mieux les principes démocratiques (sur la question, *supra* N 56 ss). La pratique semble enfin s'être distancée d'une conception théorique figée du cadre constitutionnel et avoir adopté à ce jour une position pragmatique, étant précisé qu'à l'heure actuelle déjà, de nombreuses tâches et fonctions étatiques importantes sont exécutées et exercées à un niveau intercantonal ou intercommunal (*supra* N 17 ss).

⁸⁷ TANQUEREL (2001), p. 20. La question chauffe régulièrement les esprits de certains parlementaires cantonaux qui, tout en soutenant la collaboration intercantonale, considèrent parfois qu'« en poussant le fédéralisme suisse dans ses derniers retranchements, celle-là en prépare la réforme » (voir les propos tenus par M. Vifian au Parlement jurassien, in: Journal des débats, Séance du 26 avril 2006, p. 191).

⁸⁸ Propos relatés par le journal *Le Jura libre*, édition du 28 juin 2012, p. 1.

⁸⁹ Cf. HÄFELIN (1969), p. 662.

⁹⁰ TANQUEREL (2001), p. 20; aussi TANQUEREL (2015/II), p. 35.

B. Vers de nouveaux mécanismes démocratiques régionaux ?

L'hypothèse. – Si l'on devait admettre que le déficit démocratique dont pâtit la collaboration régionale représente un motif qui justifie de reconnaître des limites – si ce n'est juridiques au moins politiques – à cette même collaboration, il conviendrait alors de se demander si un tel déficit pourrait être comblé, à tout le moins en partie, par le développement de nouvelles règles d'organisation ou de nouveaux mécanismes de gouvernance démocratique au niveau régional. 266

Autrement dit, il s'agirait de se demander s'il est possible de mettre en place des mécanismes politiques régionaux ou des règles d'organisation régionale – intercantonale ou intercommunale – qui permettent de compenser le déficit démocratique que l'on reproche à la collaboration régionale⁹¹. Par là même, la légitimité de la collaboration régionale se verrait améliorée et, peut-être, ses limites repoussées un peu plus loin.

L'intérêt de l'hypothèse. – En 2010, le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe a déjà recommandé à la Suisse de réfléchir à la possibilité de trouver des « bases institutionnelles nouvelles » pour encadrer les conventions régionales – en particulier intercantionales – et leur application, bases devant « permett[re] à la fois à la démocratie directe traditionnelle de s'exprimer et aux élus d'exercer pleinement leur responsabilité politique à cet égard »⁹². 267

À vrai dire, comme nous l'avons vu, les cantons et les communes, conscients du déficit démocratique de la collaboration intercantonale et intercommunale ont déjà commencé à développer depuis un certain temps de nouveaux mécanismes politiques régionaux (p. ex. droits politiques intercommunaux, commissions interparlementaires de contrôle ; *supra* N 231 ss). Cependant, dans les milieux parlementaires cantonaux, des voix s'élèvent régulièrement pour demander d'aller encore plus loin, notamment en matière d'organisation intercantonale⁹³. Très concrètement, le Forum Interparlementaire Romand en-

⁹¹ Pour une hypothèse similaire s'agissant des établissements intercantonaux, TANQUEREL (2001), p. 20.

⁹² CPLR (2010), Recommandation 285, par. 11, let. f.

⁹³ Voir les propos tenus par M. Rémy Meury au Parlement jurassien, in: Journal des débats, Séance du 22 septembre 2010, p. 827: « La CoParl sera une institution alibi, coûteuse, qui ne changera rien au fonctionnement de ce pouvoir intermédiaire. Si on voulait véritablement changer quelque chose, nous devrions exiger par exemple le droit d'initiative cantonale auprès des conférences intercantionales. » Tout comme ceux de Mme Carole-Anne Kast, députée au Grand Conseil genevois, selon laquelle « [o]n assiste[rait] en fait dans ce processus à la création d'un quatrième niveau institutionnel, entre le niveau cantonal et le niveau national, alors que malheureusement les institutions politiques ne sont pas adaptées à ce système [du fait

visage depuis plus d'une quinzaine d'années déjà la création d'un « échelon régional subsidiaire dans le système politique suisse avec des scrutins populaires régionaux pour les objets régionaux »⁹⁴ et les concepteurs de l'avant-projet d'ACI avaient également envisagé, à l'origine, que cette convention-cadre instaure de véritables droits politiques intercantonaux⁹⁵.

Il est en tout cas certain que les modèles d'organisation régionale conventionnelle qui ont été développés jusqu'à présent ne sont pas les seuls imaginables. Ce constat est particulièrement vrai s'agissant des modèles institutionnels intercantonaux développés par les gouvernements cantonaux qui se sont réservés généralement l'essentiel du pouvoir au sein des organisations intercantionales (sur la question, *supra* N 202 et 229). C'est un tel présupposé qui a d'ailleurs conduit TANQUEREL à proposer, au début de la décennie passée, un modèle avant-gardiste d'« établissement public démocratisé » intercantonal⁹⁶.

268

Les limites de l'hypothèse. – Toutefois, le développement de nouveaux mécanismes de gouvernance régionale n'est et ne sera pas toujours aisé à réaliser. D'une part, il pose toute une série de problèmes juridiques bien réels. Les mécanismes de démocratie directe au niveau régional peuvent par exemple entrer en conflit avec le principe d'égalité des droits politiques. La présente thèse traitera ce point en détail (voir notamment *infra* N 884 et 901). D'autre part et surtout, il existe et existera encore longtemps une certaine réticence politique au développement de nouveaux mécanismes de gouvernance censés améliorer la qualité démocratique de la collaboration régionale, non seulement parce qu'ils peuvent compliquer celle-ci (sur la question, *supra* N 237 ss), mais également parce qu'ils peuvent emporter avec eux une plus forte intégration régionale.

L'exemple de droits politiques régionaux. – Ainsi, 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 de la révision de la *Constitution du canton de Schwyz* (Cst. SZ), finalement adoptée le 15 mai 2011⁹⁷. De même, il n'est pas étonnant qu'au niveau intercantonal, le souhait qu'avait exprimé en 2000 le Forum Interparlementaire Romand d'un échelon intercantonal avec des scrutins populaires régionaux dès 2010 déjà soit pour l'instant resté lettre morte⁹⁸.

qu'il n'existe[rait] en effet pas de "parlement intercantonal", ni de droit d'initiative ou de référendum sur les décisions prises à ce niveau ».

⁹⁴ FIR (2000), p. 4399; voir aussi, pour une telle proposition dans les années 1970 déjà, FONDATION CH (1973), p. 598.

⁹⁵ Voir BOEGLI (1998), p. 94 s.; GROUPE DE PROJET RPT 2 (1997), ad art. 8-10.

⁹⁶ TANQUEREL (2001), p. 23.

⁹⁷ Voir KR-Protokoll SZ, séance du 19/20 mai 2010, p. 876 s., et art. 39 de la Constitution du canton de Schwyz du 24 novembre 2010 (Cst. SZ; RS 131.215).

⁹⁸ Voir FIR (2000), p. 4399.

C. Vers une nouvelle conception des principes démocratiques ?

L'hypothèse. – Les deux précédentes hypothèses – c'est-à-dire celle de l'existence de limites intrinsèques à la collaboration régionale et celle de la nécessité de développer de nouveaux mécanismes démocratiques compensatoires dans le cadre des organisations régionales – partent, schématiquement, de la prémisse selon laquelle il appartiendrait à l'organisation régionale conventionnelle de se conformer à la conception que l'on a traditionnellement des principes démocratiques. 269

On peut cependant se demander – selon une logique inverse – s'il ne faudrait pas plutôt réviser la manière dont de tels principes juridiques sont interprétés et appliqués en droit suisse afin de ne pas empêcher le développement des organisations régionales conventionnelles. C'est la logique qui paraît être suivie en pratique, car les autorités et la population suisses – tant au niveau fédéral que cantonal – semblent pour l'heure préférer le développement de nouvelles structures institutionnelles régionales que de procéder à des réformes constitutionnelles et territoriales qui permettraient de mieux respecter les règles et procédures démocratiques traditionnelles (sur la question, *supra* N 56 ss).

L'intérêt de l'hypothèse. – Comme nous l'avons déjà vu, l'hypothèse selon laquelle il appartiendrait, dans une certaine mesure, au droit de s'adapter aux réalités politiques n'est pas du tout farfelue sur un plan juridique et constitutionnel (sur la question, *supra* N 256 ss). Elle présente surtout un intérêt spécial en matière de collaboration régionale, car il est envisageable, sur cette base, de repousser les éventuelles limites résultant théoriquement de l'application des principes d'organisation démocratique en assouplissant leur portée normative afin de tenir compte de la nécessité de la collaboration régionale en Suisse. À titre comparatif, les années 80/90 ont vu émerger les théories de *New Public Management* (NPM) qui avaient la prétention d'amener une nouvelle philosophie de l'État et de ses principes d'organisation. Aujourd'hui, il s'agit en quelque sorte de se demander si ne se développe pas – ou ne pourrait pas se développer – en droit suisse une forme de concept de *Cooperative Public Management* ou de *New Territorial Management*⁹⁹. 270

L'émergence d'une nouvelle compréhension des règles d'organisation démocratique de droit suisse pourrait présenter un intérêt conceptuel général. Elle

⁹⁹ Voir CTA (2004), p. 38, selon laquelle la théorie du NPM, axée sur l'efficacité, « est aussi tout à fait pertinente pour ce qui est des formes de collaboration au sein de l'agglomération »; LIENHARD (2005), p. 417, selon lequel « [i]n Anlehnung an Zusammenarbeitsformen mit Privaten (Public Private Partnership) kann dabei von Public Partnership gesprochen werden »; dans ce sens aussi, PFISTERER (2009), p. 720, BRUNNER (2004), p. 131-150, et, surtout, ZEHNDER (2007), p. 230-257, qui s'inspire de la théorie du NPM pour mettre au point un modèle de corporation intercantonale.

pourrait notamment trouver un écho s'agissant de la collaboration internationale ou de l'organisation politique des nouvelles collectivités issues des réformes territoriales (cantons ou communes fusionnés ; voir *infra* N 1162).

271 *Les limites de l'hypothèse.* – Il s'agit toutefois de ne pas oublier que la réalité politique et les contingences pratiques liées à la nécessité de développer la collaboration régionale ne peuvent – et ne doivent – influencer que dans une mesure limitée sur la conception que l'on peut avoir des règles d'organisation démocratiques fixées par le droit positif. Il appartient fondamentalement aux législateurs et, spécialement, aux constituants d'imposer – ou le cas échéant de proposer – les principes démocratiques et institutionnels que toute structure étatique se doit de respecter dans la mesure où elle entend jouir d'une légitimité vis-à-vis de la population administrée et s'inscrire sur le long terme dans le respect des principes et droits constitutionnels existants (voir, sur la fonction stabilisatrice du droit constitutionnel, *supra* N 244)¹⁰⁰.

Si les structures de collaboration intercantonale ou intercommunale institutionnalisées s'écartent trop de règles constitutionnelles existantes et de l'interprétation que la pratique et la doctrine leur ont toujours donnée, il convient d'adopter de nouvelles règles dans le respect des processus démocratiques, et non de vider les anciennes de leur substance.

¹⁰⁰ Voir aussi TSCHANNEN (2016), N 27 ad § 3.

Deuxième partie :

Quelques principes constitutionnels régissant l'organisation des cantons

Résumé introductif. – Après avoir rapidement plongé le lecteur dans le sujet de l'organisation régionale conventionnelle, nous lui imposons maintenant un léger « retour en arrière ». En effet, l'approche déductive que nous adoptons dans notre étude pour définir les règles applicables en matière d'organisation régionale conventionnelle nous contraint à présenter, préalablement, quelques principes constitutionnels régissant habituellement l'organisation démocratique des cantons et des communes. L'idée qui justifie ce petit « détour méthodologique » est qu'une organisation intercantonale et intercommunale ne doit pas violer de tels principes, ni les contourner, au risque sinon de présenter, précisément, un « déficit démocratique » entendu en un sens juridique.

La fonction de ce deuxième « acte » de thèse qui ne porte pas directement sur l'organisation régionale conventionnelle consiste donc à préciser le contenu de quelques aspects de l'organisation cantonale ou communale qui sont ou pourraient être touchés par ce phénomène. Nous y rappelons tout d'abord les implications juridiques réelles de la structure étatique démocratique « à trois niveaux » telle qu'elle a été voulue par le constituant ainsi que le sens et la portée des principes imprécis de « souveraineté » cantonale et d'autonomie communale (chapitre 4). Nous présentons ensuite quelques autres principes d'organisation étatique arborant, pour certains, une plus grande densité normative pour la question de la régionalisation des tâches et des compétences. Il s'agit, d'une part, des règles constitutionnelles qui régissent la répartition des compétences et la décentralisation des tâches prévalant au sein des cantons et des communes (chapitre 5) et, d'autre part, de certains droits politiques cantonaux et communaux garantis constitutionnellement (chapitre 6).

Enfin, nous estimons utile de mettre en exergue dans cette partie de thèse quelques règles spécifiques déduites du principe de légalité (réserve de loi formelle, délégation législative, renvoi législatif ; chapitre 7) ainsi que certaines normes constitutionnelles d'organisation et de fonctionnement des tribunaux (chapitre 8). Le fait est que l'organisation régionale conventionnelle conduit forcément à l'adoption de nouvelles « règles de droit » et, régulièrement, à une modification de l'organisation judiciaire cantonale.

Chapitre 4 : Les cantons et les communes comme échelons étatiques fondamentaux

I. La « souveraineté » cantonale et l'autonomie communale

Introduction. – Il n'est pas possible de traiter de la question des exigences constitutionnelles en matière d'organisation régionale conventionnelle sans évoquer l'origine et le fondement d'une telle problématique, c'est-à-dire la reconnaissance constitutionnelle de l'existence des « cantons » et des « communes ». En effet, la problématique constitutionnelle de l'organisation intercantonale ainsi que celle de l'organisation intercommunale ne se posent que parce que le droit constitutionnel suisse reconnaît l'existence des cantons et des communes. Celle-ci fait d'ailleurs l'objet d'une consécration particulière dans la Constitution fédérale dont le Titre 3 s'intitule « Confédération, cantons et communes ».

272

Il s'agit dès lors d'analyser les implications juridiques que cette reconnaissance constitutionnelle des cantons et des communes a sur l'autonomie organisationnelle externe de ces mêmes collectivités. Pour ce faire, il convient de définir, dans un premier temps, la portée juridique des deux principes inhérents à la reconnaissance des cantons et des communes. Nous pensons évidemment, d'un côté, à la « souveraineté » cantonale (A) et, de l'autre, à l'autonomie communale (B), principes auxquels la collaboration intercantonale et intercommunale pourrait théoriquement porter une atteinte excessive.

A. La « souveraineté » cantonale

Plan. – Dans l'optique d'une définition des règles générales régissant l'organisation conventionnelle intercantonale, il s'agit bien évidemment de rappeler les sources et le sens de la notion de « souveraineté » cantonale en droit suisse (1), avant d'aborder les implications juridiques théoriques de ce principe en matière d'organisation cantonale (2), de préservation des compétences cantonales (3) et, enfin, de dénonciation des conventions intercantionales (4).

273

1. Les sources et le sens de la notion

274 *La notion de « souveraineté » cantonale en droit fédéral.* – La Constitution fédérale retient, à son art. 3 Cst., que « les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale ».

Cette référence à la notion de « souveraineté » pourrait paraître trompeuse si l'on devait considérer, en suivant une conception classique, qu'une collectivité est « souveraine » dans la mesure où elle jouit du droit d'exercer les fonctions étatiques sur un territoire donné, à l'exclusion de toute autre structure étatique¹. Dans un État fédéral, les entités territoriales fédérées ne sont bien évidemment pas « souveraines » au sens classique du terme qui voudrait qu'elles ne soient soumises à aucun pouvoir politique supérieur. Elles sont bien entendu tenues de respecter le pouvoir fédéral, à tout le moins lorsque celui-ci agit dans le cadre de ses compétences. À partir de là, les entités fédérées exercent tout au plus une souveraineté partagée ou superposée avec l'État fédéral². Le droit constitutionnel suisse suit évidemment ce modèle.

La référence à la « souveraineté » cantonale faite par la Constitution fédérale répond avant tout à des considérations historiques. Le constituant a voulu montrer que les cantons étaient à la base de la Confédération et qu'ils représentaient des « États » indépendants dans l'exercice de leurs compétences³. En somme, la notion de « souveraineté » cantonale ne doit pas être entendue dans un sens dogmatique, mais être rapprochée de celles d'« indépendance » (« *Eigenständigkeit* ») ou d'« autonomie » évoquées à l'art. 47 Cst. (voir *supra* N 64 ss)⁴.

275

¹ Cf., parmi d'autres, BSK BV-BIAGGINI (2015), N 77 ad art. 3 Cst.; aussi Comm. aCst.-SALADIN (1986), N 42 s. ad art. 3 aCst. Pour rappel, en droit international, la souveraineté est traditionnellement définie comme une « indépendance » ou comme le « droit d'(...) exercer [relativement à une partie du globe], à l'exclusion de tout autre État les fonctions étatiques » (Sentence arbitrale du 4 avril 1928, *Affaire de l'Île de Palmas [États-Unis c. Pays-Bas]*, traduction française par Charles Rousseau, in : RGDIP, Vol. 42, 1935, p. 156-202, spéc. 163; cf. aussi, parmi d'autres, SG Komm. BV-SCHWEIZER [2014], N 5 ad art. 3 Cst.; AUBERT [2003], N 5 ad art. 3 Cst.).

² Cf. notamment sur la question, RHINOW/CHEFER/UEBERSAX (2016), N 635; BSK BV-BIAGGINI (2015), N 80 ad art. 3 Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER (2014), N 7 ad art. 3 Cst., et AUBERT (2003), N 7 ad art. 3 Cst.

³ Cf., parmi d'autres, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 1011; AUBERT (1967), N 588.

⁴ Dans ce sens également, SG Komm. BV-SCHWEIZER (2014), N 8 ad art. 3 Cst, et WIGET (2012), p. 23; pour la reconnaissance d'une notion propre et distincte d'« indépendance », voir HANGARTNER (2012), p. 145-156. D'ailleurs, le Tribunal fédéral ne distingue jamais les notions précitées qu'il utilise comme synonymes (voir notamment ATF 138 I 378, consid. 8.3; ATF 135 I 28, consid. 5.4; ATF 135 II 94, consid. 6.2; ATF 130 II 65, consid. 5.1; Tribunal fédéral, arrêt 1C_121/2011 du 9 août 2011, consid. 4.4.3).

La « souveraineté » cantonale en droit cantonal. – C’est également dans ce sens qu’il faut comprendre les constitutions cantonales qui – comme celles des cantons du Jura, du Valais et de Genève – consacrent le principe selon lequel ceux-ci représentent des « canton[s] souverain[s] de la Confédération suisse »⁵. La formule utilisée exprime implicitement le principe d’une « souveraineté » cantonale encadrée par l’État fédéral que l’on devrait également taxer, de manière dogmatique, d’« autonomie » cantonale⁶. Comme l’a relevé le Professeur Thierry Tanquerel lors des débats de la dernière constituante genevoise, l’utilisation du terme de « souveraineté » – qu’il regrettait – peut tout au plus se justifier du fait que « l’on peut avoir de l’affection pour la valeur historico-symbolique de ce terme », mais elle ne reflète ni la « réalité concrète », ni la « réalité juridique »⁷. Certains constituants cantonaux (alémaniques) ont d’ailleurs préféré consacrer l’« autonomie » (« *Eigenständigkeit* ») de leur canton et non une prétendue « souveraineté » (« *Souveränität* ») de celui-ci⁸.

La nomenclature choisie. – En dépit des considérations qui précèdent, nous utiliserons dans la présente thèse la notion de « souveraineté » cantonale en lieu et place de celle d’« autonomie » cantonale, afin d’éviter des confusions malvenues avec la notion d’« autonomie communale ». Il s’agira cependant de garder à l’esprit que, contrairement aux communes, les cantons ne constituent pas de simples « *Selbstverwaltungskörpern* » au sein du système politique helvétique, dès lors qu’ils jouissent – et qu’ils peuvent se prévaloir – de compétences et d’une structure étatique originelles⁹ et que leur existence est consacrée par la Constitution fédérale elle-même (voir, pour comparer, sur la reconnaissance de l’autonomie communale, *infra* N 301).

La définition négative et positive de la « souveraineté ». – Comme nous venons de l’évoquer, la notion de « souveraineté » sur un territoire – et celle d’« autonomie » qui en dérive ou qui lui est connexe – est traditionnellement

⁵ Dans le même sens, HÄFELIN ET AL. (2016), N 942, MORITZ (1997), N 10 ad Titre I Cst. JU, et Komm. KV ZH-TÖNDURY (2007), N 4 s. ad art. 1 Cst. ZH.

⁶ La constitution cantonale jurassienne illustre parfaitement cette idée, dans la mesure où elle utilise aussi le terme de « souveraineté » pour qualifier l’« autonomie » des communes (cf. art. 117 Cst. JU).

⁷ Voir Bulletin officiel de l’Assemblée constituante genevoise, Tome II, Session du 22 septembre 2009, p. 532 s.; aussi HOTTELIER/TANQUEREL (2014), p. 347.

⁸ Voir, pour des exemples, art. 1 al. 1 de la Constitution du canton de Soleure du 8 juin 1986 (Cst. SO; RS 131.221) et art. 1 al. 1 Cst. BL; aussi HANGARTNER (2012), p. 145 s.

⁹ Sur le risque malvenu de confusion entre deux notions juridiques qui se ressemblent beaucoup, sans se recouvrir totalement, s’agissant de leur portée normative notamment, voir, entre autres, AUER (2016), N 420; aussi TSCHANNEN (2016), N 2 ad § 16; BSK BV-BIAGGINI (2015), N 79 ad art. 3 Cst.; HANGARTNER (2012), p. 150-152; aussi BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 8 ad art. 47 Cst.; pour un résumé succinct et clair, SG Komm. BV-EGLI (2014), N 4-6 ad art. 47 Cst.

définie par la négative. Il s'agirait du droit d'une collectivité territoriale d'exercer sur un territoire donné un certain nombre de fonctions étatiques à l'exclusion de toute autre collectivité (*supra* N 274). L'idée de « souveraineté » part alors d'une conception à la fois défensive et statique. Ce n'est toutefois là qu'une des perceptions ou interprétations possibles que l'on peut avoir du concept en question, perception qui se voit d'ailleurs de plus en plus relativisée.

Il est très fréquent aujourd'hui que la doctrine juridique complète la notion classique de souveraineté étatique par un élément positif, en l'occurrence par la responsabilité qui incombe à un État démocratique de s'ouvrir sur le monde afin de protéger les droits de ses citoyens et d'assurer le bien-être de sa population¹⁰. Une telle définition positive de la souveraineté jouit *a priori* d'un ancrage récurrent en droit constitutionnel suisse.

Quelques exemples. – Au niveau fédéral, l'art. 2 Cst. ne se contente pas de prévoir que la Confédération suisse « assure l'indépendance et la sécurité du pays », mais prévoit également que celle-ci a pour but de « favorise[r] la prospérité commune »¹¹. Comme la plupart des constitutions cantonales en Suisse, celles des cantons romands – à l'exception de celle du Valais¹² – soulignent aussi le principe selon lequel le canton doit assurer la « prospérité commune », le « bien commun » ou le « bien-être » de sa population¹³. Il n'est enfin pas rare que le Tribunal fédéral rappelle que l'exercice de la « souveraineté » cantonale – notamment en matière fiscale ou dans la gestion du patrimoine financier – doit poursuivre le bien commun¹⁴.

¹⁰ Dans ce sens, SG Komm BV-SCHWEIZER (2014), N 5 ad art. 3 Cst.; BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 532 s.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER (2013), N 24 et 31; BIAGGINI (2017), N 20 ad art. 3 Cst.; BREINING-KAUFMANN (2006), p. 17; BESSON (2006), N 5; Comm. aCst.-SALADIN (1986), N 40 ad art. 3 aCst.

¹¹ Voir notamment SG Komm. BV-EHRENZELLER (2014), N 9 ad art. 2 Cst., lequel voit une disposition qui « *vermittelt ein zeitgemässes, verständliches und abgerundetes Bild der modernen Staatsaufgaben* ».

¹² Il a néanmoins été question – et un amendement avait été fait en ce sens – que le préambule de la constitution cantonale bernoise contienne la formulation selon laquelle l'objectif du peuple bernois est d'« accroître le bien-être des individus et la prospérité de la collectivité » (cf., sur cette question, BOLZ [1995/I], N 4 ad Préambule ConstC BE).

¹³ Art. 3 Cst. FR; art. 6 Cst-VD; voir, notamment, les préambules des constitutions cantonales jurassienne, neuchâteloise, genevoise, zurichoise, argovienne et grisonne. On rappellera ici que la doctrine reconnaît une certaine normativité au préambule des constitutions cantonales (cf. notamment Komm. KV GR-RATHGEB [2006], N 11 ad Préambule Cst. GR; MORITZ [1997], N 16 ad Préambule Cst. JU; EICHENBERGER [1986], N 3-9 ad Préambule Cst. AG; pour la Constitution fédérale, BSK BV-BELSER [2015], N 11 s. ad Präambel; SG Komm. BV-EHRENZELLER [2015], N 9-14 ad Präambel).

¹⁴ Cf., notamment, ATF 133 II 206, consid. 10.2; Tribunal fédéral, arrêt 2C 466/2008 du 10 juillet 2009, consid. 4.2; respectivement, Tribunal fédéral, arrêt du 3 juin 1979, consid. 2c, in: SJ 1971, p. 305.

La souveraineté coopérative en général. – Le développement d'une conception positive de la souveraineté – en complément, voire au détriment de sa définition négative classique – entraîne, dans son sillage, l'idée d'une souveraineté dynamique et coopérative¹⁵. En effet, le développement et la promotion de la prospérité commune passent dans de nombreux domaines par la coopération interétatique. Ce sont bien souvent les dépendances factuelles qui limitent la souveraineté d'une entité étatique et non les accords interétatiques, lesquels peuvent représenter une des réponses à celles-là, voire le seul moyen pour un État d'influencer le monde extérieur au travers de droits de participation au sein d'une organisation collective¹⁶.

Sur la base de ce constat, on peut considérer qu'un État, lorsqu'il s'oblige vis-à-vis d'un ou de plusieurs autres États de manière réciproque, ne perd pas forcément sa souveraineté, mais qu'il la promeut¹⁷. Le Conseil fédéral a lui-même déjà eu l'occasion de se rallier à une telle opinion juridique¹⁸ :

« Le droit international n'a donc pas pour seul objectif d'assurer la stabilité dans les relations entre États. De plus en plus, il place au premier plan la protection et le bien-être individuels, ce qui change notre perception de la souveraineté des États. Celle-ci n'est plus définie, par la négative, comme une non-immixtion de la part des États étrangers. Elle s'enrichit d'un contenu positif : la souveraineté d'un État comprend sa responsabilité primaire de veiller à la sécurité et au bien de sa population. (...) Il ne faut pas non plus oublier les opportunités que recèle le droit international. Il permet régulièrement aux États d'exercer une influence au-delà des limites de leur régime juridique national, de faire valoir leurs propres intérêts au niveau international et de défendre leurs idéaux sur la scène mondiale. »

La « souveraineté » coopérative cantonale en particulier. – Certes, les propos qui précèdent se rapportent avant tout à la problématique de la définition de la souveraineté nationale, mais ils sont évidemment transposables à celle de « souveraineté » cantonale qui contient assurément, elle aussi, une composante coopérative. Historiquement, la « souveraineté » cantonale a toujours été conçue comme un pouvoir autolimité par les cantons eux-mêmes au travers de la

¹⁵ Voir notamment BESSON (2006), N 3, et (2003/II), p. 39-42, qui évoque le « développement d'une souveraineté de responsabilité et de coopération en complément de la souveraineté westphalienne d'indépendance et de contrôle ».

¹⁶ Cf., dans le même sens, mais au sujet de la problématique internationale, KÜNZLI (2009), p. 48 et 50 : « In diesem Sinn wird heute zunehmend anerkannt, dass das in Art. 2 BV verankerte aussenpolitische Oberziel der "Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz" kaum mehr effizient durch den Erhalt möglichst grosser Autonomie, d.h. rechtlicher Gestaltungsfreiräume, erreicht werden kann, sondern dass es für einen Kleinstaat wie die Schweiz vielmehr aktive Partizipation an der Gestaltung einer möglichst durch das Recht und nicht durch die Macht des Faktischen gestaltete Weltordnung verlangt. ». Aussi SG Komm. BV-EHRENZELER (2014), N 9 ad art. 18 Cst.

¹⁷ Dans ce sens, SG Komm. BV-SCHWEIZER (2014), N 5 ad art. 5 Cst.; BESSON (2003), p. 13.

¹⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2010/III), p. 2077 s.

Constitution fédérale en vue de la poursuite du bien commun¹⁹. De même, en visant, entre autres, un renforcement de la collaboration intercantonale, la RPT partait bel et bien de la prémisse selon laquelle la notion de souveraineté doit – ou du moins peut – être définie selon une approche contemporaine en fonction de « critères modernes » dans la mesure où « seule une souveraineté partagée avec des partenaires [serait] actuellement synonyme de succès »²⁰.

280 *L'exemple de l'entrée en souveraineté du canton du Jura.* – Nous ne prendrons ici qu'un exemple, mais parfaitement illustratif.

L'entrée en souveraineté du nouveau (petit) canton du Jura en 1979 – dans le but de « bâtir une société prospère » – supposait en même temps, et presque paradoxalement, la continuation et le développement de la coopération régionale, notamment avec le canton de Berne (voir *supra* N 107). Le constituant jurassien en était d'ailleurs pleinement conscient puisque le préambule de la constitution jurassien qu'il a adoptée exhorte la République et Canton du Jura à « joue[r] un rôle actif au sein des communautés dont elle se réclame », étant précisé que les communautés en question sont notamment les cantons voisins du Jura, la Romandie et, de manière générale, l'espace jurassien²¹.

En 1978, dix jours avant le vote fédéral sur la création du nouveau canton, l'Assemblée constituante du canton du Jura, consultée sur une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, évoquait quant à elle très clairement l'idée d'un « renforcement de l'autonomie cantonale par le développement de la coopération [intercantonale] »²². Plus tard, en 1992, le Tribunal fédéral a eu, lui aussi, l'occasion de rappeler l'importance de la coopération intercantonale pour le bien commun et, partant, pour la souveraineté cantonale. Il était alors appelé à se prononcer sur une initiative populaire cantonale lancée par les milieux autonomistes jurassiens qui risquait de mettre à mal la coopération interjurassienne²³.

¹⁹ Cf. notamment AUER (2013/II), p. 393, et GREBER (2000), p. 11.

²⁰ ORG. DE PROJET RPT (1999/I), p. 44.

²¹ Cf., sur le sujet, MORITZ (1997), N 16 ad Préambule Cst. JU. Le préambule d'autres constitutions cantonales – comme les constitutions cantonales vaudoise, genevoise, fribourgeoise, neuchâteloise et zurichoise – promeut également une souveraineté cantonale « ouverte » sur le monde, soit coopérative (cf., dans ce sens, Komm. KV ZH-MARTI [2007], N 22 s. ad Préambule Cst. ZH; BAUER [2015], N 2.2 ad Préambule Cst. NE).

²² Voir la réponse de l'Assemblée constituante de la République et Canton du Jura à la consultation sur la nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, in: Journal officiel de l'Assemblée constituante, no 41, Séance du 14 septembre 1978, p. 2 s.

²³ ATF 118 Ia 197, consid. 5c: « Les entraves à cette coopération pourraient porter atteinte au bien commun des deux cantons concernés et, en définitive, à celui de l'ensemble de la Confédération. Le fonctionnement d'institutions de coopération culturelle, sociale ou économique

2. La souveraineté populaire cantonale

En général. – Dans la mesure où la Constitution fédérale impose aux cantons une organisation démocratique (art. 51 Cst.; *supra* N 70 s.), l'exercice de la « souveraineté » – notamment le pouvoir de légiférer – doit pouvoir être imputé à la volonté de la population ou, du moins, à celle des citoyens du canton concerné. Autrement dit, la « souveraineté cantonale » n'a de sens, dans un État démocratique comme la Suisse, que pour autant que l'action politique cantonale soit légitimée, d'une façon ou d'une autre, par une décision de la population ou, à tout le moins, par une décision du corps électoral cantonal.

281

Ce principe de la « souveraineté populaire » (*Volkssouveränität*) figure, sous diverses formes, dans les constitutions de tous les cantons suisses²⁴. Par exemple, les constituants romands – bernois y compris, fribourgeois excepté – ont jugé utile d'ancrer expressément le principe selon lequel le peuple est souverain, que le pouvoir lui appartient et qu'il l'exerce soit directement lors de votations, soit indirectement par l'intermédiaire des autorités qu'il élit²⁵.

L'exigence minimale d'une organisation républicaine. – L'idée de base est claire : le principe de « souveraineté populaire » suppose que l'exercice du pouvoir cantonal puisse se prévaloir d'une légitimité démocratique suffisante. La question de savoir comment il convient d'assurer exactement cette légitimité est en revanche assez ouverte²⁶. Assurément, il faut au moins qu'il existe une organisation cantonale républicaine au sein de laquelle un parlement élu au suffrage direct prend les décisions importantes relevant de l'exercice de la souveraineté cantonale²⁷. Le principe de souveraineté populaire n'exige cependant pas que le corps électoral élise l'ensemble des autres autorités cantonales, comme le gouvernement ou les instances judiciaires cantonales²⁸. De telles exigences, tout comme l'octroi de droits de participation démocratique directe, tels que des droits d'initiative populaire ou de référendum, ne peuvent être déduites que de

282

pourrait en être gravement affecté. Des dissensions sérieuses pourraient surgir dans des domaines où ces cantons entretiennent aujourd'hui des rapports normaux en vue de réaliser l'objectif fondamental de l'accroissement de la prospérité commune, énoncé à l'art. 2 [a]Cst. »

²⁴ Cf., dans ce sens, Tribunal fédéral, arrêt du 2 juillet 1975, consid. 2b, in: SJ 1976, p. 348; voir aussi TÖNDURY (2007), N 13 ad art. 1 Cst. ZH.

²⁵ Voir art. 2 al. 1 Cst-GE; art. 1 al. 2 Cst-VD; art. 1 al. 2 Cst. VS; art. 1 al. 2 ConstC BE; art. 1 al. 2 Cst. NE; art. 2 Cst. JU.

²⁶ Cf., dans le même sens, EICHENBERGER (1986), N 1 ad § 1 Cst. AG.

²⁷ Notamment, sur cette question, AUER (2016), N 584; Komm. KV-ZH-TÖNDURY (2007), N 15 ad art. 1 Cst. ZH; aussi BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 23 s. et 32 ad art. 51 Cst.

²⁸ Notamment Tribunal fédéral, arrêt 1C_210/2016 du 24 août 2016, consid. 3.2, et arrêt 1C_217/2008 du 3 décembre 2008, consid. 2.2; BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 36 ad art. 51 Cst.; SG Komm. BV-RUCH (2014), N 9 ad art. 51 Cst.

normes constitutionnelles fédérales ou cantonales expresses (notamment *infra* N 444 et 581)²⁹.

283 *La portée juridique de la notion de « souveraineté populaire ».* – Le fait est que juridiquement, compte tenu de leur imprécision, la notion de « souveraineté populaire cantonale » ainsi que la notion corollaire d'« organisation cantonale démocratique » ne permettent pas véritablement de déduire de portée normative contraignante aux normes constitutionnelles, fédérales ou cantonales, qui les consacrent. Nous pouvons nous référer ici à KNAPP/RUCH/SCHWEIZER qui voient dans le mot « démocratique » un terme « difficilement justiciable »³⁰, tandis qu' à AUER qui voit, lui, dans la notion de « souveraineté populaire cantonale » une idée « à la fois tellement puissante et vague »³¹. À cela s'ajoute que les principes constitutionnels en question, au-delà même de leur imprécision, doivent s'interpréter en tenant compte de l'ensemble des autres dispositions constitutionnelles fédérales et cantonales, lesquelles autorisent expressément des procédés organisationnels, comme la délégation de tâches à des tiers, qui impliquent inévitablement l'acceptation d'une certaine inflexion des – voire d'une atteinte aux – idéaux démocratiques tel que le principe de la souveraineté populaire (sur la délégation de tâches, *infra* N 421 ss).

284 *La jurisprudence.* – Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de considérer, lui-même, que les dispositions constitutionnelles cantonales qui soulignaient le principe de souveraineté populaire cantonale énonçaient un « principe trop général pour être directement applicable »³².

Dans un cas plus concret, la Cour constitutionnelle jurassienne a quant à elle jugé qu'il n'était aucunement contraire aux art. 1 et 2 Cst. JU – qui consacrent les principes de souveraineté populaire et d'organisation démocratique – de confier à une fondation de droit privé l'exécution de certaines tâches publiques cantonales et de l'autoriser à prendre des mesures extrêmement importantes, vastes et variées à cette fin³³. Elle a par là même balayé les critiques juridiques formulées par des opposants politiques qui voyaient une violation des principes précités dans le fait de laisser à une organisation externe à l'État et dirigée en partie par des personnes issues du milieu privé, le cas échéant domiciliées à l'extérieur

²⁹ Voir notamment TSCHANNEN (2016), N 13 ad § 18.

³⁰ KNAPP/RUCH/SCHWEIZER (1997), p. 31.

³¹ AUER (1981), N 17; aussi BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 21 s. ad art. 51 Cst., qui soulignent les « *verschiedene Unklarheiten bezüglich des genauen Gehalts einer "demokratischen Verfassung"* », avant de conclure de manière presque tautologique qu'il s'agit de mettre en place une « *demokratische Ausgestaltung der kantonalen Institutionen* ».

³² ATF 93 I 38, consid. 3.

³³ Cour constitutionnelle jurassienne, arrêt du 11 avril 2003, consid. 12c, in: RJJ 2003, p. 1.

du canton, le soin d'assumer des tâches constituant la priorité du canton jusqu'en 2020.

3. L'obligation de préserver les compétences cantonales

La garantie d'une « souveraineté » réelle. – La garantie constitutionnelle de la « souveraineté » des cantons suisses suppose évidemment que ceux-ci existent réellement non seulement « en droit », mais également « en fait ». En clair, au sens du droit constitutionnel suisse, les cantons ne sont pas – et ne doivent pas devenir – de simples circonscriptions politiques. Ils doivent continuer d'exercer de manière indépendante une partie importante des tâches publiques, au risque sinon de vider de son sens la structure fédéraliste voulue par la Constitution fédérale³⁴. À partir de là, le concept de souveraineté cantonale implique, par définition, la conservation d'un certain degré de contrôle des cantons dans des domaines importants de la vie publique³⁵. 285

L'interdiction d'abandon de souveraineté. – Le principe de la préservation d'un degré de contrôle des cantons dans les domaines importants de la vie publique est bien évidemment censé empêcher que le législateur fédéral ne dépouille les cantons des compétences qui font d'eux des États fédérés dotés d'une large autonomie. Il suppose cependant aussi que les cantons eux-mêmes ne procèdent pas à des cessions de compétences qui conduiraient à ce que, *de facto*, ils ne jouissent plus de la souveraineté que la Constitution fédérale leur garantit³⁶. 286

Autrement dit, l'autonomie garantie constitutionnellement aux cantons ne leur confère pas uniquement des droits, comme celui de collaborer, mais elle a également pour corollaire de leur interdire de procéder à d'importantes délégations.

³⁴ Cf. notamment VOGEL (2009), p. 558; BRUNNER (2000), p. 127.

³⁵ Dans ce sens en particulier, mais à propos de la souveraineté sur le plan international, BESSON (2003), p. 14, qui utilise l'expression de « concept seuil » de souveraineté pour indiquer que la notion de souveraineté suppose le maintien d'un certain nombre minimal de compétences auquel il ne peut être porté atteinte, au risque sinon de vider de son sens le concept même de souveraineté.

³⁶ Voir aussi SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 41 ad art. 48 Cst.

tions de tâches et de compétences, notamment par le biais de conventions inter-cantoniales³⁷. C'est ce que la doctrine alémanique appelle le principe du « *Verbot der Selbstpreisgabe* »³⁸ ou celui du « *Verbot der Selbstaufhebung* »³⁹, que l'on pourrait qualifier, en français, comme le principe d'« interdiction d'abandon de souveraineté ».

Ce principe, qui constitue une facette de ce que l'on pourrait désigner comme le « noyau intangible » de la garantie de la souveraineté cantonale, découle directement de l'art. 3 Cst. qui garantit la « souveraineté » cantonale. Il pourrait éventuellement aussi découler de l'art. 43 Cst. qui dispose de manière « imprécise » (« *ungenau* »)⁴⁰ – comme le dit BIAGGINI – que « [l]es cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leur compétence ».

287 *L'interdiction d'une fusion larvée de cantons.* – Il est enfin imaginable de déduire le principe précité d'« interdiction d'abandon de souveraineté » de l'art. 53 al. 2 Cst. Celui-ci prévoit en effet que la suppression d'un canton passe obligatoirement par une révision de la Constitution fédérale⁴¹. En application de cette disposition, un ou plusieurs cantons ne peuvent pas opérer entre eux ce que l'on appellerait une fusion « larvée »⁴² ou « dissimulée » (« *verschleierte Kantonsvereinigung* »)⁴³ en multipliant les collaborations.

288 *La définition d'un « noyau intangible et inaliénable ».* – L'existence d'un « noyau » de la souveraineté cantonale n'est pas contesté, ni véritablement contestable quant à son principe. Il n'empêche qu'un problème juridique émerge d'emblée. La science et la pratique juridiques n'ont jamais défini ce que pourrait être le noyau intangible de la souveraineté cantonale consacrée aux art. 3, 43 et 53 Cst.⁴⁴.

Il faut dire que la question n'a jusqu'à présent guère eu d'importance pratique. Le constituant fédéral est libre de définir et de rétrécir la « souveraineté » des cantons et, théoriquement, de la supprimer complètement, donc d'abolir le fédéralisme, le cas échéant en abrogeant ou en adaptant les dispositions précitées. Le système de révision constitutionnelle ne connaît en effet pas de limites

³⁷ MARTENET (1999), p. 285; ABDERHALDEN (1999), p. 179; aussi RHINOW/SCHERFER/UEBERSAX (2016), N 900.

³⁸ BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.; WIGET (2012), p. 35; KAUZ (2011), p. 41; ZEHNDER (2007), p. 212; ABDERHALDEN (1999), p. 180.

³⁹ BRUNNER (2000), p. 127; DORMANN (1970), p. 46; voir aussi BORTER (1976), p. 111, lequel parle de « *Fremdbestimmung* ».

⁴⁰ BSK BV-Biaggini (2015), N 18 s. ad art. 43 Cst.

⁴¹ Cf., notamment, AUER (2013/II), p. 392; AUBERT (2003), N 4 ad art. 48 Cst.

⁴² AUBERT (1982), N 880.

⁴³ HÄNNI (1998), p. 665.

⁴⁴ Aussi BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 11 ad art. 47 Cst.

supérieures à sa propre révisibilité et n'a jamais rendu nécessaire de s'interroger, juridiquement, sur un éventuel « noyau » de compétences cantonales qui ferait que les cantons suisses passent pour des États fédérés « souverains ». Quant aux actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral qui porteraient le cas échéant atteinte à ce noyau (p. ex lois ou ordonnances fédérales), ils ne peuvent pas être querellés devant le Tribunal fédéral. Les conflits liés à la question d'un éventuel noyau des compétences cantonales dans le système fédéraliste suisse sont donc le plus souvent réglés par la voie politique, et non selon une approche juridique⁴⁵.

Cela dit, même s'il n'existe pas encore de théorie juridique générale bien définie en droit suisse s'agissant de la définition de ce que pourrait être l'« *Hausgut* » des cantons au sens du droit constitutionnel positif, il reste possible d'en esquisser quelques contours grossiers en s'inspirant de la nature et de l'histoire du fédéralisme suisse, des règles juridiques éparses régissant ce dernier et du droit comparé.

Le noyau intangible en droit constitutionnel allemand. – À titre de comparaison, le droit allemand interdit toute révision de la constitution fédérale (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949* ; GG BRD)⁴⁶ et, *a fortiori*, toute modification législative qui conduirait à remettre en cause « *die Gliederung des Bundes in Länder* »⁴⁷. La doctrine allemande y voit l'obligation pour le constituant fédéral allemand de laisser aux *Länder* un minimum de compétences législatives, gouvernementales, de planification, administratives, financières et judiciaires, sans pour autant exclure que l'octroi de droits de participation dans les affaires fédérales puisse le cas échéant, compenser une éventuelle réduction de ces compétences⁴⁸. Le *Bundesverfassungsgericht* allemand considère, quant à lui, qu'il faut se méfier des critères formels – comme la persistance de compétences constitutionnelles, législatives, administratives et judiciaires résiduelles – lorsqu'il s'agit d'examiner si les *Länder* restent de véritables « États fédérés » ou s'ils risquent de passer pour de simples collectivités territoriales décentralisées⁴⁹. De telles compétences peuvent en effet représenter de véritables « coquilles vides » (« *leeren Hülsen* »). Les juges de Karlsruhe considèrent donc que la *Grundgesetz* garantit aux *Länder* des compétences propres inaliénables (« *unentziehbaren "Hausgut"* »), en particulier le droit de s'organiser et d'organiser leur administration ainsi que le droit à l'attribution d'une quote-part non négligeable des ressources fiscales.

L'autonomie constitutionnelle et organisationnelle. – Il faut tout d'abord s'accorder avec le *Bundesverfassungsgericht* allemand : l'existence d'une constitution formelle propre ne démontre en rien qu'un canton ou un *Land* représente

289

⁴⁵ Dans ce sens FONDATION CH (2014), p. 39; aussi BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 12 ad art. 47 Cst.

⁴⁶ La *Grundgesetz* peut être consultée sur <http://www.gesetze-im-internet.de>.

⁴⁷ Art. 79 al. 3 GG BRD.

⁴⁸ Cf., notamment, DREIER (2006), N 22 et N 47 ad art. 79 III GG BRD; STERN (1984), p. 169 s.

⁴⁹ Voir BVerfGE 34 9, c. B/II.

un véritable « État fédéré ». Ce qui importe est qu'il puisse véritablement exercer son autonomie constitutionnelle sur le plan matériel. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine voit dans l'autonomie constitutionnelle matérielle des cantons « *das Kernstück kantonaler Staatlichkeit* »⁵⁰ ou, alors, « un aspect essentiel de la souveraineté que l'art. 3 Cst. leur reconnaît »⁵¹. Il faut également y déceler l'expression la plus basique de la « souveraineté populaire cantonale », étant rappelé que l'art. 51 al. 1 Cst. dispose que la population cantonale doit pouvoir exercer cette autonomie constitutionnelle de manière effective par le truchement de l'initiative populaire cantonale (sur la question, *infra* N 444 ss). De telles considérations valent en particulier pour l'autonomie organisationnelle cantonale qui représente l'objet central de l'autonomie constitutionnelle cantonale et qui fait donc partie du noyau de l'autonomie des cantons⁵².

290

Les compétences fiscales. – Les cantons ne peuvent pas exercer leur autonomie matérielle sans pouvoir financier important. La souveraineté fiscale des cantons a d'ailleurs toujours été l'un des fondements du fédéralisme suisse, même si, aujourd'hui, de nombreux cantons sont dépendants de la péréquation financière fédérale et des autres aides financières dispensées par la Confédération (sur la question des problèmes financiers des cantons, *supra* N 34 ss). L'importance des compétences fiscales des cantons se voit illustrée par le fait que plus de la moitié du produit de tous les impôts perçus en Suisse leur revient en propre⁵³. Elle ressort aussi implicitement – et symboliquement – du régime des finances aménagé par le constituant fédéral : ce dernier n'a attribué à la Confédération qu'une compétence fiscale fédérale provisoire – qu'il convient de renouveler périodiquement – en matière d'impôt fédéral direct et en matière d'impôt sur la valeur ajoutée, étant précisé qu'une partie des impôts fédéraux revient de droit aux cantons⁵⁴.

291

Les tâches et compétences symboliques. – On aime parfois à évoquer le fait que certaines compétences qui ont un lien historique avec la souveraineté des cantons – notamment avec le monopole étatique de la puissance publique – représentent des compétences cantonales clefs⁵⁵. Il s'agirait en particulier des

⁵⁰ BRUNNER (2000), p. 153.

⁵¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 186; aussi HÄFELIN ET AL. (2016), N 946; SG Komm. BV-SCHWEIZER (2014), N 8 ad art. 3 Cst.; EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 1; Komm. KV-ZH TÖNDURY (2007), N 7 ad art. 1 Cst. ZH.

⁵² Cf., dans ce sens, UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 11; BRUNNER (2000), p. 42.

⁵³ Voir notamment AUBERT (2003), N 6 ad art. Titre III, Chapitre 3 Cst.

⁵⁴ Cf. art. 128 Cst.; art. 196, ch. 13 et 14, Cst. (dispositions transitoires).

⁵⁵ Dans ce sens notamment, CONSEIL FÉDÉRAL (2012/I), p. 4241, et BRUNNER (2000), p. 43.

compétences cantonales en matière de justice⁵⁶ et de police⁵⁷ auxquelles l'on adjoint parfois celles en matière d'instruction publique⁵⁸. Dans une thèse publiée en 1978 et portant sur les « *Grundlage und Schranke des interkantonalen kooperativen Föderalismus* », SIEGRIST n'hésitait ainsi pas à qualifier ces trois domaines de « *politische Refugien* » de la souveraineté cantonale⁵⁹. Cependant, bien qu'il faille admettre que ces trois tâches représentent, sans conteste, des symboles politiques importants de l'autonomie des cantons, l'ordre et la pratique constitutionnels ne les reconnaissent manifestement pas – ou plus forcément – comme des compétences totalement intangibles et inaliénables.

La justice : une compétence symbolique. – Le fait que les cantons jouissent de compétences en matière d'organisation judiciaire représente évidemment l'un des aspects centraux du fédéralisme suisse. D'ailleurs, l'art. 191b al. 1 Cst. qui oblige les cantons à instituer des autorités judiciaires fait écho à l'idée que se font les cantons de leur « souveraineté » ou de leur nature étatique, c'est-à-dire au présupposé selon lequel ils doivent disposer d'une organisation étatique complète incluant un appareil judiciaire⁶⁰. En outre, même si l'adoption des règles de procédure civile et pénale unifiées au niveau fédéral a quelque peu restreint la liberté des cantons dans le domaine de l'organisation judiciaire⁶¹, l'administration et l'organisation de la justice administrative restent relativement préservées par la Confédération, à tout le moins sur le plan théorique (sur la question aussi, *supra* N 75 s.)⁶². 292

La justice : une compétence aliénable. – Malgré ce qui précède, il serait faux de considérer que le droit constitutionnel suisse oblige les cantons à faire en sorte que leurs autorités judiciaires conservent des compétences juridictionnelles complètes dans tous les domaines qui ne relèveraient pas de la juridiction fédérale. Avant la dernière révision totale de la Constitution fédérale, l'art. 114^{bis} aCst. autorisait ainsi les cantons à attribuer au Tribunal fédéral la compétence exclusive de juger des différends administratifs de droit cantonal⁶³. Le constituant voulait donner aux plus petits cantons, qui ne pouvaient pas se 293

⁵⁶ Entre autres, CONSEIL FÉDÉRAL (2012/I), p. 4238; Comm. aCst.-KNAPP (1986), N 17 ad art. 59 aCst.

⁵⁷ Entre autres, CONSEIL FÉDÉRAL (2012/I), p. 4181 et 4194, (1997), p. 239, (1968), p. 809; EHRENZELLER (2005), p. 75.

⁵⁸ Entre autres, COMM. D'EXPERTS CST. (1977), p. 113.

⁵⁹ SIEGRIST (1978), p. 50.

⁶⁰ Voir, dans ce sens, BIAGGINI (2017), N 2 ad art. 191b Cst.; aussi SCHINDLER (2016), p. 114.

⁶¹ Voir le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC) ainsi que le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale, CPP).

⁶² Voir art. 122 s. Cst. *a contrario*.

⁶³ Art. 114^{bis} al. 4 aCst. : « *Les cantons ont le droit, sous réserve d'approbation par l'Assemblée fédérale, d'attribuer à la cour administrative fédérale la connaissance de différends administratifs en matière cantonale.* »

doter d'un appareil de juridiction administrative complet, la possibilité de faire juger certains différends administratifs par une autorité fédérale et d'en décharger leurs propres instances judiciaires administratives⁶⁴. Cette disposition constitutionnelle a certes été supprimée lors de la dernière mise à jour de la Constitution fédérale compte tenu de son importance pratique négligeable, mais elle s'est vue remplacée par un équivalent fonctionnel, en l'occurrence l'art. 191b al. 2 Cst. qui rappelle la faculté qu'ont les cantons de créer des autorités judiciaires communes (sur la question, *supra* N 95).

294 *La police : une compétence symbolique.* – Les tâches de police au sens étroit constituent, elles aussi, une compétence centrale des cantons dans le système constitutionnel fédéral helvétique. En effet, selon la Constitution fédérale elle-même, il appartient aux cantons – en collaboration avec la Confédération dans les limites de ses compétences – d'exercer, sur leur territoire, la souveraineté en matière de police⁶⁵. La compétence originelle des cantons de veiller sur leur territoire au maintien de la sécurité publique et de l'ordre est incontestée sur le plan juridique⁶⁶. Chacun des vingt-six cantons dispose de son propre corps de police cantonal, lequel représente d'un point de vue historique un « reliquat » des pouvoirs militaires qu'ont dû abandonner les cantons en 1848 lors de l'adoption de la première Constitution fédérale⁶⁷. On ne trouve ainsi au niveau fédéral aucune autorité de police couvrant tous les secteurs de la sécurité intérieure. La question du développement des compétences fédérales dans ce domaine soulève toujours des oppositions énergiques, non seulement à chaque fois que la Berne fédérale veut étendre ses compétences en matière de sécurité intérieure, mais également lorsque l'on envisage d'autoriser les cantons à déléguer à la Confédération certaines tâches de sécurité⁶⁸.

295 *La police : une tâche cessible.* – Il convient cependant de distinguer le volet politique de l'intangibilité et de l'inaliénabilité des compétences cantonales en matière de police de son volet juridique (sur la question également, *supra* N 241 ss). L'histoire en a d'ailleurs apporté un exemple parlant dans les années soixante. Nous pensons ici au projet avorté de création d'un corps de police mobile intercantonal par le biais du concordat intercantonal visant à renforcer les mesures policières de sécurité du 28 mars 1968 (P-Concordat PMI), convention à laquelle la Confédération était aussi partie⁶⁹. Ce projet a échoué aux urnes,

⁶⁴ Cf. en particulier Comm. aCst.-HALLER (1988), N 111 ad art. 114^{bis} aCst.

⁶⁵ Voir art. 57 Cst.

⁶⁶ Cf., entre autres, ATF 117 Ia 292, consid. 5; CONSEIL FÉDÉRAL (2012/I), p. 4181; MAGNIN (2017), p. 79 s. et 97 s.; MOHLER (2012), N 195.

⁶⁷ Cf. notamment MOHLER (2012), N 214.

⁶⁸ Voir CONSEIL FÉDÉRAL (2012/I), p. 4186 s.; CONSEIL FÉDÉRAL (1977), p. 1249 s.; CONSEIL FÉDÉRAL (1968), p. 814.

⁶⁹ FF 1968 II 827.

la convention en question ayant été notamment refusée en votation par la population genevoise qui voyait en elle une violation de sa souveraineté cantonale⁷⁰. L'atteinte portée à la souveraineté cantonale n'était cependant en rien inacceptable sur le plan juridique, comme avait pu le constater le Tribunal fédéral dans un arrêt antérieur⁷¹. Selon les juges de Lausanne, d'un point de vue purement constitutionnel, le canton n'aurait nullement renoncé à sa souveraineté en matière de police, du moment que la police mobile intercantonale – prévue dans le concordat – serait restée sous les ordres du gouvernement cantonal en cas d'intervention spéciale dans le canton.

L'éducation et la formation. – Ce qui vient d'être présenté à propos des compétences cantonales dans le domaine de la justice et de la police vaut de manière analogue s'agissant de la question de l'intangibilité et de l'inaliénabilité des compétences cantonales en matière d'éducation et de formation. Ces dernières sont manifestement au centre de la « souveraineté » cantonale. Du moins, les cantons les considèrent comme un attribut central de leur souveraineté qui reflète les conceptions cantonales extrêmement différentes qui peuvent exister d'un canton à l'autre en matière d'instruction et de formation⁷². L'art. 62 al. 1 Cst. souligne ce principe dans la mesure où il consacre expressément la règle selon laquelle l'instruction publique est du ressort des cantons⁷³. Toutefois, l'éducation et la formation ne représentent pas – ou plus – une tâche intangible des cantons au sens de l'actuelle Constitution fédérale, puisque celle-ci les contraint à collaborer étroitement, entre eux et avec la Confédération, et à créer des organes intercantonaux de coordination dans ce domaine (sur la question, *supra* N 96)⁷⁴.

296

⁷⁰ Voir, s'agissant de l'échec du concordat, CONSEIL FÉDÉRAL (1977), p. 1246.

⁷¹ ATF 96 I 210, consid. 4; cf. aussi, s'agissant de la constitutionnalité d'une réglementation fédérale qui empiéterait sur les prérogatives cantonales en matière de police, ATF 117 Ia 221, consid. 3.

⁷² Dans ce sens, notamment, FONDATION CH (2014), p. 16, et CDIP (2006), p. 6; aussi SCHERER/RÜEGGER (2015), p. 226 et 228 s.

⁷³ Sur cette mention justifiée par le caractère particulier du domaine, SG Komm. BV-EHRENZELLER (2014), N 9 ad art. 62 Cst. La notion d'« instruction publique » est ici comprise au sens large ; elle recouvre tous les niveaux, « de l'école maternelle à la formation continue » (voir aussi CSEC-N [2005], p. 6185).

⁷⁴ Voir d'ailleurs SG Komm. BV-EHRENZELLER/SAHLFELD (2014), N 25 ad Vorbemerkungen zur Bildungsverfassung, selon lesquels « [d]ie Bildungsverfassung ist von der Überzeugung durchdrungen, dass der Bildungsbereich insgesamt, unabhängig von den einzelnen Zuständigkeiten, in koordinierter Zusammenarbeit von Bund und Kantonen gestaltet und weiterentwickelt werden soll ».

4. Le droit de dénoncer les conventions intercantionales

297 *La problématique.* – Une autre question qui se pose s'agissant de la portée normative de la garantie de la souveraineté cantonale est celle de savoir si un canton peut invoquer cette garantie afin de justifier, juridiquement, la dénonciation d'une convention qu'il aurait conclue avec un ou plusieurs autres cantons. Il est vrai que la conclusion d'une convention qui vaudrait non seulement pour une durée indéterminée, mais qui, en plus, ne serait pas dénonçable présenterait le risque de représenter une atteinte importante au principe de souveraineté cantonale et, en particulier, au principe d'interdiction d'abandon de souveraineté qui en découle (sur le principe, *supra* N 286).

298 *La solution coutumière.* – Le droit fédéral ne règle pas expressément la question de la dénonçabilité des conventions intercantionales. Tout au plus existe-t-il, en droit international, la prérogative – de nature coutumière – de dénoncer une convention lorsque celle-ci ne l'exclut pas expressément et qu'il entrerait *a priori* dans l'intention des parties d'admettre une telle possibilité, intention qui peut être déduite, entre autres, de la nature du traité.

C'est cette règle coutumière – qui est codifiée à l'art. 56 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CV)⁷⁵ – qu'a semblé appliquer le Tribunal fédéral la seule fois où il s'est prononcé sur la question de la dénonçabilité des conventions intercantionales. En effet, dans un arrêt rendu en 1928, les juges de Lausanne ont considéré qu'en l'absence de règle conventionnelle à ce propos, un canton jouissait du droit de dénoncer un traité intercantonal normatif, c'est-à-dire une convention qui fixe des règles générales et abstraites communes aux cantons signataires. En revanche, selon cette même jurisprudence, les cantons ne peuvent *a priori* pas dénoncer les conventions intercantionales de type obligationnel qu'ils ont conclues, du moins sans justes motifs, c'est-à-dire les conventions qui imposent des droits et des obligations aux seuls cantons signataires⁷⁶.

299 *La question des conventions mixtes.* – Le fait est qu'aujourd'hui, de nombreuses conventions – notamment celles de type organisationnel – contiennent à la fois des dispositions normatives et des dispositions de type obligationnel. Un tel engagement est-il dénonçable au regard de la jurisprudence précitée malgré sa nature « mixte » ?

La jurisprudence fédérale précitée, désormais ancienne, ne permet pas de répondre directement à cette question. On remarquera cependant que les tribunaux considèrent généralement qu'une convention est normative dès lors

⁷⁵ RS 0.111.

⁷⁶ ATF 54 I 188, consid. 3; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 27 ad art. 48 Cst.

qu'elle ne contient qu'une seule règle de droit (sur la question, *supra* N 133). Quant à la doctrine, elle paraît considérer que, pour juger de la dénonçabilité d'une convention mixte, il convient de procéder à une pesée des intérêts en présence afin de déterminer si l'on est confronté à un accord où les parties devaient pouvoir croire en la révocabilité de leur engagement⁷⁷. En fait, ce raisonnement se rapproche grandement de la réglementation coutumière codifiée à l'art. 56 CV, disposition qui suppose également la recherche de la volonté hypothétique des parties et qui a permis de fonder la présomption selon laquelle les conventions intercantionales normatives sont, en règle générale, dénonçables.

Vu ce qui précède, il semble donc bien qu'en principe, une convention mixte devrait être dénonçable à l'instar de n'importe quelle convention intercantonale normative, ce même en l'absence de réglementation conventionnelle expresse à ce propos.

B. L'autonomie communale

Plan. – On reproche régulièrement à la collaboration intercommunale de porter une atteinte excessive à l'autonomie des communes qui y participent. Le raisonnement est alors similaire à celui qui prévaut lorsque l'on estime que la collaboration intercantonale porte une atteinte excessive à la souveraineté cantonale.

300

Afin d'évaluer la pertinence juridique d'une telle opinion, il convient de rappeler ici les sources juridiques et le sens du principe d'autonomie communale (1) avant de tenter de définir sa portée et ses implications juridiques en ce qui concerne l'organisation communale (2), l'obligation de préserver des compétences communales minimales (3) et la dénonçabilité des conventions intercommunales (4), en suivant un plan analogue à celui qui a prévalu en matière de souveraineté cantonale.

1. Les sources et le sens de la notion

La consécration en droit constitutionnel. – Historiquement, les communes seraient préexistantes à la création des cantons et de la Confédération⁷⁸. À partir de là, tous les cantons suisses reconnaissent l'existence des communes et leur

301

⁷⁷ Entre autres, ZEHNDER (2007) p. 200; BRUNNER (2000), p. 125; Comm. aCst.-HÄFELIN (1989), N 71 ad art. 7 aCst.; HÄFELIN (1969), p. 645 s.; d'une opinion apparemment plus restrictive, ABDERHALDEN (1999), p. 96.

⁷⁸ Voir, notamment, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 230.

garantissent une certaine autonomie. Le principe reçoit un ancrage constitutionnel dans les constitutions cantonales et, notamment, dans celles des cantons romands⁷⁹.

Depuis sa révision totale de 1999, la Constitution fédérale garantit elle-même – à son art. 50 al. 1 Cst. – l'autonomie communale. Auparavant, l'institution représentait aux yeux du Tribunal fédéral un droit constitutionnel non écrit dont la violation pouvait déjà être invoquée devant lui (sur la question, *supra* N 257).

L'autonomie locale en droit international. – À l'ancrage constitutionnel de l'autonomie communale s'ajoute un ancrage en droit international. La Charte européenne de l'autonomie locale du 10 octobre 1985 (CEAL; cf. aussi *supra* N 77)⁸⁰ règle à un niveau international le cadre général du statut des collectivités locales. Cette convention correspond parfaitement à la vision helvétique – *quasi* ancestrale – selon laquelle l'autonomie locale contribue à renforcer les bases démocratiques d'un État si bien qu'à l'origine, le Conseil fédéral avait immédiatement pensé à une adhésion rapide à cette Charte. La Suisse ne l'a toutefois ratifiée que le 17 février 2005 compte tenu de certaines oppositions politiques que la Charte soulevait malgré tout⁸¹. La CEAL contient différents principes d'ordre politique, administratif et financier qui garantissent aux collectivités locales une gestion aussi autonome que possible des affaires communales. Son idée directrice générale est ancrée à l'art. 3 par. 1 CEAL. Cette disposition décrit ce qu'est l'autonomie locale garantie par la Charte, c'est-à-dire « le droit et la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques ».

302

Le sens et la fonction de l'autonomie communale. – À l'instar de ce qui prévaut s'agissant de la définition de la « souveraineté cantonale », l'on pourrait être tenté de définir l'autonomie communale par la négative, c'est-à-dire comme le droit à ce qu'une autorité cantonale ou intercommunale n'excède pas ses pouvoirs et n'empiète pas sur ceux de la commune en intervenant dans un domaine exclusivement réservé à cette dernière. Il s'agit certes là de la définition – forcément défensive – que donne le Tribunal fédéral lorsqu'il est appelé à se prononcer sur un recours d'une commune invoquant la violation de son autonomie communale⁸². Il n'en demeure pas moins que définir l'autonomie communale uniquement comme un « réflexe de défense » revient à s'accrocher à une conception parfois dépassée de cette autonomie⁸³. Celle-ci représente également un concept qui, juridiquement, suit une définition positive, à l'instar de la souveraineté cantonale.

⁷⁹ Art. 100 al. 2 Cst. JU; art. 109 ConstC BE; art. 94 Cst. NE; art. 129 al. 2 Cst. FR; art. 139 Cst-VD; art. 69 Cst. VS; art. 132 al. 2 Cst-GE; aussi AUER (2016), N 346.

⁸⁰ RS 0.102.

⁸¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2004/I), p. 73 et 78.

⁸² Pour un exemple, voir ATF 133 I 128, consid. 3.3.

⁸³ Dans le même sens, CTA (2004), p. 28.

Comme les constitutions et les lois cantonales ne manquent pas de le rappeler, l'exercice de l'autonomie communale doit effectivement viser le « bien-être » ou le « bien commun » de la population⁸⁴. C'est ainsi que le constituant vaudois a prévu que les communes « veillent au bien-être de leurs habitants et à la préservation d'un cadre de vie durable » et que le législateur fribourgeois définit la commune comme « une collectivité publique autonome fixée sur un territoire déterminé [qui] pourvoit au bien commun sur le plan local ». EICHENBERGER voit dans de telles formulations l'expression de la « *besondere Sinngebung der Gemeinde* » ou la « *werterfüllte Sendung der Gemeindeautonomie* », c'est-à-dire la mise en exergue du fait que l'autonomie communale n'est pas un but en soi, mais le moyen d'améliorer le cadre de vie de la population⁸⁵.

Le Conseil de l'Europe ne s'y est pas trompé non plus, lui qui a choisi de définir le concept d'autonomie locale dans la CEAL comme le droit pour les collectivités locales de régler et de gérer des affaires publiques non seulement « sous leur propre responsabilité », mais également « au profit de leurs populations »⁸⁶.

2. La « souveraineté » populaire communale

En général. – L'exercice de l'autonomie communale – logé à la même enseigne que celui de la souveraineté cantonale (*supra* N 80) – doit pouvoir être imputé à la volonté du corps électoral de la commune concernée⁸⁷. On peut dès lors déduire du principe d'autonomie communale celui de « souveraineté populaire communale ». La constitution cantonale jurassienne le fait expressément en disposant que « la souveraineté communale appartient au corps électoral »⁸⁸.

303

Reconnaissons que, d'un point de vue historique et pratique, les communes ont toujours été des structures de démocratie directe ou, du moins, de démocratie semi-directe où les citoyens ont un poids important compte tenu du fait que le corps électoral est (nettement) plus petit que celui des niveaux cantonal et fédéral⁸⁹. On aime rappeler que la démocratie et l'organisation communale des

⁸⁴ Cf., notamment, art. 138 al. 1 Cst-VD et art. 1 LCo FR; voir aussi l'art. 104 al. 1 de la Constitution du Canton d'Argovie du 25 juin 1980 (Cst. AG; RS 131.227) selon lequel les communes sont des « corporations autonomes de droit public » qui ont pour but de « promouvoir le bien et l'épanouissement de leurs habitants ».

⁸⁵ EICHENBERGER (1986), N 7 ad § 104 Cst. AG; aussi CTA (2004), p. 28.

⁸⁶ Art. 3 par. 1 CEAL.

⁸⁷ Voir aussi ATF 91 I 110, consid. 6.

⁸⁸ Art. 117 al. 1 Cst. JU.

⁸⁹ Dans ce sens également, Komm. KV ZH-TÖNDURY (2007), N20 ad art. 1 Cst. ZH; MEYLAN (1972), p. 153.

cantons sont intimement liées⁹⁰ et que la commune est peut-être le noyau dur où s'exercent les droits politiques⁹¹. Le Tribunal fédéral qualifie lui-même les communes de « *Grundzellen unseres demokratischen Staates* »⁹². Le Conseil de l'Europe considère quant à lui que « les collectivités locales sont l'un des principaux fondements de tout régime démocratique »⁹³.

304 *La portée juridique du principe.* – Malgré son importance politique, sur un plan purement juridique, le principe d'autonomie communale – ou celui dérivé de « souveraineté » populaire communale – ne semble pas avoir de portée normative claire en matière d'organisation communale et n'impliquer que l'élection directe d'un éventuel parlement communal (sur la question aussi, *supra* N 282). L'art. 3 par. 2 CEAL prévoit ainsi que les autorités locales doivent être constituées démocratiquement, de manière à ce que les collectivités locales puissent valablement exercer leur droit en matière d'autonomie⁹⁴. Il n'impose toutefois que l'élection des législatifs locaux⁹⁵.

En fait, de manière générale, à l'instar de ce qui prévaut à propos de la garantie de la « souveraineté populaire cantonale », la portée du principe d'organisation démocratique ou de celui de « souveraineté populaire communale » est trop faible pour imposer des règles juridiques strictes en matière d'organisation communale.

305 *La jurisprudence.* – Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion de faire le constat qui précède en soulignant que le principe de « souveraineté populaire » n'impliquait pas forcément que (tous) les membres d'une autorité communale soient obligatoirement élus par la population. Selon lui, le principe de « souveraineté populaire » ne doit pas être appliqué trop strictement (« *nicht in voller Strenge* »), même lorsque l'autorité communale en question jouit d'un pouvoir législatif, pour autant que celui-ci ne soit pas véritablement étendu⁹⁶.

Par ailleurs, le respect de la souveraineté populaire communale ne donne pas forcément le droit d'élire l'ensemble des membres d'un organe communal, même lorsque celui-ci est central. Sur cette base, le Tribunal fédéral a admis

⁹⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 231; PIGUET (1992), p. 150 s.; MEYLAN (1972), p. 153; JAGMETTI (1972), N 253.

⁹¹ Komm. KV ZH-TÖNDURY (2007), N 20 ad art. 1 Cst. ZH; BRAAKER (2000), p. 227 s.

⁹² ATF 109 Ia 173, consid. 3; cf. aussi ATF 100 Ia 272, consid. 5.

⁹³ Cf. le préambule de la CEAL.

⁹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2004/I), p. 83.

⁹⁵ Voir CONSEIL DE L'EUROPE [2010], p. 35; CONSEIL FÉDÉRAL [2004/I], p. 83.

⁹⁶ Cf. ATF 91 I 110, consid. 6: « *Dass die Mitglieder der gesetzgebenden Behörden durch das Volk zu wählen sind, kann als allgemeiner, das ganze schweizerische Staatsrecht beherrschender Rechtssatz gelten, der grundsätzlich auch für die Bestellung der Gemeindeparlamente gilt. (...) Dagegen rechtfertigt es sich, den Grundsatz nicht in voller Strenge anzuwenden auf Gemeinden, die einen besonderen Zweck haben und deren Aufgaben hauptsächlich auf dem Gebiet der Verwaltung und nicht der Rechtsetzung liegen.* »

qu'il n'était pas contraire au principe de la « souveraineté populaire » que le corps électoral d'une commune n'élise qu'un seul des cinq membres d'une sorte d'exécutif communal « partagé », étant précisé que le reste du collège devait être désigné par la population de la commune voisine⁹⁷.

3. L'obligation de préserver les compétences communales

La restriction de l'autonomie communale en général. – Les constituants cantonaux garantissent le respect de l'autonomie communale dans la mesure fixée par la constitution cantonale et par les lois cantonales. L'art. 50 al. 1 Cst. se rallie à une telle conception dès lors qu'il garantit l'autonomie communale uniquement « dans les limites fixées par le droit cantonal ». La Charte européenne de l'autonomie locale (CEAL) en fait de même⁹⁸.

306

Autrement dit, il n'existe d'autonomie communale dans un sens juridique – et celle-ci ne doit être respectée – que pour autant que le droit cantonal laisse aux communes un pouvoir de décision relativement important dans un domaine donné, dans le but d'assurer une plus grande participation démocratique ainsi qu'une meilleure exécution des tâches au niveau local⁹⁹. Dans cette mesure, l'autonomie communale apparaît avant tout comme une institution de droit cantonal qu'il appartient au législateur cantonal de définir¹⁰⁰.

Le noyau de l'autonomie communale : le principe. – Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie communale passe

307

⁹⁷ Cf. ATF 89 I 80, consid. 5: « *Dass eine durch Volkswahl zu bestellende Behörde von der Gesamtheit der Stimmberechtigten des ihr unterstellten Gebietes zu wählen sei, ist kein allgemein gültiger Grundsatz des schweizerischen Staatsrechtes.* »

⁹⁸ Certes, le Conseil fédéral a énuméré quelques articles de la Charte relatifs à la consultation des communes et à leur droit de collaborer qui, selon lui, sont de nature à être considérés comme directement applicables (p. ex. art. 4, par. 6, art. 5, art. 9, par. 6, et art. 10, par. 1 [1^{ère} partie du paragraphe]; cf. Arrêté fédéral portant approbation de la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 décembre 2004, RO 2005 2391), tout en rappelant qu'il n'était pas exclu qu'une instance judiciaire juge qu'une autre disposition soit également d'application directe (voir CONSEIL FÉDÉRAL [2004/I], p. 80). Il ne semble toutefois pas que la Charte garantisse une autonomie locale qui irait nettement plus loin que l'autonomie communale garantie par l'art. 50 al. 1 Cst. En tout cas, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que l'art. 3 par. 1 CEAL n'avait pas de portée propre en droit constitutionnel suisse (cf. Tribunal fédéral, arrêt 2C_885/2011 du 16 juillet 2012, consid. 3.1-3.2; pour une exception en matière de fusion de communes, ATF 142 I 216).

⁹⁹ Voir en particulier Tribunal fédéral, arrêt 2P.16/2006 du 1^{er} juin 2006, consid. 2.1; aussi ATF 138 I 143, consid. 3.1.

¹⁰⁰ Cf., entre autres, ATF 103 Ia 191, consid. 3, et AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 269.

malgré tout par celle d'une sorte de « noyau » de compétences communales intangibles, non restrictibles et inaliénables, à l'instar de ce qui prévaut pour certains droits fondamentaux. C'est en tout cas ce que considère généralement la doctrine¹⁰¹, même si le Tribunal fédéral a pour l'instant laissé la question ouverte¹⁰². Le raisonnement est ici largement similaire à celui que nous avons déjà exposé à propos de la « souveraineté » cantonale. Il se révélerait étonnant, voire dérangeant, que les législateurs cantonaux puissent abolir *de facto* l'autonomie communale en réduisant à l'extrême son domaine d'application. Cela irait à l'encontre de la structure d'organisation territoriale voulue par les constituants cantonaux et à l'encontre de la souveraineté populaire communale. En effet, sans autonomie communale matérielle, la démocratie communale est « factice »¹⁰³.

308 *Le noyau de l'autonomie communale : les sources juridiques.* – Cette sorte de « noyau » de l'autonomie communale découle directement de la reconnaissance des communes en droit constitutionnel cantonal. Il peut également résulter de l'art. 50 al. 1 Cst., car comme l'exprime bien AUBERT, « quand la Constitution fédérale reconnaît que l'autonomie des communes peut avoir des "limites" (variables selon les cantons), elle paraît attendre que cette autonomie existe au moins dans une certaine mesure : limiter n'est pas abolir »¹⁰⁴. Dans le même sens, selon la Charte européenne de l'autonomie locale, on ne peut parler d'autonomie locale que pour autant que l'autonomie en question porte sur « une part importante des affaires publiques »¹⁰⁵.

309 *L'autonomie comme obligation communale.* – Logiquement, ce que nous avons écrit au sujet de l'interdiction de « *Selbstpreisgabe* » pour les cantons vaut de manière similaire pour les communes (*supra* N 286). Les communes doivent continuer d'exercer – elles-mêmes de manière indépendante – une partie importante des tâches publiques qui leur sont confiées. Elles ne peuvent pas

¹⁰¹ Voir, notamment, BSK BV-MEYER (2015), N 26 ad art. 50 Cst.; MEYER (2011), p. 36; BRAAKER (2000), p. 231 s.; EICHENBERGER (1986), N 2 ad § 5 Cst. AG; ZIMMERLI (1972), p. 264; MEYLAN (1972), p. 93.

¹⁰² ATF 103 Ia 191, consid. 3: « *Die Frage, ob der Gesetzgeber eine in der Kantonsverfassung an sich vorausgesetzte, dort aber nicht näher umschriebene Gemeindeautonomie beliebig einschränken darf oder ob er sie in einem bestimmten Mindestmass erhalten muss, stellt sich hier nicht, da im zu beurteilenden Fall von einem Eingriff in den Wesenskern der Gemeindeautonomie zum vornherein nicht die Rede sein kann (...)* ».

¹⁰³ Cf. MEYLAN (1972), p. 154.

¹⁰⁴ AUBERT (2003), N 6 ad art. 50 Cst.; voir, dans le même sens, CONSEIL D'ÉTAT FR (2006), p. 116; BIAGGINI (2017), N 3 ad art. 50 Cst.; BSK BV-MEYER (2015), N 11 ad art. 50 Cst.; SG Komm. BV-KÄGI-DIENER (2008), N 9 s. ad art. 50 Cst.; aussi CONSEIL FÉDÉRAL (2015), p. 3496, mentionnant la problématique.

¹⁰⁵ Art. 3 par. 1 CEAL.

en déléguer l'exécution au risque sinon de vider de son sens la structure communale voulue par les constitutions cantonales et garantie par la Constitution fédérale. MEYLAN écrivait ainsi il y a déjà plusieurs décennies que l'autonomie communale n'est pas qu'un droit subjectif de la commune, mais également un « droit constitutionnel objectif »¹⁰⁶.

Plus récemment, dans la cadre de la dernière révision de la loi cantonale sur les communes, le gouvernement zurichois a mis en exergue la problématique d'une sorte d'interdiction de « *Selbstpreisgabe* » pour les communes en soulignant qu'une commune « *muss ein gewisses inhaltliches und umfangmässiges Spektrum an Aufgaben selbst erfüllen, damit sie als demokratisches Gemeinwesen funktioniert und ihre Existenz als selbstständiges Gemeinwesen gerechtfertigt ist* »¹⁰⁷. Une commune ne peut donc pas déléguer – ou mutualiser – l'ensemble de ses compétences principales pour devenir une sorte de « *holding* » détenant des droits de surveillance et de participation auprès d'organisation intercommunale ou auprès d'autres délégataires de compétences et tâches communales. Si elle est contrainte de le faire compte tenu de sa petite taille, elle devrait, sur un plan théorique, plutôt fusionner¹⁰⁸.

L'absence de définition du noyau de l'autonomie communale. – Vu ce qui précède, la question juridique controversée n'est plus tellement celle de savoir si l'autonomie communale peut se prévaloir d'un noyau intangible et inaliénable, mais bien de définir le contenu de celui-ci. Le problème est que les contours de la règle n'apparaissent pas véritablement clairs.

310

Les législateurs cantonaux ne précisent que rarement les compétences ou les tâches que les communes ne peuvent en aucun cas déléguer ou mutualiser. Sur-tout, il est reconnu que les éventuelles dispositions constitutionnelles ou légales – tels que l'art. 139 Cst-VD ou l'art. 6 LCo VS – qui énumèrent les domaines où les communes sont compétentes ne délimitent pas ce fameux noyau de l'autonomie communale¹⁰⁹. En effet, comme le retient la Cour constitutionnelle vaudoise, en l'absence de règle claire, « le constituant n'a pas voulu empêcher le [parlement] d'adopter des règles restreignant l'autonomie communale, ni voulu cristalliser les attributions communales, sous la forme d'un *statu quo* intouchable »¹¹⁰. Cette opinion, qui a pour effet de maintenir la définition juridique du noyau de l'autonomie communale à un niveau d'abstraction particulièrement élevé, est d'ailleurs confirmée par la pratique. En effet, l'existence

¹⁰⁶ MEYLAN (1972), p. 95; plus récemment aussi, RÜSLI (2012), p. 135.

¹⁰⁷ REGIERUNGSRAT ZH (2013/I), p. 77 et 143.

¹⁰⁸ Voir *ibidem*.

¹⁰⁹ Cf., ATF 133 I 128, consid. 4.2.; dans le même sens, Komm. KV ZH-JAAG (2007), N 12 ad art. 83 Cst. ZH; aussi, plus généralement, AUER (2016), N 430.

¹¹⁰ Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST 2011.0008 du 12 juin 2012, consid. 7b.

théorique d'un tel noyau n'a pour l'instant jamais empêché le législateur cantonal de vider de leur substance de nombreuses compétences communales¹¹¹.

Il n'en demeure pas moins que, même s'il a toujours semblé difficile de définir de manière abstraite ce que pouvait être le noyau de l'autonomie communale, il est possible d'essayer d'en esquisser quelques contours ponctuels au regard de la pratique et de la tradition politiques, législatives et judiciaires des cantons et du Tribunal fédéral ainsi que des dispositions de la CEAL qui concrétisent la notion d'autonomie locale.

311 *L'organisation politique.* – Premièrement, afin de garantir la fonction démocratique essentielle des communes, celles-ci doivent absolument rester des espaces politiques indépendants. En principe d'ailleurs, les constitutions cantonales, comme celles des cantons romands, garantissent toutes le droit de vote, de référendum et d'initiatives populaires au niveau communal dans une mesure plus ou moins grande¹¹².

Cela signifie au moins deux choses. D'une part, le corps électoral communal doit pouvoir élire ses propres autorités et disposer d'une certaine autonomie d'organisation¹¹³ ; le principe est d'ailleurs consacré à l'art. 3 par. 2 CEAL. D'autre part, ces autorités doivent conserver le pouvoir de légiférer dans certains domaines importants, notamment sur le plan organisationnel et législatif¹¹⁴. Ces deux principes ressortent partiellement du droit lucernois qui prescrit expressément que les pouvoirs du corps électoral et la conduite politique du conseil communal ne peuvent être délégués¹¹⁵.

¹¹¹ Cf., notamment, MEYER (2011), p. 36.

¹¹² Art. 113-117 ConstC BE; art. 48-50 Cst. FR; art. 141 s. Cst-VD; art. 115-119 Cst. JU; art. 72-74 Cst. VS; art. 71-79 et 140 s. Cst-GE; art. 95 Cst. NE.

¹¹³ En tous les cas, le canton ne peut les nommer lui-même (cf. MEYER [2011], p. 240). Voir également art. 59 al. 3 Cst. TG, selon lequel « [l]es communes désignent leurs autorités »; STÄHELIN (2007), N 3 ad § 59 Cst. TG, qui voit dans cette compétence organisationnelle le « *Kernbereich* » de l'autonomie communale; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1927 s.

¹¹⁴ À cet égard, le tribunal administratif saint-gallois n'a pas hésité à reprendre l'opinion d'HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN selon laquelle « *[e]in Kernbereich der Gemeindeautonomie stellt die Setzung von kommunalem Recht dar* » (Verwaltungsgericht SG, arrêt B 2008/50 du 19 août 2008, consid. 3.1; cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [2016], N 1913); aussi TANQUEREL (2011), N 173, évoque la « grande importance » du droit communal.

¹¹⁵ Cf. art. 44 al. 2 de la loi lucernoise sur les communes du 4 mai 2004 (Gemeindegeseztz; GG LU; SRL 150): « *Die Gemeinde kann die Befugnisse der Stimmberechtigten und die politischen Führungsaufgaben des Gemeinderates nicht übertragen.* » Le gouvernement lucernois voulait signifier par-là que « *die demokratischen Führungs- oder Kernfunktionen der Gemeinde, nämlich die Befugnisse der Stimmberechtigten sowie die politischen Führungsaufgaben des Gemeinderates und der Schulpflege, nicht ausgelagert werden können. Damit wird verhindert, dass die Gemeinde durch Auslagerung von Aufgaben in ihrer Funktion ausgehöhlt wird* ». On remarquera que, dans son projet de loi, le gouvernement voulait à

Les compétences fiscales communales – Ensuite, si les communes ne disposaient pas d’une certaine autonomie financière, l’autonomie communale serait un leurre. Les communes doivent donc disposer de moyens financiers suffisants et, en particulier, pouvoir percevoir leurs propres impôts et leurs propres taxes pour financer leurs tâches¹¹⁶.

312

Si le principe semble s’adresser en premier lieu aux autorités cantonales, il s’adresse aussi aux communes qui ne peuvent céder leur souveraineté fiscale. Il existe à cet égard de nombreuses dispositions constitutionnelles ou légales cantonales qui interdisent aux communes de déléguer leur pouvoir de prélever des impôts voire des taxes causales – à des organisations intercommunales¹¹⁷. Cette interdiction concrétise également la volonté du constituant de ne pas voir émerger un niveau étatique supplémentaire disposant de compétences fiscales. Nous reviendrons encore plus loin sur cette question (*infra* N 332).

Les compétences en matière d’aménagement et de construction. – Sur le plan de l’autonomie matérielle, l’aménagement du territoire et des constructions est l’un des domaines où les communes disposent encore – et traditionnellement – de compétences importantes dans la plupart des cantons, notamment romands, à l’exception du canton de Genève¹¹⁸. En droit cantonal vaudois, les communes jouissent ainsi d’une autonomie – expressément reconnue par la constitution cantonale et maintes fois soulignée par la jurisprudence – lorsqu’elles définissent, par des plans, l’affectation de leur territoire, et lorsqu’elles appliquent le droit des constructions¹¹⁹. L’aménagement du territoire et des constructions représente par ailleurs un domaine relevant souvent de la « souveraineté populaire » par excellence. Les législateurs cantonaux – comme le législateur jurassien par exemple – disposent régulièrement que l’édiction du régime de base des constructions (règlement des constructions et plan des zones) est du ressort du corps électoral, en tant que détenteur de la souveraineté populaire communale, et ne peut être transmise à aucun autre organe¹²⁰.

313

l’origine également empêcher la délégation des tâches des autorités scolaires, mais que le parlement a supprimé cette mention (REGIERUNGSRAT LU [2003], p. 64 et 108).

¹¹⁶ Cf., entre autres, MEYER (2011), p. 241; aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1933.

¹¹⁷ Voir, notamment, art. 121 al. 2 LCo FR; art. 131 al. 3 LCo BE; art. 124 al. 2 LC VD; art. 80 LCo NE; art. 135f al. 2 LCom JU qui prévoit que le syndicat intercommunal, respectivement celui d’agglomération peut prélever des émoluments, des taxes et imposer des charges préférentielles; aussi, en Suisse alémanique, p. ex., art. 130 al. 3 Cst. BL et art. 47 al. 2 de la loi zougnoise sur les communes du 4 septembre 1980 (Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden; Gemeindegesetz; GG ZG; BGS ZG 171.1).

¹¹⁸ Notamment HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1930; TANQUEREL (2011), N 172.

¹¹⁹ Cf. art. 139 al. 1 let. d Cst-VD et, notamment, ATF 115 Ia 114, consid. 3d, et Tribunal fédéral, arrêt 1C_365/2010 du 18 janvier 2011, consid. 2, et arrêt 1C_340/2015 du 16 mars 2016, consid. 4.3.

¹²⁰ Art. 74 al. 1 let. LCom JU.

Sur cette base, on se plaît régulièrement à souligner que la planification du territoire de même que le règlement de l'aménagement du tissu bâti représenteraient un « *Kernbereich der Gemeindeautonomie* »¹²¹. C'est de cette même prémisses que semble partir le Tribunal fédéral, lui qui a déjà eu l'occasion de juger que la question du projet architectural à retenir pour la construction d'une maison de commune constituait, pour une commune, le « *Kernbereich ihrer Aufgaben* »¹²².

314 *Le droit de ne pas s'associer avec d'autres communes.* – Enfin, comme nous l'avons vu, l'autonomie organisationnelle d'une commune emporte avec elle la liberté de s'associer avec d'autres communes. Le législateur bernois évoque même le « principe du libre choix » en matière de coopération intercommunale¹²³. Le principe est central et est reconnu non seulement par les constitutions cantonales, mais également par l'art. 10 CEAL (sur la question, *supra* N 79).

Logiquement, la liberté en question inclut implicitement celle de ne pas s'associer, sous réserve d'une éventuelle restriction à ce droit prévue par la constitution cantonale elle-même¹²⁴. Dans ce dernier cas, une éventuelle obligation de s'associer – ou, partant, de rester associé – doit encore se fonder sur des motifs objectifs prévus par la loi, au risque sinon de vider le principe de la coopération libre et volontaire de sa substance¹²⁵. C'est du moins ce que le Tribunal fédéral a laissé transparaître dans un arrêt où il a considéré que si le législateur cantonal prévoyait que « *der Kantonsrat oder der Regierungsrat nach freiem Ermessen die zwangsweise Verbindung von Gemeinden anordnen können, so wäre die Freiheit der Gemeinden, sich einem Zweckverband anzuschliessen, so stark beschränkt, dass sich wohl kaum noch von Autonomie sprechen liesse* »¹²⁶.

¹²¹ Voir, notamment, Verwaltungsgericht SG, arrêt B 2013/116 du 14 mai 2014, consid. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1913; aussi REGIERUNGSRAT ZH (2013/II), p. 7 et 32, selon lequel « *[d]ie Planung der Nutzung mittels Bau- und Zonenordnung sowie Gestaltungs- und Erschliessungsplänen ist ein Kernbereich der Gemeindetätigkeit* » et que « *[i]n kaum einem anderen Gebiet stehen den Gemeinden derart weitgehende Rechtsetzungsbefugnisse zu wie in der Raumplanung* »; également MEYER (2011), p. 247, lequel estime dans une thèse très fouillée que l'autonomie locale garantie par l'art. 3 par. 1 CEAL concerne en particulier le droit pour une commune de décider de manière indépendante de son développement territorial et urbanistique.

¹²² ATF 138 I 143, consid. 1.3.2.

¹²³ Art. 5 LCo BE.

¹²⁴ Cf., dans le même sens, OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 58, et MEYER (2011), p. 247. Le principe découle également implicitement et *a contrario* des règles constitutionnelles cantonales qui prévoient la possibilité pour le canton d'obliger les communes à collaborer dans certaines situations (*supra* N 110).

¹²⁵ Voir, pour un exemple, Tribunal fédéral, arrêt 2C_685/2007 du 11 février 2008.

¹²⁶ Tribunal fédéral, arrêt du 11 décembre 1974, consid. 2, in: ZBI 1975, p. 297.

Le droit de ne pas vouloir modifier une association. – Logiquement, si les communes jouissent d'un droit constitutionnel à ne pas s'associer, elles jouissent également du droit de limiter le développement d'une collaboration existante (« *das Recht diese Zusammenarbeit in Grenzen zu halten* »)¹²⁷. 315

Cela signifie concrètement qu'une commune ne peut céder – ou renoncer à – son droit de refuser les modifications importantes des conventions intercommunales qu'elle a conclues. Les juges de Lausanne considèrent en tout cas que la garantie de l'autonomie communale s'oppose à l'adoption et à l'application d'une règle intercommunale permettant une modification des dispositions fondamentales d'une convention intercommunale sans l'accord de chaque commune partenaire¹²⁸. On peut voir là une concrétisation du principe d'interdiction de « *Selbstpreisgabe* ».

À l'instar de FRIEDERICH, il est aussi possible de faire une analogie entre cette jurisprudence fédérale et le principe de droit civil de l'interdiction de l'engagement excessif ancré à l'art. 27 CC, dans la mesure où les communes ne peuvent pas restreindre leurs capacités d'action de manière excessive et, pour ainsi dire, se livrer à des tiers¹²⁹.

4. Le droit de dénoncer les conventions intercommunales

Le droit de dénoncer dans les lois cantonales. – Contrairement à ce qui prévaut s'agissant de la problématique de la dénonciation des conventions intercantonnales (sur la question, *supra* N 297), celle de la dénonciation des conventions intercommunales fait parfois l'objet d'une réglementation explicite. En effet, il arrive que le législateur cantonal prévoie la règle expresse selon laquelle les communes peuvent dénoncer les conventions intercommunales de droit public auxquelles elles sont parties prenantes, du moins lorsque ces conventions fondent des règles organisationnelles intercommunales de longue durée. C'est le cas du droit valaisan qui dispose clairement que toutes les conventions intercommunales doivent prévoir une « faculté de résiliation »¹³⁰. 316

Un droit de dénonciation déduit de la constitution. – Quoi qu'il en soit, en l'absence de règle expresse, une commune jouit en principe également du droit implicite de dénoncer une convention intercommunale normative. En tout cas, 317

¹²⁷ OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 58.

¹²⁸ ATF 113 Ia 341, consid. 3 et ATF 113 Ia 200, consid. 3d.

¹²⁹ FRIEDERICH (2013), p. 259: « *Die Gemeinden dürfen sich nach personenrechtlichen Grundsätzen (Art. 27 ZGB) in ihrer Handlungsfähigkeit und Autonomie nicht übermässig selbst beschränken und Dritten "ausliefern"*. »; aussi pour une appréciation de l'autonomie communale comme un droit personnel de la commune, cf. OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 58.

¹³⁰ Art. 112 al. 2 LCo VS; voir aussi art. 118 al. 1 et art. 120 al. 2 GG GL.

le Tribunal fédéral et la pratique cantonale ont déjà reconnu un tel droit extra-légal de dénonciation. Ils l'ont fait dans une affaire portant sur la réglementation du droit de sortie d'une association de communes. Il est vrai que si la constitution cantonale laissait, comme en l'espèce, les communes libres de s'associer entre elles pour collaborer, elle devrait logiquement les laisser libres de se désengager d'une telle organisation intercommunale¹³¹.

II. La structure étatique suisse « à trois niveaux »

318 *Introduction.* – La collaboration intercantonale et intercommunale institutionnalisée et, plus particulièrement, les organisations régionales conventionnelles passent forcément par la création d'un nouveau type d'espace politique ou d'une nouvelle forme de structure étatique. Il s'agit en l'occurrence d'« espaces politiques ou administratifs » ou de « structures étatiques » au sein desquels les cantons ou les communes sont appelés à entretenir des rapports de pouvoirs et de force et qui se situent, pour ainsi dire, entre les cantons et la Confédération, respectivement entre les communes et les cantons.

À partir de là, la définition du cadre juridique applicable aux organisations régionales conventionnelles suppose d'examiner deux thématiques juridiques particulières. D'un côté, il convient de rappeler la portée des principes d'égalité des cantons et d'égalité des communes, notamment en termes d'organisation politique (A). De l'autre, il convient d'aborder la question de la définition et de la constitutionnalité – ou plutôt de l'inconstitutionnalité – d'un éventuel « quatrième niveau étatique » supplémentaire en l'état du droit positif suisse, lequel part d'une « structure étatique à trois niveaux »¹³² (B).

¹³¹ ATF 113 Ia 341, consid. 4c; Tribunal fédéral, arrêt du 11 décembre 1974, consid. 4b, in: ZBI 1975, p. 297; aussi Regierungsrat OW, décision du 24 octobre 2006, consid. 5, in: VVGE-OW 2005/2006 n° 5, p. 14; Verwaltungsgericht ZH, arrêt VK.2006.00005 du 17 janvier 2008, consid. 4.2. La pratique ne semble même pas exclure la dénonciation de conventions de fusion de communes (cf. Cour constitutionnelle JU, arrêt CCst 7/2012 du 24 août 2012; Regierungsrat LU, décision RRB n° 1384 du 27 novembre 2009, consid. 8.2, in: LGVE 2009 III, n° 3).

¹³² Pour cette expression, voir notamment AUER (2016), N 343; TANQUEREL (2011), N 156; aussi CONSEIL FÉDÉRAL (2015), p. 3498; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2009), N 639; HÄFELIN ET AL. (2016), N 974; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 229; éventuellement SG Komm. BV-KÄGI-DIENER (2014), N 10 ad art. 50 Cst., qui évoque la « Dreigliedrigkeit » de l'État suisse; pour une critique de cette expression, HANGARTNER (2012), p. 149 s., qui souligne la nature profondément différente des cantons et des communes; voir, le cas échéant, BSK BV-MEYER (2015), N 2 ad art. 50 Cst., qui évoque, comme une sorte de compromis, un fédéralisme « *asymmetrisch dreistufig* ».

A. L'égalité des collectivités de même niveau

Plan. – La question de l'égalité des collectivités publiques de même niveau peut s'apprécier sous deux angles du point de vue du droit constitutionnel suisse. En effet, celui-ci reconnaît le principe selon lequel les cantons sont égaux (1), mais également celui selon lequel les communes sont égales (2). 319

1. Le principe d'égalité des cantons

Le principe et sa source. – Il serait faux de croire que le principe d'égalité entre les cantons est inhérent au système fédéral lui-même. On peut en effet imaginer – et il existe aujourd'hui – des États fédéraux au sein desquels les États fédérés ne seraient ou ne sont pas forcément égaux¹³³. Le principe d'égalité entre cantons représente néanmoins l'un des traits caractéristiques du fédéralisme suisse, même s'il n'allait pas forcément de soi avant la République helvétique¹³⁴. Aujourd'hui, le principe d'égalité des cantons est parfois taxé de « principe constitutionnel non écrit »¹³⁵. Même si la Constitution fédérale ne le mentionne pas expressément, il ressort implicitement de la Constitution fédérale qui, notamment, énumère tous les cantons de manière identique à son premier article¹³⁶. 320

L'idée d'un fédéralisme différencié ou asymétrique ne serait donc pas conforme à la Constitution fédérale s'il devait être l'œuvre du législateur ou, même, de cantons « faibles » qui choisiraient de céder une part de leurs compétences à la Confédération¹³⁷. La question reste de savoir si le droit suisse autorise malgré tout certaines différences de traitement entre les cantons.

L'égalité au sens absolu. – L'égalité entre les cantons peut assurément être comprise comme une égalité absolue, du moins en partie. Il en va en tout cas ainsi lorsqu'il s'agit de compter les voix des cantons lors de votations fédérales 321

¹³³ HÄFELIN ET AL. (2016), N 965; pour une analyse plus détaillée de la relation entre le fédéralisme et l'égalité des États fédérés, voir notamment SIEGRIST (1978), p. 74 s. Pour des exemples de fédéralisme asymétrique et une analyse de celui-ci, voir, p. ex., GONIN OLIVIER, *Évolution constitutionnelle en Espagne et au Royaume-Uni : vers une forme de fédéralisme asymétrique*, thèse, Neuchâtel 2010.

¹³⁴ Cf. sur cette question, HÄFELIN ET AL. (2016), N 38, et AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 1013.

¹³⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (1997), p. 127; BIAGGINI (2017), N 9 ad art. 1 Cst.; TSCHANNEN (2016), N 13 ad § 16; RHINOW (2000), p. 69; BRUNNER (2000), p. 38; Comm. aCst.-AUBERT (1986), N 46 ad art. 1 aCst.

¹³⁶ On remarquera ici que l'art. 1 aCst. distinguait encore les demi-cantons (voir, sur la question et parmi d'autres, HÄFELIN ET AL. [2016], N 931, TSCHANNEN [2016], N 17 ad § 16, BSK BV-BELSER/MASSÜGER [2015], N 9 s. ad art. 1 Cst., et SG Komm. BV-HAFNER/SCHWEIZER [2014], N 13 s. ad art. 1 Cst.).

¹³⁷ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 1013.

qui porte sur une révision constitutionnelle ou lorsqu'il s'agit de composer le Conseil des États (à l'exception des six anciens demi-cantons)¹³⁸. Il en va de même s'agissant de l'exercice des droits d'initiative et de référendum par les cantons¹³⁹. Enfin, tous les cantons jouissent des mêmes compétences et des mêmes pouvoirs cantonaux.

322 *Le principe d'égalité au sens relatif.* – Cela dit, la Constitution fédérale conçoit également l'égalité intercantonale comme un principe relatif¹⁴⁰. Elle ne nie de cette manière pas la réalité selon laquelle les cantons ne sont pas totalement semblables dans les faits.

D'une part, le constituant fédéral a tenu compte de l'importance démographique de chaque canton lors de la répartition des sièges du Conseil national, respectivement n'exclut pas d'en tenir compte lors de la répartition intercantonale des bénéfices des revenus financiers fédéraux¹⁴¹. Les cantons fortement peuplés obtiennent en principe plus de sièges au Conseil national et une part plus importante de la manne financière fédérale que les petits cantons.

D'autre part, le constituant fédéral a également tenu compte de la force – ou plutôt de la faiblesse – économique des cantons dans le cadre de la péréquation financière fédérale. Les cantons « à fort potentiel » sont appelés à financer une péréquation financière en faveur des cantons qui se trouvent dans une situation moins favorable, notamment sur le plan topographique ou sociodémographique, en vue de rétablir un minimum d'égalité en matière de capacité financière cantonale¹⁴². Dans cette mesure, le principe d'égalité des cantons vise même la promotion d'une « égalité de fait »¹⁴³.

323 *La portée normative du principe.* – L'égalité entre les cantons jouit assurément d'une place centrale au sein de l'ordre constitutionnel suisse depuis plus de cent cinquante ans. Il n'empêche que la portée du principe reste – pour reprendre les mots de BIAGGINI – « *nicht restlos geklärt* »¹⁴⁴.

La difficulté d'attribuer une portée normative claire au principe d'égalité des cantons provient assurément du fait que, comme nous venons de le voir, ce principe est équivoque : il inclut à la fois la préservation de l'égalité absolue des cantons, celle de leur égalité relative – c'est-à-dire qu'il autorise ce l'on pourrait appeler une différence de traitement justifiée – et la promotion de l'égalité de

¹³⁸ Cf. art. 142 et art. 150 Cst.

¹³⁹ Cf. art. 160 et 141 Cst.

¹⁴⁰ Cf., parmi d'autres, BIAGGINI (2017), N 9 ad art. 1 Cst.; TSCHANNEN (2016), N 18 ad § 16.

¹⁴¹ Voir art. 149 al. 4 Cst. et art. 99 al. 4 Cst. en lien avec art. 31 al. 3 de la loi fédérale sur la Banque nationale suisse du 3 octobre 2003 (LBNS; RS 951.11). Pour d'autres exemples, cf. TSCHANNEN (2016), N 19 ad § 16.

¹⁴² Voir art. 135 Cst.

¹⁴³ AUBERT parle d'« égalité distributive » (cf. [1967], N 565).

¹⁴⁴ BIAGGINI (2017/I), N 9 ad art. 1 Cst.

fait entre eux. Il semble bien qu'il faille conclure à la violation du principe de l'égalité entre cantons uniquement lorsqu'une norme ou une décision contredirait chacune des trois facettes de ce principe. Au-delà, à l'instar d'AUBERT, on peut probablement déduire de l'égalité entre cantons et, plus particulièrement, de leur énumération à l'art. 1 Cst. que la Constitution fédérale garantit un « ensemble de cantons bien équilibré »¹⁴⁵, étant précisé qu'un tel équilibre n'exclut pas le maintien – voire la promotion – d'une certaine concurrence entre les cantons (sur la question aussi, *supra* N 86)¹⁴⁶.

2. Le principe d'égalité des communes

Le principe et sa source. – Les communes sont en règle générale égales entre elles, même si ce principe ne ressort pas expressément du droit constitutionnel fédéral, ni du droit cantonal. La problématique de l'égalité des communes présente sur ce point de nombreuses similarités avec celle de l'égalité des cantons. En effet, à l'instar de ce qui prévaut s'agissant de l'égalité des cantons, le principe juridique de l'égalité des communes se déduit la plupart du temps implicitement des constitutions cantonales, lesquelles garantissent en principe une certaine autonomie aux communes du canton sans opérer aucune distinction entre elles¹⁴⁷. À partir de là, le Tribunal fédéral considère, de jurisprudence constante, qu'une commune peut soulever devant lui le grief d'une violation de l'égalité de traitement, du moment que ce moyen se trouve dans un rapport étroit avec celui tiré de la violation de l'autonomie communale¹⁴⁸.

Autrement dit, à chaque fois qu'une commune peut se prévaloir d'une autonomie communale dans un domaine donné, elle a le droit à ce qu'elle puisse exercer cette autonomie de la même manière que les autres communes du canton¹⁴⁹.

¹⁴⁵ AUBERT (1986), N 52 ad art. 1 aCst. Cette conclusion est d'ailleurs reprise par BRUNER (cf. [2000], p. 73). À des fins d'exhaustivité, on ajoutera ici que SIEGRIST considère quant à lui que le principe d'égalité des cantons oblige ceux-ci à ne pas exclure certains cantons lors de la négociation de conventions intercantionales simplement par principe, sans raison objective (cf. [1978], p. 75). Cette opinion ne concerne toutefois pas le sujet de la présente thèse. Au surplus, il semble à notre sens qu'elle découlerait davantage du principe de l'interdiction des conventions de nature politique (*supra* N 83 et 86).

¹⁴⁶ Cf., sur cette idée, BIAGGINI (2017/I), N 9 ad art. 1 Cst.

¹⁴⁷ Cf., dans le même sens, MÄCHLER (2012), p. 121 s.

¹⁴⁸ ATF 115 Ia 42 et la jurisprudence citée ci-dessous.

¹⁴⁹ MARTENET va jusqu'à soutenir l'idée selon laquelle l'égalité entre les communes découle directement de l'art. 8 al. 1 Cst. Selon lui, cette disposition constitutionnelle représente un principe fondamental de la Constitution fédérale qui doit s'imposer aux cantons sans forcément passer par le truchement du respect de l'autonomie communale. Pour justifier une telle application directe de l'art. 8 al. 1 Cst., cet auteur part du présupposé – à vrai dire réel – que

325 *Le sens et la portée du principe d'égalité.* – À l'image du principe d'égalité des cantons, le principe d'égalité des communes ne s'entend pas forcément comme une égalité comprise dans un sens absolu. Il est aussi possible de l'entendre dans un sens relatif. Le principe d'égalité des communes peut même inclure le mandat de promouvoir une certaine égalité de fait entre elles¹⁵⁰. Comme le Tribunal fédéral l'a déjà souligné, il interdit simplement au législateur cantonal ou à toute autre autorité de procéder à des différences de traitement entre communes qui seraient insoutenables parce qu'elles ne reposeraient sur aucun motif objectif¹⁵¹.

Ainsi, les cantons peuvent en principe se doter d'une structure interne non homogène dans le cadre de laquelle certaines communes ont plus de poids, de compétences ou de pouvoirs compte tenu de leurs particularités (grandeur, capacités financières, etc.). Il appartient toutefois au constituant – en principe cantonal – de fixer à son niveau les règles qui opéreraient des distinctions de principe entre les communes du canton qui ne reposent sur aucune justification objective et qui pourraient s'avérer contraires au principe d'égalité¹⁵².

326 *Le cas des communes urbaines ou de montagne.* – À cet égard, la mention des villes et des agglomérations à l'art. 50 Cst. – qui prévoit que la Confédération « prend en considération la situation particulière des villes, des agglomérations urbaines et des régions de montagne » – ne vise pas à créer deux catégories de communes, mais simplement à mettre en exergue la situation particulière des communes urbaines, d'un côté, et des communes de montagne, de l'autre¹⁵³. Dans cette mesure, la disposition s'inscrit pleinement dans le cadre de l'égalité de traitement qui – faut-il le rappeler – exige de traiter différemment des situations dissemblables¹⁵⁴. Il n'est pas possible de déduire du droit constitutionnel suisse une préséance de principe des communes urbaines ou des communes de montagnes sur les communes « ordinaires », contrairement à la peur exprimée

« les distinctions opérées entre les communes sont autant de distinctions entre les citoyens eux-mêmes, qui pourraient, selon leur ampleur, équivaloir à une forme de "privilèges de lieu" » (MARTENET [1999], p. 266). Aussi séduisante soit-elle, l'argumentation n'a pour l'heure trouvé aucun écho dans la jurisprudence.

¹⁵⁰ L'art. 168 al. 2 Cst-VD illustre par exemple parfaitement cette idée en consacrant le principe selon lequel « [l]a péréquation financière [doit] atténue[r] les inégalités de charge fiscale consécutives aux différences de capacité contributive entre les communes » (sur cette disposition et son influence sur la conception de l'égalité des communes, cf. Tribunal fédéral, arrêt 2C_366/2009 du 3 mars 2010, consid. 8-9).

¹⁵¹ Cf. notamment ATF 115 Ia 42, consid. 5d; ATF 103 Ia 191, consid. 4b/cc; Tribunal fédéral, arrêt du 17 mai 1967, c. 9, in: ZR 1968, p. 1.

¹⁵² Dans ce sens apparemment, mais pas clairement, cf. ATF 107 Ia 292, consid. 2c.

¹⁵³ Cf., dans le même sens, BIAGGINI (2017/I), N 10 ad art. 50 Cst.

¹⁵⁴ Cf., pour des exemples, Tribunal fédéral, arrêt 2C_706/2012 du 16 avril 2012, consid. 5.1, et arrêt 2C_572/2010 du 23 mars 2011, consid. 6.

lors des débats parlementaires¹⁵⁵. Simplement, la situation particulière de ces communes peut justifier une différence de traitement reposant sur des motifs objectifs. Par exemple, le canton peut traiter différemment les communes urbaines des autres communes en leur accordant plus d'autonomie compte tenu de leur administration, de leurs infrastructures ou de leur capacité financière¹⁵⁶.

B. L'inconstitutionnalité d'un « quatrième niveau étatique »

Plan. – La question de l'admissibilité, d'un point de vue constitutionnel, d'un quatrième niveau étatique en Suisse – en plus du niveau fédéral, du niveau cantonal et du niveau communal – peut s'apprécier sous deux angles. Il s'agit de se demander, d'un côté, s'il est possible d'instituer un nouvel échelon étatique entre la Confédération et les cantons (1) et, de l'autre, s'il est possible d'instituer un nouvel échelon étatique entre les cantons et les communes (2).

327

1. L'interdiction d'un niveau supracantonal supplémentaire

Le principe et sa source. – Le fédéralisme ne passe pas forcément par une construction institutionnelle à deux niveaux seulement, qui consisteraient, d'un côté, en celui de l'État fédéral et, de l'autre, en celui des États fédérés¹⁵⁷. Il est néanmoins clair qu'en Suisse, la création d'un niveau étatique supplémentaire intermédiaire entre les cantons suisses et la Confédération est inconcevable sans une modification préalable de la Constitution fédérale. En effet, comme la doctrine le retient de manière unanime, une interprétation littérale et systématique de la Constitution fédérale semble bien indiquer que le constituant fédéral est parti d'une structure étatique à deux niveaux et que d'éventuels échelons supplémentaires – comme les communes ou d'autres échelons étatiques régionaux – ne peuvent être qu'infra-cantonaux¹⁵⁸.

328

¹⁵⁵ BRAAKER (2000), p. 240 s.

¹⁵⁶ MARTENET (1999), p. 267; sur la constitutionnalité plus discutable d'un tel procédé, dans la mesure où il serait adopté par la Confédération envers les cantons, notamment BSK BV-WALDMANN/BORTER (2015), N 47 ad art. 46 Cst.; SG Komm. BV-EGLI (2014), N 28 ad art. 46 Cst.

¹⁵⁷ Notamment ABDERHALDEN (1999), p. 79; HÄFELIN (1969), p. 664 : « *Deshalb hilft auch die These des "zweistufigen Bundesstaatsbegriffs" nicht weiter, wonach zwischengliedstaatliche Einrichtungen, welche Aufgaben verschiedenen Gliedstaaten gemeinsam besorgen, eine neue dritte Ebene zwischen Bund und Gliedstaaten schaffen und deshalb unzulässig seien. Die Frage ist ja gerade, ob der Bundesstaat notwendigerweise "zweistufig" sei.* »

¹⁵⁸ AUER (2016), N 343, n. 30; BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 47 ad art. 48 Cst.; KAUF (2011), p. 42; JENNY (2008), p. 278; WALDMANN (2005/II), p. 29; WIEDERKEHR (2002), p. 630, RHINOW (2000), p. 90, et les références citées ci-dessous.

329 *La définition du « quatrième niveau ».* – Si le principe qui précède est simple, son application l'est beaucoup moins. L'embarras central consiste à définir ce qu'on l'entend par « niveau étatique ».

L'un des problèmes est que certains milieux politiques ont tendance à soulever la peur d'un « quatrième niveau étatique » à chaque fois que la collaboration intercantonale menace l'autonomie cantonale ou risque de complexifier le fonctionnement de l'État¹⁵⁹. La définition utilisée de manière courante est donc extrêmement protéiforme. Une autre difficulté est qu'à notre connaissance, la doctrine juridique ne s'est encore jamais véritablement attachée à définir ce que serait un quatrième niveau étatique supracantonal. La question semble lui paraître dénuée d'intérêt pratique, la collaboration intercantonale n'atteignant *a priori* pas encore un seuil tel qu'il faille douter qu'elle représente un niveau étatique supracantonal¹⁶⁰.

C'est finalement la définition d'AUBERT qui est simplement reprise la plupart du temps. Selon cet auteur, « si les régions ont des pouvoirs étendus, notamment celui de faire des lois, et que leurs organes tirent leur légitimité d'élections populaires, alors il s'agit de collectivités d'une espèce nouvelle qu'on peut, sans jouer sur les mots, qualifier de supracantonale. Or il n'appartient pas aux cantons de former librement des corps intermédiaires que l'art. 1^{er} de la Constitution ne connaît pas »¹⁶¹. Autrement dit, la création d'échelons intermédiaires consisterait en la constitution de « régions supracantonales, dotées d'autorités indépendantes et de pouvoirs substantiels » délégués par les cantons¹⁶². On remarquera que, dans cette mesure, la problématique de l'interdiction d'un tel échelon étatique se confond largement avec celle de l'interdiction qui est faite aux cantons d'abandonner leur propre souveraineté (« *selbstpreisgeben* »; sur la question, *supra* N 286)¹⁶³.

330 *Conclusion.* – En bref, il est indéniable que la création d'un niveau étatique supplémentaire inséré entre les cantons et la Confédération est interdite par la Constitution fédérale. La question de l'admissibilité d'un échelon étatique supracantonal intermédiaire est toutefois une problématique qui relève autant – si

¹⁵⁹ Voir, pour un exemple, CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2182, qui rapporte les résultats de la consultation relative au projet de nouvelle RPT.

¹⁶⁰ Voir en particulier les propos du Prof. Andreas Auer, in: GRAND CONSEIL GE (2006), p. 26; aussi BRUNNER (2000), p. 129.

¹⁶¹ AUBERT (1986), N 49 ad art. 1 aCst. BRUNNER va également dans le même sens (cf. [2000], p. 129).

¹⁶² AUBERT (1982), N 880. Cette formulation est quant à elle reprise notamment par MARTENET (cf. [1999], p. 285) et WIEDERKEHR (cf. [2002], p. 630). Voir aussi les propos du Prof. ANDREAS AUER qui, interrogé lors d'un séminaire sur l'opportunité de créer un parlement régional, a déclaré que, si on déléguait des « *compétences d'ensemble* » à ce dernier, il constituerait un « *véritable quatrième niveau [étatique]* » (cf. GRAND CONSEIL GE [2006], p. 38 s.).

¹⁶³ Cf., dans ce sens, KAUZ (2011), p. 42; WALDMANN (2005/II), p. 30; SIEGRIST (1978), p. 29 s.

ce n'est plus – du domaine politique que du domaine juridique. En tout cas, d'un point de vue constitutionnel, il semble *a priori* impossible de donner une définition d'un échelon étatique autrement qu'en utilisant une formulation politico-juridique si générale qu'elle semble perdre toute force normative¹⁶⁴.

2. L'interdiction d'un niveau supracommunal supplémentaire

Le principe en droit fédéral. – Comme nous venons de le voir, la Constitution fédérale s'oppose, en théorie, à la création d'un « quatrième niveau étatique » – en plus de la Confédération, des cantons et des communes – s'il devait s'avérer *supracantonal*. Elle n'interdit en revanche pas la création d'un tel niveau s'il devait être *infracantonal*. Certes, la Constitution fédérale consacre l'autonomie communale et semble partir de l'idée qu'il n'existe qu'un seul niveau infracantonal. Néanmoins, il est acquis que la structure territoriale intérieure des cantons ne relève pas du droit fédéral qui laisse aux cantons la liberté d'instituer un « étage intermédiaire » entre eux-mêmes et les communes¹⁶⁵.

331

La solution ne changerait pas même si l'on devait accorder une quelconque portée normative au Titre 3 de la Constitution fédérale en matière de structure cantonale intérieure, lequel s'intitule, nous le rappelons, « Confédération, cantons et communes ». En mentionnant le cas spécial des agglomérations, des villes et des régions de montagne, l'art. 50 al. 3 Cst. indique quoi qu'il en soit implicitement qu'il n'est pas défendu aux cantons d'instaurer un échelon intermédiaire dans certaines situations¹⁶⁶.

La pratique confirme sans conteste cette analyse, le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale n'ayant jusqu'à présent jamais rien trouvé à redire aux cantons qui consacraient dans leur constitution cantonale des « institutions situées entre l'échelon du canton et celui de la commune »¹⁶⁷.

¹⁶⁴ À cet égard, il est intéressant de remarquer ici que la doctrine rapproche souvent la question de l'interdiction d'un « quatrième niveau étatique » intercantonal de celle de l'interdiction de conclure des traités de nature politique (cf. notamment MARTENET [1999], p. 285; Comm. aCst.-AUBERT [1986], N 50 ad art. 1 aCst.; aussi Congrès SSJ-AUBERT [1969], p. 1085 s.).

¹⁶⁵ Cf., parmi d'autres, COMM. D'EXPERTS CST. (1977), p. 98 s.; AUER (2016), N 316-320; TÖNDURY (2004), p. 235; MARTENET (1999), p. 269; Comm. aCst.-AUBERT (1986), N 48 ad art. 1 aCst.; Comm. aCst.-SALADIN (1986), N 258 ad art. 3 aCst.

¹⁶⁶ Cf., dans ce sens, KAUZ (2011), p. 42; WALDMANN (2005/II), p. 29.

¹⁶⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (2013), p. 3456. Le plus souvent, dans ses messages concernant les garanties à donner à des modifications constitutionnelles cantonales, le Conseil fédéral reste totalement muet sur la question (cf. p. ex. CONSEIL FÉDÉRAL [2008], p. 1268 s.).

332

Le principe en droit cantonal. – Cela dit, la plupart du temps, une interdiction de créer un quatrième niveau étatique *infracantonal* supplémentaire se superposant aux communes – donc *supracommunal* – découle du droit constitutionnel cantonal.

Une telle interdiction n'est pas forcément expresse, mais ressort en règle générale de l'interprétation systématique et historique des constitutions cantonales. Il s'agit par exemple de tenir compte du fait que les constituants – et en particulier ceux des cantons romands – ont généralement agencé les dispositions sur la collaboration intercommunale au sein des dispositions sur les communes, soulignant ainsi qu'un « échelon étatique » supplémentaire supracommunal ne pouvait en principe être créé que sur une base conventionnelle et qu'il devait rester de nature collaborative¹⁶⁸. Il s'agit également de partir de l'idée que la création d'un niveau intermédiaire – ou la possibilité d'en instituer – représenterait un élément central de l'organisation cantonale qui nécessiterait un ancrage constitutionnel explicite¹⁶⁹.

L'exemple du droit neuchâtelois. – Ainsi, AUBERT écrit que, dans le canton de Neuchâtel, « la commission [chargée d'élaborer le projet de nouvelle constitution cantonale] a considéré qu'un canton d'à peine 170 000 habitants (guère plus qu'une ville de taille moyenne) n'avait pas une substance suffisante pour justifier un système général à trois niveaux de collectivités publiques »¹⁷⁰. La constitution cantonale neuchâteloise contient par conséquent un silence qualifié qui interdit la création d'un niveau étatique intermédiaire entre la commune et le canton.

333

La définition du « quatrième niveau » supracommunal. – À l'instar de ce qui prévaut en matière intercantonale, l'application concrète du principe d'interdiction d'un quatrième niveau étatique en matière intercommunale n'est pas des plus évidente. En particulier, chacun a tendance à l'instrumentaliser à des fins politiques¹⁷¹. Même la doctrine juridique, parfois la plus éminente, ne l'utilise pas forcément à bon escient, dans la mesure où il lui arrive de qualifier

¹⁶⁸ En ce qui concerne le droit constitutionnel vaudois, cf. HALDY (2004), p. 303; pour le droit constitutionnel bernois, cf. CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2005), p. 21, et pour une argumentation valant également pour les autres cantons, cf. LIENHARD (1994), p. 34.

¹⁶⁹ MEYLAN (1972), p. 186; voir, pour un cas où la question s'est posée, REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 26. La constituante fribourgeoise est également partie de la prémisses que le canton de Fribourg est une « structure à deux niveaux », même si la constitution cantonale prévoit finalement la possibilité pour les communes de mettre en place des structures administratives régionales (cf. SCHNEUWLY [2005], p. 303 s., et art. 134 al. 4 Cst. FR).

¹⁷⁰ AUBERT (1998), N 19.

¹⁷¹ Cf., sur l'utilisation politique d'un tel étiquetage et pour un exemple, CTA (2004), p. 44, et le communiqué de presse du REGIERUNGSRAT SO, du 13 novembre 2012, par lequel ce dernier annonce l'abandon du Projet « *Regionale Trägerschaften* » parce que « *[d]er geäußerte Vorbehalt der Einführung einer vierten Staatsebene und der befürchtete Gemeindeautonomieverlust (...) sind mutmassliche Hauptgründe für die ablehnende Haltung der Gemeinden* ».

certain types d'organisation intercommunale de « quatrième niveau étatique », sans les qualifier pour autant d'inconstitutionnelles¹⁷².

Il n'empêche que depuis une vingtaine d'années, compte tenu du développement constant de la collaboration intercommunale, la création d'un éventuel « quatrième niveau étatique » supracommunal n'est plus véritablement théorique. La question se pose même très concrètement lors de l'élaboration des nouvelles formes de collaboration intercommunale. C'est ainsi que la Conférence tripartite sur les agglomérations (CTA ; aujourd'hui Conférence tripartite [CT]) s'est essayée à une définition de la notion de « quatrième niveau institutionnel » qu'elle formule de la manière suivante¹⁷³ :

« On parle d'un quatrième niveau institutionnel à partir du moment où un niveau supplémentaire est créé en plus de celui de la Confédération, des cantons, des communes et des villes. Dans le présent contexte, un tel niveau supplémentaire se caractérise par des tâches propres (et par une souveraineté fiscale correspondante), par un territoire clairement délimité, par des autorités élues par le peuple et par un appareil administratif et exécutif propre. »

La définition du « quatrième niveau » supracommunal : suite. – Selon la CTA donc, la création d'un quatrième niveau supposerait, de manière schématique, d'attribuer des compétences importantes, notamment sur un plan financier, à une institution régionale, dont certains organes seraient élus démocratiquement.

Cette définition, qui reçoit un certain soutien dans la doctrine¹⁷⁴, appellent quelques commentaires.

L'attribution de compétences fiscales. – La question du financement de l'organisation intercommunale et de ses éventuelles compétences fiscales est évidemment centrale. L'autonomie réelle d'une organisation dépend de son autonomie financière, tout en étant précisé que le pouvoir de prélever des impôts représente un attribut extrêmement symbolique du pouvoir étatique. C'est pourquoi, par exemple, le constituant vaudois a choisi de disposer que les fédérations de communes ne peuvent pas être financées par une taxe ou un impôt intercommunal, mais uniquement par des contributions communes¹⁷⁵. Rien n'apparaît extrêmement original dans un tel principe : comme nous l'avons déjà vu, les législateurs cantonaux interdisent la plupart du temps aux communes de déléguer leurs compétences fiscales à des organisations intercommunales. On peut ainsi soutenir qu'une fois encore, la question de la définition d'un quatrième

¹⁷² Voir pour un exemple WALDMANN (2005/II), p. 31; aussi KRAEMER (2011), p. 58.

¹⁷³ CTA (2004), p. 11.

¹⁷⁴ Cf. notamment KOCHER (2010), p. 334.

¹⁷⁵ Cf. art. 156 al. 3 Cst-VD; HALDY (2004), p. 303.

niveau étatique se confond sur ce point avec celle de l'interdiction de « *Selbstpreisgabe* » (sur la question, *supra* N 312).

336

L'élection démocratique des autorités. – Concédonc enfin que le fait que des organes intercommunaux soient élus au suffrage direct représente bel et bien un élément plaidant en faveur de la reconnaissance d'un éventuel quatrième niveau étatique supracommunal¹⁷⁶. À nouveau, le constituant vaudois ne s'y est pas trompé, lui qui a prévu que les organes des fédérations de communes devaient obligatoirement être désignés par des élus communaux et non par élection populaire, ce précisément afin d'éviter que ces organisations ne passent pour un échelon étatique supplémentaire¹⁷⁷.

Le fait est qu'une autorité intercommunale élue directement par la population jouira effectivement d'une indépendance particulière par rapport aux communes partenaires auxquelles elle ne devra plus forcément rendre de comptes. Il est également vrai qu'en pratique, l'institution d'une autorité régionale élue au scrutin populaire ne se justifiera la plupart du temps qu'au sein d'une organisation intercommunale dotée de pouvoirs et de compétences importantes¹⁷⁸. L'élection directe d'un organe intercommunal constitue donc un élément caractéristique utile permettant de détecter d'éventuels « quatrièmes niveaux étatiques ». Représentant l'un des attributs ordinaires des échelons étatiques suisses, l'élection directe par la population d'éventuelles autorités supracommunales ne constitue toutefois qu'un « indice » de l'existence d'un tel échelon, dont la pertinence doit être examinée en tenant compte de l'ensemble des circonstances et, notamment, des compétences octroyées à ces autorités.

Autrement dit, l'élection démocratique d'éventuelles autorités supracommunales n'est pas, à elle seule, une condition suffisante – ni d'ailleurs absolument nécessaire – à la reconnaissance d'un échelon étatique supplémentaire.

La situation dans le canton de Berne. – Personne n'oserait par exemple prétendre que le Jura bernois constituerait un échelon étatique intermédiaire dans le canton de Berne, alors même qu'il existe un Conseil du Jura Bernois élu au suffrage direct¹⁷⁹. Le fait est que le législateur a sciemment fait en sorte que cet organe ne dispose d'aucune compétence, notamment législative, qui ferait apparaître la région du Jura bernois comme un « État dans l'État »¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Cf. notamment AUBERT (1998), N 19, pour qui la question de la désignation des organes intercommunaux semble centrale, à l'instar de ce qu'il retient d'ailleurs à propos des organisations intercantionales (*supra* N 329).

¹⁷⁷ Cf. art. 156 al. 2 Cst-VD; HALDY (2004), p. 303.

¹⁷⁸ Voir CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2005), p. 8, 21 s. et 33.

¹⁷⁹ Art. 3 de la loi bernoise sur le statut particulier du Jura bernois et sur la minorité francophone du district bilingue de Bienne du 13 septembre 2004 (Loi sur le statut particulier; LStP BE; RSB 102.1).

¹⁸⁰ CONSEIL-EXÉCUTIF (2004), p. 3.

III. Les limites du droit cantonal et communal

Introduction. – L'exercice d'une compétence ou l'exécution d'une tâche en commun – que ce soit au niveau intercantonal ou simplement au niveau intercommunal – emporte forcément avec elle un risque de conflits de souveraineté cantonale ou d'autonomie communale. On peut ainsi imaginer des contradictions entre les normes adoptées par les divers cantons ou les diverses communes partenaires, c'est-à-dire des conflits potentiels entre plusieurs droits cantonaux ou entre plusieurs droits communaux. Il est également possible qu'il existe des contradictions entre ces mêmes normes et celles qui ont été adoptées à un niveau intercantonal ou intercommunal en vue de régir l'organisation et le fonctionnement de la collaboration régionale, c'est-à-dire des conflits potentiels entre le droit cantonal ou communal et le droit intercantonal et intercommunal. 337

Dès lors, avant d'examiner la problématique des règles d'organisation régionale conventionnelle proprement dites, il nous apparaît nécessaire de rappeler, à ce stade de la thèse, le principe fondamental de « territorialité » qui délimite le pouvoir des cantons et des communes, notamment sur le plan législatif (A), de même que celui de la primauté des normes intercantionales et intercommunales sur le droit cantonal et communal (B).

A. Le principe de la territorialité du droit

En général. – Selon la conception juridique actuelle, la souveraineté cantonale, tout comme l'autonomie communale, se définit forcément par des limites territoriales. Un canton ou une commune ne peut prétendre régler une situation donnée que pour autant que celle-ci présente des liens avec son territoire. 338

Il convient d'examiner ici plus en détail le fondement et la fonction de ce principe de territorialité (1), de même que de mentionner les critères de rattachement territorial considérés comme pertinents dans quelques domaines juridiques choisis (2).

1. La notion, son fondement et sa fonction

Le principe et sa source. – Comme nous l'avons déjà vu, le principe de souveraineté est conçu – à tout le moins dans son aspect négatif et selon une conception traditionnelle – comme la compétence exclusive d'un État de se donner ses propres règles sur son territoire (*supra* N 274). Le corollaire de ce principe est qu'un État ne peut prétendre exercer des fonctions étatiques sur le territoire d'un 339

autre État. En particulier, le droit qu'un État a édicté – comme « émanation de [s]a souveraineté » – ne s'applique que sur son territoire¹⁸¹.

Ce principe de territorialité applicable en matière internationale régit également les rapports entre cantons ainsi que les rapports entre communes : les compétences législatives cantonale et communale s'arrêtent aux frontières du canton et de la commune¹⁸². La règle découle implicitement de la définition même des notions de souveraineté cantonale et d'autonomie communale¹⁸³. Sur un plan intercantonal, le principe découle aussi de l'art. 3 et de l'art. 53 Cst. qui contraignent les cantons à tenir compte de la souveraineté des autres membres de la Confédération¹⁸⁴.

340

L'exigence d'un rattachement territorial suffisant. – La jurisprudence fédérale a toujours souligné qu'un canton – mais le raisonnement peut s'appliquer à une commune – ne pouvait se prévaloir de sa « souveraineté » ou de son autonomie pour régler ou se prononcer sur un état de fait que lorsqu'il existait une sorte d'« *Unterwerfungsverhältnis* », c'est-à-dire un rattachement objectif entre son territoire et l'état de fait en question¹⁸⁵. Cela signifie, entre autres, qu'une loi cantonale ne peut être édictée qu'en vue de régler des situations, des événements ou des comportements « qui sont en rapport avec le territoire cantonal de manière importante »¹⁸⁶.

¹⁸¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 155; cf. aussi BREINING-KAUFMANN (2006), p. 12 et 15 s.

¹⁸² ATF 140 V 563; aussi WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 906.

¹⁸³ Voir notamment ATF 118 Ia 137, consid. 2c; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 319; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 343; WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 906; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 2 ad § 24. De même, une collectivité publique qui s'arrogerait des pouvoirs exorbitants en voulant régler ou se prononcer sur des situations ou des comportements qui n'auraient que peu, voire aucun lien avec elle – et notamment avec son territoire – violerait le principe de l'interdiction de l'arbitraire (dans ce sens, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], p. 162; BREINING-KAUFMANN [2006], p. 16 s.).

¹⁸⁴ Cf. ATF 125 I 474, consid. 1; ATF 87 I 451, consid. 5.

¹⁸⁵ ATF 53 I 204, consid. 2 : « *Der Begriff der Zuständigkeit ist vielmehr in einem weiteren Sinne zu verstehen, wonach er auch die Hoheit des Kantons zu einer öffentlich-rechtlichen Verfügung oder Auflage der betreffenden Art gegenüber dem Betriebenen überhaupt umfasst, d. h. das Bestehen eines staatsrechtlichen Unterwerfungsverhältnisses, welches diese Hoheit zu begründen vermag. Es fällt darunter also auch die Einwendung, dass es an einer Beziehung des Betriebenen zum anspruchserhebenden Kanton mangle, welche nach den bundesrechtlichen Grundsätzen über die Abgrenzung der kantonalen Hoheitsbereiche unter sich hinzu geeignet wäre.* » NGUYEN parle de « circonstances de rattachement qui doivent être objectives et pertinentes » (cf. [2006], p. 8).

¹⁸⁶ ATF 125 I 474, consid. 1d. Voir aussi ATF 118 Ia 137, consid. 2b : « *Dementsprechend liegt nach der Praxis des Bundesgerichtes keine unzulässige Ausdehnung des Geltungsbereiches des kantonalen Rechtes vor, wenn dieses ausserkantonale Sachverhalte erfasst, welche das Kantonsgebiet erheblich berühren (...).* »

Si la règle semble simple, son application l'est moins, car le rattachement territorial peut se concrétiser de différentes manières. Il connaît des « *speziellen Ausprägungen* », c'est-à-dire qu'il s'apprécie à l'aune de divers critères en fonction de la question à régler¹⁸⁷. À partir de là, il n'existe pas en droit administratif intercantonal de « formule nette » permettant d'identifier le champ d'application territorial potentiel d'une réglementation cantonale ou communale de même que les limites spatiales des compétences administratives et judiciaires cantonales et communales dans le domaine¹⁸⁸. À notre connaissance, ces questions n'ont d'ailleurs pas encore fait l'objet d'étude particulière en droit suisse¹⁸⁹. Tout au plus peut-on déduire ponctuellement certains critères de rattachement territorial – valant comme objectifs et pertinents – de la pratique et de la rare jurisprudence en la matière. Pour le reste, il faut probablement considérer que le droit pénal international de même que le droit international privé offrent des pistes de réflexions dans la mesure où ils règlent des états de fait comparables à ceux que l'on peut trouver en droit administratif intercantonal¹⁹⁰.

Pour illustrer le propos qui précède, nous présenterons plus loin quelques exemples de critères de rattachement territorial pertinents dans des domaines juridiques déterminés (*infra* N 346).

Le rattachement territorial et le principe de la légalité. – Le principe de la territorialité veut que chaque collectivité autonome régie uniquement les faits qui présentent un lien de rattachement avec son territoire. L'absence d'un tel lien a donc une conséquence logique : une loi ne peut prétendre avoir force normative sur un autre « territoire » que celui de la collectivité publique qui l'a adoptée.

Vu ce qui précède, le fait qu'une autorité étatique se fonde sur une norme existante lorsqu'elle prend une mesure ou tranche un litige ne suffit pas à respecter le principe de la légalité. Elle doit pouvoir se prévaloir du fait que la norme en question jouisse d'une validité territoriale (*Rechtsbeständigkeit*), c'est-à-dire qu'il doit exister un lien de rattachement objectif entre la collectivité publique qui a édicté le droit appliqué et la problématique d'espèce à régler¹⁹¹. En effet, comme l'a déjà souligné le Tribunal fédéral, « *Erlasse sind (...) nur*

341

¹⁸⁷ ATF 133 II 331, consid. 6.1; aussi DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 347; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 158; aussi BREINING-KAUFMANN (2006), p. 19.

¹⁸⁸ Voir en particulier AUBERT (1967), N 831.

¹⁸⁹ Pour une telle constatation, cf. AUBERT (1967), N 822. Depuis quelques années, la doctrine juridique s'intéresse cependant de plus en plus à la question du droit administratif international ou du droit international administratif (cf. notamment NGUYEN [2006] et BREINING-KAUFMANN [2006]). Dans une certaine mesure, cette approche internationale est également applicable à l'approche intercantonale.

¹⁹⁰ Cf., sur cette question, BREINING-KAUFMANN (2006), p. 21-23.

¹⁹¹ ATF 118 Ia 137, consid. 2b.

innerhalb der Grenzen ihrer räumlichen Wirksamkeit geeignet, die gesetzliche Grundlage für eine (...) Massnahme abzugeben »¹⁹².

Autrement dit, un acte, une décision ou un jugement pris en violation du principe de territorialité emporte avec lui non seulement une violation du principe de « souveraineté » cantonale ou du principe d'autonomie communale, mais il constitue également une violation du principe de légalité en ce sens qu'il ne repose sur aucune base légale valide. Ce serait par exemple le cas d'un permis de construire qui se fonderait sur le droit vaudois, mais qui concernerait un immeuble dans le canton de Fribourg.

342 *Le rattachement territorial et la compétence des autorités.* – Nous venons de l'exposer : une loi ne peut prétendre avoir force normative sur un autre territoire que celui de la collectivité publique qui l'a adoptée. Cela signifie logiquement qu'en principe, les autorités d'une collectivité donnée ne doivent pas appliquer les règles de droit d'une autre collectivité¹⁹³. Pour reprendre l'exemple du permis de construire portant sur une parcelle située sur une commune fribourgeoise, un préfet fribourgeois ne peut et ne doit pas appliquer le droit vaudois au moment d'octroyer un tel permis, même si le propriétaire de cette parcelle est vaudois. De même, aucune autorité vaudoise ne peut prétendre octroyer une autorisation de bâtir sur cette même parcelle, même en appliquant le droit fribourgeois.

À partir de là, comme l'expriment parfaitement MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, « le principe de territorialité ne définit pas seulement le droit matériel applicable, mais aussi la compétence de l'appliquer »¹⁹⁴. De ce principe découle, entre autres, que la compétence des juridictions administratives pour trancher un litige administratif doit se fonder sur le droit cantonal ou communal qui doit être appliqué à ce dernier – ou qui aurait dû l'être – conformément au principe

¹⁹² ATF 87 I 451, consid. 5.

¹⁹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 317; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 344; TANQUEREL (2011), N 391; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 5 ad §24. Peut-être faut-il également comprendre que l'art. 86 Cst. NE va dans ce sens en prévoyant que « [I]es tribunaux [neuchâtelois] appliquent le droit fédéral et le droit cantonal ». C'est d'ailleurs ce que retient le Tribunal fédéral en matière internationale en rappelant que la Suisse n'est pas tenue d'appliquer des règles de droit public étrangères à l'intérieur de ses frontières (cf. ATF 131 III 418, consid. 2.4.4.1).

¹⁹⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 156. Voir aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 317: « *Auf Grund der Anknüpfung werden das zuständige Gemeinwesen und gleichzeitig das anwendbare Recht bestimmt. Dabei ist immer das Recht jenes Gemeinwesens anwendbar, das auch zuständig ist. Zuständigkeit und anwendbares Recht können also nicht wie im Privatrecht auseinanderfallen.* »; AUBERT (1967), N 841, selon lequel « [I]'application judiciaire du droit cantonal est normalement l'affaire du canton qui a légiféré »; cf. également, sur la question du « *Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht* », BREINING-KAUFMANN (2006), p. 27 s.; aussi BROGLIN/WINKLER DOCOURT (2015), N 166, et TANQUEREL (2011), N 391.

de territorialité et non se fonder sur d'autres critères, notamment sur le domicile ou le siège des parties¹⁹⁵. En clair, la juridiction administrative exercée par les tribunaux d'une collectivité donnée se limite en principe à l'activité administrative de cette même collectivité, soumise à son propre droit et au droit supérieur.

Les compétences et effets juridiques extraterritoriaux convenus. – Il est bien entendu possible de concevoir une compétence administrative ou judiciaire extraterritoriale ou, alors, de prévoir l'application extraterritoriale de règles de droit¹⁹⁶. En effet, à l'instar de ce qui prévaut au niveau international, un canton ou une commune peut évidemment accepter – notamment par le biais d'une norme conventionnelle en ce sens – d'appliquer sur son territoire des règles adoptées par un autre canton ou une autre commune, voire concéder simultanément aux autorités de cette collectivité la compétence d'appliquer de telles règles – et d'en contrôler la bonne application – sur son territoire¹⁹⁷.

Il faut cependant comprendre que l'application de ce droit « étranger » – en l'absence de tout rattachement territorial objectif entre la situation à régler et le territoire du canton ou de la commune délégataire – n'a qu'une validité « médiate ». Juridiquement, elle ne s'impose que parce qu'une autre collectivité publique donnée a effectué un « renvoi législatif » au droit d'une autre collectivité ou, alors, parce que la première collectivité a opéré une « délégation législative » en faveur de la seconde (sur les questions du renvoi législatif et de la délégation législative, *infra* N 528 ss et 549 ss)¹⁹⁸.

Les risques de conflits de lois et de juridictions. – Dans la mesure où, comme nous venons de le voir, une situation ou un état de fait à régler peut présenter plusieurs critères objectifs de rattachement territorial, il se peut théoriquement qu'il soit soumis à plusieurs droits cantonaux ou communaux différents, voire à plusieurs autorités ou juridictions cantonales ou communales en cas de contestations quant à l'application de l'un de ces droits. On peut notamment imaginer que, pour régler une activité, une collectivité se réfère valablement au critère de domicile ou du siège de la personne qui exerce cette activité et qu'une

¹⁹⁵ ATF 105 Ia 392, consid. 4: « Les contestations sur l'existence ou l'étendue de prétentions de droit public ressortissent en effet aux autorités de l'État dont la législation leur est applicable. La compétence des juridictions administratives ou civiles pour prononcer dans des litiges administratifs est fondée sur l'activité administrative en cause, sur le droit auquel elle est soumise et non sur le domicile ou le siège des parties. La juridiction administrative des tribunaux d'un État se limite en principe à l'activité administrative de cet État, soumise au droit national (...) »; aussi Verwaltungsgericht OW, arrêt du 10 juillet 2002, in: VVGE-OW 2002/2003 n° 42, consid. 3; WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 913.

¹⁹⁶ Notamment WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 903 et 934.

¹⁹⁷ Cf., dans le même sens, NGUYEN (2006), p. 117; Comm. aCst.-KNAPP (1986), N 44 ad art. 5 aCst.

¹⁹⁸ Cf., apparemment dans le même sens, mais en droit international, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 157; NGUYEN (2006), p. 92.

autre se fonde, tout aussi valablement, sur le critère du lieu de l'activité en question.

En matière fiscale par exemple, une collectivité publique peut prévoir un assujettissement à un impôt sur des revenus ou sur des gains financiers dès lors qu'une personne a son domicile, séjourne, exerce une activité économique ou détient des immeubles sur son territoire¹⁹⁹. En l'occurrence, le principe de territorialité n'empêche pas forcément que plusieurs cantons ou plusieurs communes puissent se déclarer légitimement compétents pour régler un même état de fait²⁰⁰.

345 *La résolution des conflits de lois et de juridictions.* – Parfois, le constituant et le législateur fédéral ont précisé la manière dont les éventuels conflits de lois ou de juridictions devaient être réglés. Lorsqu'aucune règle n'est prévue au niveau fédéral, il appartient aux tribunaux et, le cas échéant, au Tribunal fédéral de préciser le critère de rattachement le plus pertinent et, partant, le canton et la commune finalement compétents²⁰¹.

En l'absence de réglementation fédérale, les cantons et les communes peuvent aussi fixer conjointement des règles désignant le droit cantonal applicable ou l'autorité cantonale compétente lorsqu'il existe un risque de conflit de lois ou de juridictions. La norme conventionnelle en question consiste alors en une *norme de rattachement* (voir, pour l'exemple des associations de communes intercantionales, *supra* N 178). Elle ne représente pas un renvoi législatif, ni une délégation de compétence, même si la formulation peut prêter à confusion le cas échéant. Nous reviendrons encore sur cette distinction (*infra* N 704 et 951 ss).

2. Quelques critères de rattachement territorial pertinents

346 *En général.* – Pour illustrer les propos qui précèdent, nous nous proposons de mentionner ici quelques critères de rattachement territorial objectifs et pertinents qui justifient, traditionnellement et en principe, les compétences législatives d'une collectivité publique dans un domaine déterminé. Les domaines du droit ont été logiquement choisis au regard de leur pertinence par rapport à la problématique de la collaboration intercantonale et intercommunale.

347 *Les interventions relevant de la force publique.* – Nous commençons par un exemple aussi évident que symbolique. Il appartient à la collectivité publique sur le territoire de laquelle l'État entend exercer un acte relevant de la force

¹⁹⁹ Cf., parmi d'autres, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 316.

²⁰⁰ Voir aussi NGUYEN (2006), p. 98. En l'occurrence, c'est le principe de l'interdiction de la double imposition qui l'en empêche (cf. art. 127 al. 3 Cst.).

²⁰¹ ATF 140 V 563, consid. 4-5; ATF 107 II 375, consid. 2. Voir aussi TANQUEREL (2011), N 396; BREINING-KAUFMANN (2006), p. 19.

publique – comme une intervention policière, une privation de liberté ou un acte d’instruction pénale impliquant une certaine coercition – de régler les modalités de cet acte et d’en assurer le contrôle²⁰². En effet, comme l’a rappelé le Tribunal fédéral lui-même, « *[d]ie Ausübung von Zwangsmassnahmen über den territorialen Wirkungskreis des eigenen Hoheitsgebiets hinaus in anderen Kantonen ist dem föderalen Bundesstaat grundsätzlich fremd* »²⁰³. Selon ce principe de rattachement territorial exprimé par la maxime « *locus regit actum* », le droit du canton où l’acte de puissance publique est ou sera exécuté détermine la recevabilité et la forme de celui-ci, ainsi que les voies de recours ouvertes pour s’y opposer, sauf circonstances exceptionnelles (p. ex. droit de suite, délégation de l’exécution d’une peine prononcée par un autre canton)²⁰⁴.

Le principe qui vient d’être exposé est plusieurs fois souligné par le droit fédéral. Ainsi, le CPP, qui a procédé à l’unification des règles applicables aux actes d’instruction pénale en Suisse, prévoit que les actes d’instruction exécutés par un canton sur son territoire doivent faire l’objet d’un recours devant les instances judiciaires de ce même canton, même si les actes en question ont été effectués sur requête d’un autre canton²⁰⁵. De même, il est prévu – et même imposé par le droit fédéral – qu’en matière de police des autoroutes, la police cantonale qui intervient sur le territoire d’un autre canton doit procéder conformément au droit de celui-ci, les éventuelles litiges et infractions constatés restant par ailleurs de la juridiction du canton où a eu lieu l’intervention²⁰⁶.

En matière de réglementation de police et de surveillance. – En outre, les cantons et les communes ne peuvent se prévaloir du droit de réglementer une activité économique, culturelle ou de loisirs (police sanitaire, police du commerce, etc.) – et du droit de la surveiller – que si l’activité en question est exercée sur leur territoire²⁰⁷. Ce n’est qu’exceptionnellement qu’une norme peut régir une activité déployée en dehors du canton ou de la commune qui l’a édictée. Il faut en principe, pour que la validité d’une telle norme soit admise à l’aune du principe de territorialité, que l’activité en question ait des résultats – ou des

348

²⁰² Voir aussi DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 344.

²⁰³ ATF 142 IV 23, consid. 2.1, non publié.

²⁰⁴ ATF 122 I 85; aussi ATF 120 Ia 113; ATF 117 Ia 5; Tribunal fédéral, arrêt 2A.294/2003 du 17 juin 2004, consid. 3.2; aussi art. 216 CPP.

²⁰⁵ Voir art. 49 al. 2 CPP.

²⁰⁶ Voir art. 57a al. 3 LCR.

²⁰⁷ Voir notamment Tribunal administratif fédéral, arrêt du 13 mars 2009, consid. 7.2, selon lequel « *[a]ls Anknüpfungspunkt bei der Anwendung des Territorialitätsprinzips ist vorliegend aufgrund der Verfolgung gesundheitspolizeilicher Ziele auf den Ort der Ausübung der fraglichen Tätigkeit abzustellen* ».

répercussions importantes – sur le territoire de la collectivité publique qui prétend la réglementer²⁰⁸.

349 *En matière de responsabilité civile.* – Dans la même logique, une collectivité publique ne peut prétendre régler les questions de responsabilité civile liée à un acte illicite dommageable que si celui-ci a été commis sur son territoire ou, alors, lorsque son résultat intervient sur son territoire. Il faut donc partir de la prémisse de base selon laquelle c'est le droit du lieu de commission d'un acte illicite, subsidiairement celui de son résultat, qui régit les conséquences de celui-ci²⁰⁹. En effet, à l'instar du droit pénal, le droit de la responsabilité civile reste tenu à une conception assez stricte de la territorialité, puisqu'il repose sur des normes de comportements propres à une collectivité déterminée²¹⁰.

En fait, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de reconnaître l'inapplicabilité des règles de responsabilité civile d'un canton aux états de fait réalisés hors de son territoire. Dans l'ATF 108 I 13, il a considéré que le canton de Berne dont les autorités avaient ordonné et appliqué des mesures de contrainte sur son territoire, en l'occurrence une détention préventive, était le seul compétent pour décider si une indemnité était due sur la base de son droit et que c'était à lui qu'il incombait, le cas échéant, de verser une telle indemnité. Il importait peu que la poursuite pénale ait été, par la suite, exercée par le canton de Bâle et qu'elle ait abouti, dans ce canton, à un non-lieu ou à un jugement libératoire.

350 *En matière de droit du travail.* – Quant aux relations de travail, elles sont en principe régies par le droit de la collectivité publique sur le territoire de laquelle le travailleur accomplit habituellement son travail. Il est néanmoins imaginable qu'une collectivité publique se considère en droit de réglementer des contrats de travail, certes exécutés pour l'essentiel à l'extérieur de son territoire, dès lors qu'ils ont été conclus avec un employeur établi sur son territoire²¹¹. On admet une sorte d'« allégeance » qui subordonnerait une personne à une collectivité et qui justifierait l'exercice d'une compétence législative de celle-ci²¹².

²⁰⁸ ATF 133 II 331, consid. 6.1.

²⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (1983), p. 409 et 412.

²¹⁰ Cf., sur le principe de territorialité, BONOMI (2011), N 4-5 ad art. 133 LDIP. Une collectivité peut certes prétendre étendre son droit jusqu'à régler des litiges de responsabilité civile entre plusieurs personnes qui résident son territoire, même si le fait dommageable s'est produit à l'étranger (voir l'art. 133 de la LF sur le droit international privé du 18 décembre 1987 [LDIP; RS 291]). Il semble en tout cas logique qu'une collectivité ne puisse par prétendre régler la responsabilité civile de ses résidents pour les actes illicites qu'ils auraient commis en dehors de son territoire au détriment de personnes qui ne résideraient pas sur son territoire non plus (voir, notamment, art. 134-139 LDIP et art. 4 de la Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière [RS 0.741.31]).

²¹¹ Voir art. 121 al. 2 LDIP; Comm. aCst.-KNAPP (1986), N 31 ad art. 5 aCst., qui évoque le secret de fonction.

²¹² Dans le même sens, NGUYEN (2006), p. 91.

Ainsi, en matière de champ d'application des contrats-types de travail de droit cantonal, la domiciliation de l'employeur est un critère de rattachement qui, sans être prépondérant, est considéré comme théoriquement pertinent²¹³. D'ailleurs l'arrêté vaudois du 3 avril 2000 établissant un contrat-type de travail pour l'agriculture²¹⁴ prévoit à son art. 1 qu'il « *s'applique, d'une part, aux employeurs dirigeant une entreprise agricole sise sur le territoire vaudois et, d'autre part, aux travailleurs au service de l'entreprise, quel que soit le lieu d'exécution de leur travail* ».

Quelques autres domaines. – Enfin, dans quelques domaines particuliers, l'État peut se prévaloir d'un rattachement territorial suffisant pour régir une activité déterminée, même si celle-ci n'est pas exercée à proprement parler sur son territoire. Par exemple, le droit d'un canton donné peut s'appliquer à l'adjudication d'un marché du simple fait que celle-ci est en relation avec l'exécution, en Suisse, d'une tâche de ce canton, même si, formellement, les soumissionnaires exécutent leur prestation en dehors du territoire cantonal²¹⁵.

351

De même, les prescriptions relatives à la protection des données adoptées par un État peuvent trouver application lorsque des données sont traitées à l'étranger. Il suffit que ces données aient été récoltées sur le territoire de ce même État ou soient consultables sur le territoire de celui-ci²¹⁶.

B. Le respect du droit intercantonal et intercommunal

Introduction. – La souveraineté cantonale et l'autonomie communale ne sont bien évidemment pas limitées uniquement par le principe de territorialité. Leur exercice, notamment sur un plan législatif, doit s'inscrire dans le respect du cadre normatif fixé par le droit supérieur. Précisons en l'occurrence, pour les besoins de la présente thèse, que les cantons et les communes doivent en particulier respecter les règles de droit intercantonal (1), respectivement intercommunal (2) adoptées en vue – ou dans le cadre – d'une collaboration régionale à laquelle ils sont parties prenantes.

352

²¹³ Cf., sur cette question, JEANNERAT/MAHON (2013), N 9 ad art. 3360 CO; AUBERT (1967), N 827

²¹⁴ RSV 222.55.1.

²¹⁵ Voir art. 8 al. 1, let. c, et al. 3 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 et du 15 mars 2001 (AIMP; p. ex. RSJU 174.01); aussi Tribunal cantonal JU, arrêt du 26 juillet 2010, in: RJJ 2010, p. 131, consid. 1, et Verwaltungsgericht AG, arrêt du 17 mars 2005, in: AGVE 2005 n° 45, consid. 2.

²¹⁶ ATF 138 II 346, consid. 3.3.

1. La primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal

353 *Plan.* – Si le droit suisse part du principe de base selon lequel le droit intercantonal prime, en règle générale, sur le droit cantonal (a), la question de savoir si un tel principe s'applique également en cas de conflits entre une convention intercantonale et le droit constitutionnel cantonal appelle un examen spécial et nuancé (b). Il en va de même de la question du rapport hiérarchique devant prévaloir dans les cas où une norme de droit intercantonal secondaire s'avérerait contraire au droit cantonal (c).

a. Le principe et sa source

354 *En général.* – Il a toujours été clair qu'un canton devait respecter les règles de droit qu'il adoptait d'un commun accord avec d'autres cantons par convention, règles qui, au demeurant, peuvent être, selon leur degré de précision, directement applicables par les autorités et invocables par les particuliers (déjà sur la question, *supra* N 114). Cette prééminence du droit intercantonal – qui correspond à celle qui prévaut pour les conventions internationales – peut se déduire du principe général de la fidélité contractuelle, parfois exprimé par l'adage « *Pacta sunt servanda* »²¹⁷. Dans les relations intercantionales, elle a la caractéristique de découler également du principe de fidélité confédérale²¹⁸.

355 *La règle : l'art. 48 al. 5 Cst.* – La préséance du droit intercantonal sur le droit cantonal est aujourd'hui expressément reconnue en droit constitutionnel fédéral. En effet, conscient du fait que le principe de primauté du droit intercantonal servait au renforcement de la collaboration intercantonale, le Conseil fédéral souhaitait l'inscrire dans la Constitution fédérale lors de la Réforme de la péréquation et de la répartition des tâches (RPT) en 2002 (sur la question, *supra* N 88)²¹⁹. Il a ainsi proposé aux Chambres fédérales de compléter l'art. 48 Cst. en ce sens que « [*l]*e droit intercantonal prime le droit cantonal qui lui est contraire »²²⁰.

²¹⁷ ATF 81 I 351, consid. 5b; AUER (2016), N 848; plus nuancé sur la question d'une prééminence du droit conventionnel sur le droit interne qui serait déduite du principe de fidélité contractuelle, TSCHANNEN (2016), N 11 ad § 9.

²¹⁸ Cf., notamment, ORG. DE PROJET RPT (1999/II), p. 7; Komm. KV ZH-TÖNDURY (2007), N 9 ad art. 4 Cst. ZH; BRUNNER (2000), p. 122; MARTENET (1999), p. 284.

²¹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2219; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WAR-TENSEE (2015), N 60 ad art. 48 Cst.

²²⁰ Voir art. 48 al. 6 du projet d'arrêté fédéral concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), in: FF 2002, p. 2415-1420.

Sans vouloir remettre en question le principe de la primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal, le Conseil des États a cependant considéré que, formulée de cette manière, la règle apparaissait « *zu absolut* »²²¹. Selon certains élus fédéraux, une convention intercantonale conclue uniquement par la voie gouvernementale ne devait pas forcément primer sur d'éventuelles dispositions constitutionnelles cantonales qui auraient été, elles, acceptées en votation par le peuple et qui auraient reçu la garantie de l'Assemblée fédérale²²². Les Chambres fédérales ont donc préféré une formulation plus ouverte du nouvel alinéa prévu à l'art. 48 Cst. et voulu que la Constitution fédérale dispose simplement que « *[l]es cantons respectent le droit intercantonal* ».

La similarité avec l'art. 5 al. 4 Cst. – La formulation de l'art. 48 al. 5 Cst. fait en fait écho à celle de l'art. 5 al. 4 Cst. qui prévoit que « *[l]a Confédération et les cantons respectent le droit international* ».

Précisons qu'une forme de ressemblance historique et téléologique s'ajoute à la similitude rédactionnelle des deux dispositions précitées. En effet, dans le cadre de l'avant-projet de *réforme de la justice* (sur le projet, *supra* N 94 s.), il avait aussi été question d'intégrer la règle constitutionnelle selon laquelle « *[l]e droit international [était] supérieur au droit interne* », c'est-à-dire la règle selon laquelle le droit international « *primait* » le droit interne. On y a finalement renoncé au profit de la règle actuellement inscrite à l'art. 5 al. 4 Cst. compte tenu de la volonté d'autoriser des exceptions ou des entorses à un éventuel principe de primauté du droit international sur le droit interne²²³.

Conclusion. – Quoiqu'il en soit, contrairement à ce que retenaient certains auteurs de doctrine²²⁴, il est aujourd'hui acquis que le droit cantonal ne peut pas, en règle générale, déroger au droit intercantonal, du moins dans la mesure où celui-ci est directement applicable (*self-executing*)²²⁵.

La formulation de l'art. 48 al. 5 Cst. choisie par les Chambres fédérales laisse tout au plus la place à des exceptions lorsque le droit cantonal – telles que des dispositions constitutionnelles cantonales – jouit d'une légitimité démocratique nettement supérieure à celle du droit intercantonal (p. ex. celui adopté par une simple convention intergouvernementale) (b) ou lorsque le droit intercantonal ne bénéficie que d'une très faible légitimité démocratique, ce qui peut être le cas du droit intercantonal secondaire (c).

²²¹ Voir les propos tenus par M. Inderkum, in: BO 2002 E 863.

²²² *Ibidem*.

²²³ Voir sur toute la question, entre autres, MAHON (2003), N 18-20 ad art. 5 Cst.

²²⁴ P. ex. HÄFELIN (1969), p. 653 s.

²²⁵ Voir notamment Tribunal fédéral, arrêt 2C_66/2011 du 1^{er} septembre 2011, consid. 2.1.4; BSK BV-WALDMANN/VON WARTENSEE (2015), N 70 ad art. 48 Cst.; KAUZ (2011), p. 40; BRUNNER (2000), p. 122; AUBERT (2003), N 12 ad art. 48 Cst..

b. La primauté sur le droit constitutionnel cantonal

358 *La problématique.* – La jurisprudence n'a pour l'heure jamais été amenée à clarifier si le droit intercantonal devait l'emporter sur le droit constitutionnel cantonal. Dans un arrêt ancien antérieur à l'adoption de l'art. 48 al. 5 Cst., le Tribunal fédéral s'est contenté d'affirmer que « *auf jeden Fall geht Konkordatsrecht dem kantonalen Rechten vor, das nicht auf Verfassungsstufe steht* »²²⁶. Compte tenu, entre autres, de cette imprécision jurisprudentielle, la doctrine n'apporte, elle, pas une réponse unanime à la question de la hiérarchisation du droit intercantonal et du droit constitutionnel cantonal²²⁷.

Il faut bien reconnaître que le texte de l'art. 48 al. 5 Cst. n'est pas d'une extrême limpidité. Comme nous l'avons vu, les Chambres fédérales ont sciemment conçu cet alinéa comme une norme juridique ouverte. Il convient donc d'examiner plus en détail ce que signifie cette obligation de « respecter le droit intercantonal » en termes de hiérarchisation des normes.

359 *L'interprétation historique de l'art 48 al. 5 Cst.* – À l'origine, l'introduction de l'art. 48 al. 5 Cst. tendait à ancrer, selon le Message du Conseil fédéral, la règle selon laquelle « *le droit intercantonal l'emport[ait] sur le droit constitutionnel cantonal* »²²⁸. Comme nous l'avons vu, le Conseil des États s'est néanmoins distancé de l'appréciation du Conseil fédéral lors des débats, en modifiant le projet initial soumis par celui-ci. La modification opérée – et adoptée sans véritables débats – visait cependant essentiellement à éviter que des conventions intercantionales conclues par voie intergouvernementale uniquement priment automatiquement et dans tous les cas les dispositions constitutionnelles cantonales (voir *supra* N 355).

Une appréciation de l'art. 48 al. 5 Cst. sous un angle « historique » conduit ainsi à conclure que la primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal – en particulier constitutionnel – ne vaut pas de manière absolue. Elle ne permet toutefois pas de savoir si le constituant a voulu laisser la porte ouverte à une éventuelle prééminence du droit cantonal à chaque fois que ce dernier bénéficiait

²²⁶ ATF 100 Ia 418, consid. 4; aussi Verwaltungsgericht SG, arrêt B 2014/216 du 28 avril 2015, consid. 4.2.2, in: ZBI 2015, p. 589; aussi AUER (2016), N 866, lequel précise qu'il s'agit d'un *obiter dictum*. La jurisprudence ne s'est pas plus prononcée sur la question de savoir s'il convenait d'invalidier une initiative populaire constitutionnelle qui contrevenait au droit intercantonal (*infra* N 447).

²²⁷ Cf., pour des auteurs qui ne placent pas le droit intercantonal devant le droit constitutionnel cantonal de manière absolue, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 70 ad art. 48 Cst.; KAUZ (2011), p. 40; Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 19 ad art. 28 Cst. ZH; MORITZ (2002), N 122 ad art. 77 et 78 Cst. JU; BRUNNER (2000), p. 122; pour un avis contraire, voir les auteurs cités *infra* N 362; pour un aperçu résumé et global de la doctrine, AUER (2016), N 866.

²²⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2324.

d'une meilleure légitimité démocratique que le droit intercantonal, c'est-à-dire presque à chaque fois qu'il était de rang constitutionnel.

L'interprétation systématique de l'art. 48 al. 5 Cst. – L'on peut également imaginer interpréter l'art. 48 al. 5 Cst. à la lumière de l'art. 5 al. 4 Cst. dont les Chambres fédérales se sont expressément inspirées lorsqu'elles ont décidé de modifier le projet du Conseil fédéral (sur la question, *supra* N 356). Il est vrai qu'il ne serait pas absurde *a priori* d'appliquer, par analogie, les principes de résolution des conflits existant entre le droit fédéral et le droit international à la résolution des conflits entre le droit cantonal et le droit intercantonal.

Cela dit, à y regarder de plus près, ce procédé d'interprétation n'apparaît pas forcément l'un des plus pertinents ou, à tout le moins, n'est pas déterminant à lui seul.

D'une part, sur le plan juridique, la question des rapports entre le droit cantonal et le droit intercantonal n'est que partiellement assimilable à la question des rapports entre le droit interne et le droit international, car les enjeux et les réglementations, prises dans leur globalité, diffèrent²²⁹. D'autre part, on doutera de l'utilité d'un tel procédé d'interprétation. Il s'avère en effet que procéder de manière analogique ne fait que déplacer le problème sans le résoudre complètement ou, du moins, sans le résoudre de manière évidente. Comme se plaît à le rappeler le Conseil fédéral, il n'existe pas à l'heure actuelle de réponse globale et claire en tout point – ou du moins non controversée – à la question de la place du droit international au sein de la hiérarchie des normes de droit suisse, en particulier en cas de conflit entre une convention internationale et une norme constitutionnelle adoptée postérieurement à cette convention²³⁰.

La primauté du droit international selon le Tribunal fédéral. – Dans sa jurisprudence la plus récente, le Tribunal fédéral semble certes reconnaître que le droit international public l'emporte sur les normes fédérales, du moins lorsque la norme internationale a pour objet la protection des droits humains (CEDH) ou lorsqu'elle repose sur une convention bénéficiant d'une bonne légitimité démocratique (accords bilatéraux avec l'Union européenne, lesquels ont été acceptés en référendum). La primauté prévaut selon cette jurisprudence même lorsque les normes fédérales ont été adoptées postérieurement au droit international et jouissent d'un rang constitutionnel²³¹. On pourrait s'empresse de tirer la

²²⁹ La question d'une éventuelle prééminence du droit international devrait notamment être examinée en lien avec l'art. 190 Cst. Cf. aussi les propos tenus par M. Inderkum, in: BO E 2002, p. 863: « *Das will aber nicht bedeuten – das will ich klar unterstreichen –, dass die Konfliktregel im Verhältnis Völkerrecht/Landesrecht einfach mutatis mutandis auf das Verhältnis von interkantonalem Recht und kantonalen Recht angewendet werden kann.* »

²³⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2011/I), p. 3440; CONSEIL FÉDÉRAL (2010/III), p. 2106-2108; aussi BIAGINI (2016/II), p. 592-595; BSK BV-BELSER (2015), N 53-55 ad Einleitung.

²³¹ ATF 142 II 35, consid. 3; ATF 139 I 16, consid. 5; ATF 139 I 145, consid. 2.5. On peut au demeurant se demander si la question n'avait pas été déjà réglée depuis longtemps par le Tribunal fédéral en application de l'art. 190 Cst. (sur cette question, voir en particulier KÜNZLI [2009], p. 70-72; aussi TSCHANNEN [2016], N 22 ad § 9). Dans un ATF 133 II 450,

conclusion selon laquelle le droit international prime désormais toujours – peu importe sa nature – sur les dispositions de la Constitution fédérale qui lui seraient contraires dès lors que l'accord international en question est directement applicable²³². Il n'est toutefois pas certain du tout que les juges de Mon-Repos aient voulu aller aussi loin, notamment dans les cas où le droit international ne bénéficierait pas forcément d'une bonne légitimité démocratique (p. ex. convention internationale sans approbation parlementaire)²³³.

361 *L'interprétation téléologique et contemporaine de l'art. 48 al. 5 Cst.* – Une seule chose est sûre finalement : l'art. 48 al. 5 Cst. a été adopté afin, premièrement, d'améliorer la sécurité juridique, et, secondement, de favoriser la collaboration intercantonale. Les Chambres fédérales n'ont pas contesté ce point. Dans cette mesure, il apparaîtrait conforme au but de l'art. 48 al. 5 Cst. de l'interpréter en ce sens que le droit intercantonal l'emporte sur le droit constitutionnel cantonal.

Cette interprétation téléologique de la Constitution fédérale a le mérite de correspondre à une certaine pratique constitutionnelle cantonale. En effet, de nombreux constituants cantonaux – comme ceux des cantons de Vaud, de Berne, du Jura et de Neuchâtel en Suisse romande – ont déjà expressément admis que le droit intercantonal primait sur leur constitution²³⁴. Simplement, les conventions intercantionales contraires à la constitution doivent faire l'objet d'un à référendum obligatoire (sur la question, *infra* N 462 ss). Par ailleurs, à titre comparatif, comme nous le verrons encore, il est très généralement admis que le droit intercommunal puisse déroger au droit communal, même quand celui-ci bénéficie d'une bien meilleure légitimité démocratique (*infra* N 369 ss).

les juges de Lausanne retenaient en effet ce qui suit : « *Innerstaatlich ist der Konflikt zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht, einschliesslich den Grundrechten, in Art. 190 BV ausdrücklich geregelt: Danach sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.* »

²³² Cf., sur l'évolution et la destinée de la jurisprudence fédérale, AUER (2013/I), p. 434.

²³³ Cf., pour un avis nuancé, KELLER/BALAZS-HEGEDÜS (2016), p. 718; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 128; SG Komm. BV-HANGARTNER/LOOSER (2014), N 40 ad art. 190 Cst.; BIAGGINI (2013), p. 318; HANGARTNER (2013), p. 701-703; aussi TSCHANNEN (2016), N 33 s. ad § 9.

²³⁴ Art. 83 al. 1 let. b Cst-VD; art. 44 al. 1 let. c Cst. NE; art. 77 let. f Cst. JU; art. 61 al. 1 let. c ConstC BE. L'adoption de conventions intercantionales contraires à la constitution cantonale ne devrait toutefois intervenir qu'exceptionnellement et ne pas toucher au « *Grundgerüst* » du droit constitutionnel cantonal, l'idée étant simplement d'élargir quelque peu la marge de manœuvre du canton lors de l'élaboration d'une convention intercantonale (cf. DUBACH [2004], ad. art. 32 Cst. SH, p. 102; BOLZ [1995], N 4 ad art. 61 ConstC BE; aussi COMM. CONSTC BE [1992], p. 94). Il faut reconnaître qu'une modification préalable de la constitution permet d'éviter un contournement de la garantie fédérale par la conclusion d'une convention intercantonale (art. 51 al. 2 Cst.; cf. dans ce sens, entre autres, IVANOV [2008], p. 4).

La réalité judiciaire. – L'on peut aussi voir une certaine confirmation pratique de la supériorité du droit intercantonal sur le droit constitutionnel cantonal dans la réglementation des voies judiciaires fédérales : selon l'art. 189 Cst. et l'art. 95 LTF, un recourant peut en effet invoquer devant le Tribunal fédéral la violation du droit intercantonal dans son ensemble, pour autant, du moins, que ce droit soit directement applicable. En comparaison, il ne peut pas invoquer sans autres la violation du droit constitutionnel cantonal ou, alors, uniquement de manière indirecte sous l'angle de l'interdiction de l'arbitraire. Cette différence résulte du fait que la Confédération a voulu éviter qu'un accord intercantonal soit appliqué différemment d'un canton à l'autre, une telle situation pouvant provoquer des tensions intercantionales²³⁵. Ce faisant, le législateur fédéral a accepté la supériorité du droit intercantonal sur le droit constitutionnel cantonal, du moins sur le plan de sa protection juridictionnelle.

362

Conclusion intermédiaire. – Vu ce qui précède, comme le reconnaît d'ailleurs une grande partie de la doctrine, le droit constitutionnel cantonal ne peut pas déroger valablement au droit intercantonal de nature conventionnel lequel prime en principe toujours sur lui, du moins lorsqu'il est directement applicable²³⁶. À titre exceptionnel, il est éventuellement possible de considérer, en se fondant sur une interprétation historique de l'art. 48 al. 5 Cst., qu'une convention intercantonale de portée mineure conclue par voie intergouvernementale doit céder le pas devant une norme cantonale contraire de rang constitutionnel.

363

L'acte d'approbation face au droit constitutionnel cantonal. – La question du rapport hiérarchique existant entre le « droit intercantonal » et le droit constitutionnel cantonal ne doit pas être mélangée et confondue avec celle du rapport hiérarchique existant entre l'« acte d'approbation cantonal d'une convention intercantonale » et le droit constitutionnel cantonal du canton signataire. En effet, lorsqu'il représente un prérequis nécessaire à la ratification d'une convention intercantonale (sur la question, *infra* N 405 s.), l'acte d'approbation parlementaire ou populaire doit entrer en vigueur avant la convention intercantonale²³⁷. Or, un tel acte – qui représente un acte cantonal interne – doit évidemment res-

364

²³⁵ Cf., dans ce sens, Comm. LTF-CORBOZ (2014), N 37 ad art. 95 LTF.

²³⁶ Voir notamment MOHLER (2012), N 239; TANQUEREL (2011), N 368 et N 373; ZEHN-ENDER (2007), p. 129 s.; AUBERT (2003), N 12 art. 48 Cst.; HANGARTNER/KLEY (2000), N 2011; MARTENET (1999), p. 89 s. et 284; d'un avis similaire, mais nuancé, SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 62 ad art. 48 Cst., lesquels considèrent, en se fondant notamment sur l'art. 51 et l'art. 189 al. 1 let. d Cst., que le droit intercantonal prime le droit constitutionnel cantonal, mais pas les éventuels droits constitutionnels cantonaux.

²³⁷ Cf. entre autres SERVICE DE LÉGISLATION FR (2015), N 16 ad DTL A 7.

pecter la procédure de conclusion des conventions intercantionales telle que définie par le droit constitutionnel cantonal²³⁸. Il ne peut pas conduire non plus à la création d'une situation ou à une réglementation contraire à des normes constitutionnelles cantonales existantes²³⁹.

Autrement dit, l'acte d'approbation doit respecter le droit constitutionnel cantonal dans son ensemble. Cela signifie concrètement que lorsqu'un canton veut adhérer à une convention qui porte atteinte ou déroge à sa constitution cantonale et que celle-ci n'admet pas une telle atteinte ou dérogation, le parlement cantonal doit refuser d'approuver la convention tant que la constitution cantonale n'a pas été modifiée ou, alors, assortir son approbation d'une condition suspensive (p. ex. l'adoption d'une révision constitutionnelle)²⁴⁰.

c. La primauté du droit intercantonal secondaire

365 *La jurisprudence et la doctrine.* – La question de savoir si les règles de droit adoptées par un organe intercantonal sur la base d'une convention intercantonale – ce que l'on appelle le droit intercantonal secondaire – priment sur les règles de droit cantonal qui leur sont contraires n'a encore reçu aucune réponse claire à ce jour. C'est même là une question que la Cour constitutionnelle jurassienne a expressément laissée ouverte, après s'être demandé, au détour d'une affaire, si le droit intercantonal secondaire ne devrait pas être conforme au droit constitutionnel cantonal²⁴¹.

Quant à la doctrine, elle considère souvent que le droit constitutionnel cantonal doit l'emporter sur le droit intercantonal, dès lors que ce dernier serait du niveau de l'ordonnance. Toutefois, les auteurs pensent généralement à l'hypothèse où le droit constitutionnel cantonal entrerait en conflit avec une convention convenue entre deux exécutifs cantonaux, et non avec une norme adoptée par une autorité intercantonale (*supra* N 363). Ce n'est finalement que très rarement que certains auteurs – tels que BIAGGINI et WALDMANN – laissent entendre, sans véritablement développer leur opinion, que le droit cantonal constitutionnel devrait l'emporter sur le droit intercantonal secondaire²⁴².

²³⁸ Cf. notamment HÄNNI (1998), p. 661; JENNY K. (1984), p. 293 s.; DOMINICÉ (1969), N 89.

²³⁹ Voir dans un sens similaire, mais pour la question au niveau fédéral, TSCHANNEN (2016), N 22 ad § 9, selon lequel « *Bundesrat und Bundesversammlung [müssen] beim Abschluss von Staatsverträgen darauf achten, die fundamentalen Verfassungsnormen nicht zu verletzen* ».

²⁴⁰ Voir dans ce sens COMM. PARL. LCONV FR (2008), p. 13; HANGARTNER (1980), p. 80.

²⁴¹ Cf. Cour constitutionnelle JU, arrêt du 28 mars 2006, consid. 1.4.1, in: RJJ 2006, p. 342.

²⁴² Cf. BIAGGINI (2017), N 18 ad art. 48 Cst; voir, dans le même sens, aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 70 ad art. 48 Cst., et SCHWEIZER (1973), p. 142, selon lequel « *[d]ie oft nach dem Mehrheitsprinzip beschlossenen Erlasse und Verfügungen gehen dem stufengleichen kantonalen Recht vor* ».

Le siège de la matière : l'art. 48 al. 5 Cst. – Ce qui est certain est que l'art. 48 al. 5 Cst. – qui impose aux cantons de respecter le droit intercantonal – traite aussi bien du droit intercantonal secondaire que du droit intercantonal conventionnel²⁴³. Ce qui est également acquis est que la Confédération a voulu encourager sciemment l'émergence du droit intercantonal secondaire au travers de l'art. 48 al. 4 Cst. (sur la question, *supra* N 88 et 355).

366

La question n'est dès lors pas tant de savoir si le principe de démocratie – tel qu'il est notamment consacré à l'art. 51 al. 1 Cst. – empêche de reconnaître toute supériorité au droit intercantonal secondaire sur le droit cantonal ; à titre de comparaison, plus personne ne s'émeut du fait que les ordonnances fédérales ont toujours primé sur le droit cantonal, même si celui-ci est de rang législatif, voire constitutionnel²⁴⁴. Il s'agit en fait simplement de déterminer si la primauté de principe du droit intercantonal sur le droit cantonal ancrée à l'art. 48 al. 5 Cst. peut, exceptionnellement, ne pas prévaloir lorsque le droit intercantonal secondaire entre en contradiction avec des normes cantonales, de rang constitutionnel en particulier.

L'interprétation de l'art. 48 al. 5 Cst. – La question qui vient d'être posée appelle très vraisemblablement une solution nuancée.

367

D'un côté, il est difficile d'y répondre par la négative, au regard de l'interprétation – en particulier historique – de l'art. 48 al. 5 Cst. que nous avons exposée plus haut et de la primauté du droit constitutionnel cantonal sur les normes intercantionales intergouvernementales (*supra* N 359 et 363). Sur le principe donc, le droit intercantonal secondaire ne prime pas forcément le droit cantonal, en particulier celui de rang constitutionnel.

D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que la problématique du droit intercantonal secondaire ne se confond pas totalement avec celle des conventions intercantionales conclues par les gouvernements cantonaux sans approbation parlementaire ou populaire. Contrairement aux conventions intergouvernementales, les normes intercantionales secondaires servent en principe à l'exécution de conventions intercantionales de rang législatif, voire constitutionnel, qui priment, elles, pleinement le droit cantonal, y compris les constitutions cantonales. Dans cette mesure, il apparaît logique que de telles normes intercantionales puissent être « immunisées » par rapport au droit cantonal ou qu'elles bénéficient d'une sorte de « primauté dérivée » lorsqu'elles prévoient des règles couvertes par une convention intercantonale. Une solution similaire prévaut

²⁴³ Voir notamment Tribunal administratif fédéral, arrêt C-5634/2013 du 9 janvier 2014, consid. 3.2.2.3; aussi Verwaltungsgesicht SG, arrêt B 2014/216 du 28 avril 2015, consid. 4.2.2, in: ZBl 2015, p. 589.

²⁴⁴ Voir aussi AUER (2016), N 866, n. 159, qui considère que la hiérarchie des normes ne doit pas forcément dépendre de la procédure – démocratique ou non – d'adoption des normes concernées.

d'ailleurs aussi s'agissant du rapport entre droit communal et droit intercommunal secondaire (sur la question, *infra* N 370 s.).

368 *Conclusion.* – En clair, vu ce qui précède, le droit intercantonal secondaire doit à notre sens primer sur le droit cantonal lorsque son contenu sert à la stricte exécution ou la stricte application d'une convention intercantonale. En revanche, les organes intercantonaux doivent respecter le droit constitutionnel cantonal lorsqu'ils édictent des règles de droit qui ne sont pas couvertes par la convention intercantonale²⁴⁵. Autrement dit, le principe de primauté du droit intercantonal ne vaut pas pour les normes dont le contenu n'est pas rendu nécessaire – directement ou indirectement – par la convention intercantonale que ces normes sont censées mettre en œuvre²⁴⁶.

2. La primauté du droit intercommunal sur le droit communal

369 *En général.* – À l'instar de ce qui prévaut au niveau intercantonal, il a toujours été clair que le droit communal ne pouvait pas déroger au droit intercommunal, c'est-à-dire qu'une commune devait respecter les règles de droit qu'elle adoptait ou les obligations qu'elle contractait d'un commun accord avec d'autres communes par convention. Cela signifie en clair que le droit intercommunal prime le droit communal²⁴⁷. Le principe prévaut *a priori* même lorsque le droit intercommunal bénéficie d'une légitimité moindre que le droit communal²⁴⁸.

370 *Les règles intercommunales secondaires en droit cantonal.* – Le problème de la primauté du droit intercommunal secondaire – c'est-à-dire des normes de droit adoptées par un organe intercommunal – sur le droit communal se pose

²⁴⁵ Cette solution correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle une assemblée constituante intercantonale, dans le cadre de l'élaboration d'une nouvelle constitution « intercantonale », doit, le cas échéant, respecter les dispositions constitutionnelles cantonales qui fixent son mandat (cf. ATF 94 I 534, consid. 9).

²⁴⁶ On précisera ici qu'il s'agit d'interpréter restrictivement les conventions intercantionales lorsqu'elles dérogent au droit positif cantonal (cf. ATF 100 Ia 418, consid. 5a: « *Der Verzicht der Vertragspartner auf bestimmte Befugnisse, wie überhaupt eine staatsvertragliche Ausnahme von der sonst geltenden Ordnung, ist nicht ausdehnend, sondern einschränkend auszulegen (...)* »; aussi AUER [1978], p. 133).

²⁴⁷ Voir, parmi d'autres, SECRI VD (2011), p. 4 : « *Les conventions intercommunales signées par une commune deviennent, de facto, « supérieures » au droit de ladite commune.* »; aussi REGIERUNGSRAT LU (1977), p. 250; AUER (2016), N 458.

²⁴⁸ Ce n'est que très rarement que la doctrine se demande – sans toutefois apporter de réponse – si une convention intercommunale conclue par un exécutif communal devrait également l'emporter sur un règlement communal adopté par le législatif communal (voir tout au plus Komm. KV ZH-JENNI [2007], N 10 ad art. 91 Cst. ZH, qui laisse la question ouverte).

avec une acuité moindre que celui de la primauté du droit intercantonal secondaire sur le droit cantonal. En effet, il est fréquent que le législateur cantonal reconnaisse expressément une préséance du droit intercommunal, en particulier lorsque ce dernier est adopté au sein d'une association de communes²⁴⁹. C'est notamment le cas du droit fribourgeois et du droit neuchâtelois, lesquels prévoient que « [l]es décisions de l'association, prises par ses organes dans le cadre de leurs attributions légales ou statutaires, obligent les communes membres », respectivement que « [l]es décisions du syndicat sont exécutoires sans l'approbation des communes membres ». La notion de décision englobe évidemment les mesures prises par un organe intercommunal concernant l'adoption de règles générales et abstraites²⁵⁰.

Le principe général de primauté du droit intercommunal. – Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de ces règles qui expriment un principe qui prévaut de toute manière implicitement. Dans les cantons qui ne connaissent aucune règle explicite, on reconnaît depuis longtemps que la primauté du droit intercommunal secondaire constitue un principe de droit non écrit²⁵¹. SCHENKER écrivait à ce sujet en 1986 qu'une telle conclusion s'imposait « *aufgrund der besonderen Rechtsnatur des Zusammenarbeitsvertrages, in welchem bzw. aufgrund dessen die Mitgliedsgemeinden bestimmte Aufgabenkompetenzen und Zuständigkeiten an den Verband abtreten, den betreffenden Bestimmungen des kommunalen Rechts vor* »²⁵².

371

²⁴⁹ Un exemple parmi les plus illustratifs est l'art. 48 al. 3 GG LU: « *Die Statuten, die rechtsetzenden Erlasse und die gestützt darauf gefassten Beschlüsse des Gemeindeverbands gehen dem Recht und den Beschlüssen der Mitgliedsgemeinden vor.* »

²⁵⁰ Art. 121 al. 1 LCo FR; art. 79 al. 1 LCo NE; Tribunal administratif FR, arrêt du 7 avril 1993, consid. 3a, in: RFJ 1993, p. 329; cf. aussi art. 166 al. 2 de la loi soleuroise sur les communes du 16 février 1992 (Gemeindegesetz; GG SO; BGS 131.1) et art. 142 al. 2 de la loi nidwaldienne sur l'organisation et l'administration des communes du 28 avril 1974 (Gesetz über Organisation und Verwaltung der Gemeinden, Gemeindegesetz; GemG NW; NG 171.1): « *Innerhalb der Schranken ihrer Aufgaben und der Gesetzgebung können die Gemeindeverbände nach Massgabe der Statuten verbindliche Vorschriften, insbesondere Reglemente über die Errichtung und den Betrieb ihrer Anstalten, erlassen. (...) Diese Vorschriften gelten in den angeschlossenen Gemeinden wie eigene Erlasse und sind der übrigen Gemeindegesetzgebung übergeordnet.* »

²⁵¹ Cf. notamment AUER (2016), N 458; STÄHELIN (2007), N 5 ad § 61 Cst. TG; EICHENBERGER (1986), N 12 ad § 108 Cst. AG; CORVINI (1999), p 182 s.

²⁵² SCHENKER (1986), p. 177.

IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir

372 *En général.* – Au terme de ce premier chapitre consacré aux principes constitutionnels régissant l'organisation cantonale, il nous semble utile de résumer brièvement les deux principaux enseignements qui peuvent en être tirés avant que nous nous lancions dans une définition des règles générales en matière d'organisation régionale conventionnelle.

En l'occurrence, nous avons pu constater que, lorsqu'ils envisagent de s'organiser de manière régionale, les cantons et les communes sont soumis à des principes largement similaires d'un point de vue constitutionnel. Il s'avère cependant que la portée juridique concrète de certains de ces principes n'est pas forcément des plus précise.

373 *Les cantons et communes soumis à des principes similaires.* – Il est évident que lorsqu'ils légifèrent ou lorsqu'ils prennent des décisions, les cantons et les communes sont tous deux soumis au principe de la territorialité. Une norme ou une décision ne peut pas s'appliquer directement sur un territoire autre que celui du canton ou de la commune qui l'a adoptée (N 339 ss). Nous avons délibérément choisi de rappeler ce principe qui n'a rien de nouveau, mais qui revêt une grande importance en matière d'organisation régionale conventionnelle.

Un autre principe important – qui a, lui, nécessité une analyse plus fouillée dans la mesure où il n'est pas incontesté – se révèle être celui de la primauté du droit intercantonal. En application de ce principe, les normes intercantionales directement applicables – qu'il convient de distinguer soigneusement des actes d'approbation des conventions intercantionales – priment généralement le droit cantonal contraire, même de niveau constitutionnel, à l'instar des normes intercommunales qui priment, elles, sur le droit communal (N 358 ss et 371).

D'autres principes constitutionnels généraux s'imposent enfin aux cantons et aux communes lorsque ceux-ci s'organisent de manière régionale. On pensera tout d'abord aux principes d'égalité des cantons et d'égalité des communes (N 320 et 324) ou, alors, à l'interdiction d'instituer un quatrième niveau étatique (N 328 et 331 s.). On mentionnera ensuite l'impossibilité pour les cantons, tout comme pour les communes, de procéder à d'importantes délégations de tâches et de compétences, notamment par le biais de conventions intercantionales ou intercommunales (N 385 ss et 306 ss). L'idée à la base de ce double « *Verbot der Selbstpreisgabe* », déduit des principes de « souveraineté » cantonale et d'autonomie communale, est à chaque fois la même : les cantons, à l'instar des communes, ne doivent pas vider de sa substance la structure étatique souhaitée par les divers constituants helvétiques.

374 *Des règles à la portée normative nuancée.* – La portée juridique du principe de primauté des normes intercantionales et intercommunales est claire et précise.

Celle du principe de territorialité du droit l'est également. La pratique – judiciaire et législative – a fixé les critères de rattachement qu'un problème ou un état de fait donné devait présenter avec le territoire d'une collectivité pour que celle-ci puisse se prévaloir du droit de le régler (N 346 ss).

En revanche, la portée juridique des autres principes généraux qui viennent d'être présentés est floue dès lors qu'ils découlent de normes constitutionnelles au contenu obscur et qu'ils font appel à – ou doivent être concrétisés par – des notions indéterminées aux contours incertains. L'égalité entre cantons, de même que celle entre communes, peut ainsi s'entendre comme une égalité absolue, relative ou de fait (N 321 ss et 325). L'interdiction de créer un quatrième échelon étatique se heurte, quant à elle, à la difficulté de définir, d'un point de vue constitutionnel, ce qu'est un nouvel « échelon étatique » (N 329 s. et 333 ss). Enfin, la difficulté d'apprécier l'« importance » d'une délégation de tâches et/ou de compétences » rend *a priori* délicate toute application ou concrétisation du principe du « *Verbot der Selbstpreisgabe* » (N 288 ss et 310 ss).

Chapitre 5 : Les règles d'organisation des compétences et des tâches

I. Quelques principes généraux

Introduction. – Il est impossible de se lancer dans une définition des exigences constitutionnelles en matière d'organisation régionale conventionnelle sans rappeler préalablement quelques règles de répartition des compétences et des pouvoirs au niveau cantonal. En effet, l'organisation régionale conventionnelle doit tenir compte de telles règles à plus d'un titre. D'une part, leur création consiste en un acte de délégation de pouvoir qui doit s'opérer dans le respect des compétences des différents organes cantonaux ou communaux. D'autre part, la régionalisation des compétences cantonales ou communales constitue une forme de répartition du pouvoir, laquelle doit s'opérer conformément aux exigences démocratiques applicables en la matière.

375

Il n'apparaît ainsi pas inutile de rappeler, à ce stade de la thèse, quelques problématiques générales de répartition des compétences et d'organisation des tâches. On pensera en priorité au principe de la séparation des pouvoirs (A) – qui, traditionnellement, représente un « élément de base » dans l'organisation des États libéraux et démocratiques¹ – ainsi qu'à la prétendue « suprématie » dont jouirait l'organe parlementaire sur les autres organes étatiques (B), étant précisé que ces deux problématiques concernent tant l'organisation cantonale que l'organisation communale (C). Dans un second temps, nous aborderons également d'autres règles d'organisation des compétences et des tâches qui s'appliquent plus directement à la question de la régionalisation conventionnelle, comme celles qui régissent la répartition des compétences en matière de

¹ Cf., notamment, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 1753; TONDÜRY (2003), p. 219, lequel retient que ce principe constitue le « *Stützpfiler des Demokratiegebots* »; MAHON (2001/II), N 1; sur la question du rapport existant entre la démocratie et séparation des pouvoirs, voir SEILER (1994), p. 238-253.

relations extérieures (*infra* II) ou celles qui s'appliquent à la décentralisation des tâches cantonales et communales (*infra* III).

A. La séparation des pouvoirs au niveau cantonal

376 *Plan.* – Le principe de séparation des pouvoirs, en tant qu'élément de base de l'organisation démocratique des cantons, est garanti en droit constitutionnel suisse, non seulement par la Constitution fédérale, mais aussi par les constitutions cantonales (1). Cet ancrage constitutionnel – tel qu'il est conçu et opéré – ne lui confère cependant qu'une faible portée normative (2).

1. La consécration constitutionnelle du principe

377 *Le principe en droit fédéral.* – Un lecteur attentif de la Constitution fédérale remarquera aisément que celle-ci est muette quant à la question de savoir si les cantons doivent respecter le principe de la séparation des pouvoirs. Tout au plus prescrit-elle, à son art. 191c Cst., que les autorités judiciaires cantonales doivent être indépendantes. En fait, le droit constitutionnel fédéral imposerait de manière implicite aux cantons d'honorer le principe de la séparation des pouvoirs². Dès lors que l'on part de l'idée que la séparation des pouvoirs constitue un principe fondamental de tout État démocratique, il est en effet possible de déduire une telle exigence de l'art. 51 al. 1 Cst. qui, pour rappel, prévoit que « [c]haque canton se dote d'une constitution démocratique »³.

La séparation des pouvoirs au niveau fédéral. – En fait, celui ou celle qui cherchera dans la Constitution fédérale un article consacrant expressément un principe d'organisation démocratique aussi cardinal que la séparation des pouvoirs risque d'être surpris. Il n'y en a pas. Lors de la dernière révision totale de la Constitution fédérale, on n'a pas jugé opportun d'inscrire une telle règle d'organisation, même en matière fédérale, parce qu'elle ne serait soit « pas applicable de manière stricte », soit « guère intelligible » compte tenu

² Cf., entre autres, CONSEIL FÉDÉRAL (1997), p. 221; CONSEIL FÉDÉRAL (1995), p. 965; BAUER (2015), N 1.1 ad art. 46 Cst. NE; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 461 s.; TONDÜRY (2003), p. 218 s.

³ Cf. notamment, TSCHANNEN (2016), N 12 ad § 18; SG Komm. BV-RUCH (2014), N 9 ad art. 51 Cst.; Komm. KV ZH-BIAGGINI (2007), N 9 ad art. 3 Cst. ZH; WALDMANN (2005/II), p. 31; TONDÜRY (2003), p. 243 s. D'autres auteurs – comme AUBERT et SEILER – réfutent une telle conclusion, rappelant qu'un système de démocratie directe presque absolue serait manifestement démocratique sans pour autant qu'il soit nécessaire d'instituer des organes fonctionnant comme contre-pouvoirs à ce corps électoral (cf. AUBERT [2003], N 6 s.; SEILER [1994], p. 678; d'un avis critique aussi, AUER [2016], N 586). On remarquera que le Tribunal fédéral n'a jamais prétendu que le principe de la séparation des pouvoirs découlait directement du droit fédéral (cf. dans ce sens SEILER [1994], p. 468 s.).

des nombreuses réserves et précisions qu'il conviendrait d'y apporter⁴. Cette absence de référence à la théorie de la séparation des pouvoirs reflète le « pragmatisme du constituant suisse » et une forme de « méfiance envers les doctrines politiques constitutionnalistes »⁵. La Constitution fédérale garantit tout au plus la séparation personnelle des pouvoirs en prévoyant elle-même des règles d'incompatibilité empêchant toute personne d'être membre de plusieurs autorités fédérales (art. 144 al. 1 Cst.). Une interprétation systématique de la Constitution fédérale permet pour le reste de déduire que celle-ci reconnaît implicitement les autres facettes de la séparation des pouvoirs que sont la séparation fonctionnelle et la séparation organique des pouvoirs. Ainsi, le principe de la séparation des pouvoirs a valeur de droit constitutionnel non écrit⁶.

Le principe en droit cantonal. – Il est également certain et incontesté que 378 toutes les constitutions cantonales consacrent, d'une manière ou d'une autre, le principe de la séparation des pouvoirs au niveau cantonal⁷. La garantie peut évidemment n'être qu'implicite à l'instar de ce qui prévaut au niveau fédéral, comme nous venons de le voir ; c'est le cas en droit valaisan⁸. Quant aux formulations choisies dans les autres cantons pour consacrer expressément le principe de la séparation des pouvoirs, elles sont variées, à l'image d'ailleurs de la conception même que l'on peut avoir du principe, comme nous le verrons encore (sur la question, *infra* N 382). Certains constituants – comme les constituants fribourgeois et genevois – ont ainsi préféré une rédaction extrêmement ouverte et se sont contentés d'un bref énoncé qui précise simplement que « [l]es autorités sont organisées selon le principe de la séparation des pouvoirs »⁹.

L'accent sur une séparation fonctionnelle des pouvoirs. – D'autres consti- 379 tuants – comme les constituants jurassien et vaudois – semblent, de prime abord, avoir repris la théorie dite « classique » de la séparation des organes-pouvoirs, théorie selon laquelle il conviendrait de distribuer le pouvoir entre plusieurs organes tout en leur attribuant de manière exclusive l'une des fonctions étatiques traditionnelles (législative, exécutive ou judiciaire)¹⁰. Ils ont en effet adopté des

⁴ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (1997), p. 377.

⁵ BIGLER (2013), N 321 et 886.

⁶ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL (1997), p. 377; aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 458.

⁷ Voir notamment ATF 138 I 378, consid. 7.1; ATF 138 I 196, consid. 4.1; Tribunal fédéral, arrêt 2C_122/2011 du 7 juin 2012, consid. 2.2; aussi AUER (2016), N 122.

⁸ Cf. notamment l'art. 90 al. 2 Cst. VS qui prévoit que « [l]a loi (...) veille à éviter que (...) le même citoyen occupe simultanément des fonctions qui relèvent de plusieurs pouvoirs publics » et que « la même personne appartienne à deux organes dont l'un est subordonné à l'autre »; ATF 70 I 5, consid. 3.

⁹ Art. 85 Cst. FR; cf. aussi art. 2 al. 2 Cst-GE: « Les structures et l'autorité de l'État sont fondées sur le principe de la séparation des pouvoirs ».

¹⁰ Cf. notamment, HÄFELIN ET AL. (2016), N 1405-1408; Komm KV ZH-BIAGGINI (2007), N 5 ad art. 3 Cst. ZH; MORITZ (2002), N 5-10 ad art. 55 Cst. JU; MAHON (2001/II), N 4-9; KETTIGER (2000), 521 s.

dispositions constitutionnelles qui prévoient que « [l]es pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont séparés »¹¹.

Ceci dit, l'idée centrale de ces constituants était surtout d'affirmer que le parlement jouissait « en principe » seulement du monopole d'adoption des actes normatifs, c'est-à-dire que la fonction législative lui revenait à titre principal, mais pas forcément à titre exclusif¹². À y regarder de plus près, les constitutions précitées n'indiquent d'ailleurs pas que les « fonctions » doivent être séparées, mais uniquement les « pouvoirs ». Elles désignent par le biais d'une telle formulation chacune des « autorités cantonales » traditionnelles (parlement, gouvernement, tribunal), non les compétences qu'il conviendrait absolument leur confier. À partir de là, comme ne manquent pas de le rappeler les Cours constitutionnelles vaudoise et jurassienne, il peut se justifier, d'un point de vue constitutionnel, notamment pour des raisons pratiques, d'attribuer « certaines tâches qui relèvent d'une fonction déterminée en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, (...) à un organe dont les tâches principales relèvent d'une autre fonction »¹³.

Bref, dans des cantons comme le canton du Jura ou le canton de Vaud, la conception de la séparation des pouvoirs peut être comprise tantôt comme une séparation fonctionnelle des pouvoirs au sens classique, tantôt comme une séparation organique de ceux-ci¹⁴.

380

L'accent sur la séparation organique des pouvoirs. – La majorité des constitutions cantonales révisées dans les vingt dernières années s'est (encore plus) distancée de la doctrine classique de la séparation des pouvoirs, entendue comme une stricte séparation de pouvoirs sur un plan fonctionnel. Ces constitutions consacrent l'existence d'organes séparés qui se partagent le pouvoir étatique tout en limitant celui des autres organes. Elles ne différencient plus ces organes selon la fonction qui leur incombe¹⁵.

Autrement dit, dans de nombreux cantons, la séparation des pouvoirs est expressément perçue comme une séparation organique des pouvoirs visant un équilibre des rapports de force, et non comme une séparation fonctionnelle des

¹¹ Art. 55 Cst. JU; cf. aussi art. 89 al. 1 Cst-VD: « Les autorités sont organisées selon le principe de la séparation des pouvoirs. Elles comprennent : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire. »

¹² Voir notamment MORITZ (2002), N 20-25 ad art. 55 Cst. JU.

¹³ Cour constitutionnelle JU, arrêt du 7 décembre 2005, consid. 3.2, in: RJJ 2006, p. 6; cf. aussi Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST 2010.0008 du 14 janvier 2011, consid. 3c/aa.

¹⁴ Cf., sur cette question en droit vaudois, EQUEY (2010), p. 152-154, et, en droit jurassien, SEILER (1994), p. 595 et 603.

¹⁵ Cf., notamment, art. 3 al. 2 Cst. ZH selon lequel « [n]ul n'a le droit d'exercer le pouvoir étatique de manière incontrôlée ou illimitée »; aussi art. 55 al. 1 de la Constitution du canton de Saint-Gall du 10 juin 2001 (Cst. SG; RS 131.225); art. 69 de la Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005 (Cst. BS; RS 131.222.1); art. 29 al. 2 Cst. LU.

pouvoirs¹⁶. Le fait est particulièrement perceptible dans les constitutions allemandes où le terme de « *Gewaltenteilung* » – voire celui de « *Gewaltenhemmung* » – a largement supplanté le terme de « *Gewaltentrennung* »¹⁷. Les constitutions cantonales de Berne et de Neuchâtel consacrent cependant elles aussi le principe selon lequel les « autorités cantonales » – et non les différentes fonctions du pouvoir étatique – sont séparées et censées se contrebalancer¹⁸.

Conclusion. – S'il fallait résumer ce qui précède, en droit constitutionnel cantonal, la tendance est d'entendre la séparation des pouvoirs comme un « équilibre » de ceux-ci¹⁹. Les constituants cantonaux ont très souvent pris en compte le fait que, sur les plans juridique et politique, le parlement et le gouvernement étaient, en réalité, interdépendants, comme des « partenaires destinés à collaborer entre eux »²⁰. Dans ce sens, l'idée de prévoir dans la constitution une primauté du premier sur le second a été très souvent abandonnée (sur la question encore, *infra* N 388)²¹.

381

2. La portée juridique du principe

En général. – Les cantons jouissent d'une marge de manœuvre très importante lorsqu'il s'agit de concrétiser le principe de séparation des pouvoirs, non seule-

382

¹⁶ Voir, pour un excellent exemple, VERFASSUNGSKOMMISSION SG (2000), p. 313.

¹⁷ Dans ce sens, Komm. KV ZH-BIAGGINI (2007), N 2 et 13 ad art. 3 Cst. ZH, ainsi que COMM. « CONSTITUTION » NE (1999), p. 72; voir notamment art. 4 Cst. GR; art. 10 Cst. TG; art. 1 al. 3 Cst. SZ; art. 8 de la Constitution du canton de Schaffhouse du 17 juin 2002 (Cst. SH; RS 131.223).

¹⁸ Cf. art. 66 al. 1 ConstC BE: « 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'État sans contrôle et de manière illimitée »; art. 46 al. 1 Cst. NE: « Les autorités cantonales sont le Grand Conseil, le Conseil d'État et les autorités judiciaires. Elles sont organisées selon le principe de la séparation des pouvoirs. Dans l'exercice de leur charge, les autorités judiciaires sont indépendantes du Grand Conseil et du Conseil d'État. »

¹⁹ BOLZ (1995/I), N 1b ad art. 66 ConstC BE; voir également, pour un exemple très illustratif, art. 4 Cst. GR qui prévoit expressément que « [l]es structures et l'autorité de l'État sont fondées sur les principes de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs » et que « [p]our atteindre les objectifs de l'État, les autorités collaborent dans les limites de leurs compétences ».

²⁰ COMM. CONSTC BE (1992), p. 99; cf. aussi COMM. « CONSTITUTION » NE (1999), p. 72; NUSPLIGER/MÄDER (2014), p. 528 s.; Komm. KV LU-WIEDERKEHR (2010), N 6 ad §§ 36-50 Cst. LU; Komm. KV GR-RATHGEB (2006), N 2 AD ART. 4 Cst. GR; BAUER (2005), N 2.2 ad art. 46 Cst. NE.

²¹ Komm. KV LU-WIEDERKEHR (2010), N 3 ad §§ 36-50 Cst. LU; BAUER (2005), N 3.1 ad art. 46 Cst. NE; NUSPLIGER (1995), p. 151.

ment sur un plan fonctionnel, mais également sur un plan organique ou personnel²². Admettre le contraire reviendrait à prétendre qu'il existe un consensus sur la portée même de ce principe, ce qui n'est pas le cas.

383

Un principe couvrant différentes conceptions. – Bien que « rabâchée », l'approche fonctionnelle de la théorie classique de la séparation des pouvoirs est généralement relativisée par la doctrine²³. Elle l'est également par les constituants cantonaux qui s'en distancient régulièrement. Nous venons de le voir (*supra* N 379 s.).

Cette relativisation a logiquement favorisé l'émergence de nouvelles conceptions – que l'on pourrait qualifier de « modernes » – du principe de séparation des pouvoirs. Certains proposent ainsi une répartition des fonctions et des tâches étatiques selon l'aptitude d'un organe à les remplir. Les partisans du *New Public Management* vont jusqu'à plaider pour une séparation des pouvoirs qui permette un accomplissement optimal des tâches par l'État²⁴. D'autres suggèrent simplement que la répartition des pouvoirs intervienne à l'aune de la légitimité démocratique dont bénéficient les différents organes étatiques, les actes importants devant être pris par l'organe le plus représentatif de la population.

Bref, comme l'écrit MAHON, « la séparation des pouvoirs n'existe pas »²⁵. Elle connaît une multitude d'interprétations et de significations, lesquelles pré-

²² Voir, notamment, CONSEIL FÉDÉRAL (1995), p. 965; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 1784; Komm. KV ZH-BIAGGINI (2007), N 11 ad art. 3 Cst. ZH.

²³ Voir, pour une vue générale, TSCHANNEN (2016), N 8 ad § 27; HÄFELIN ET AL. (2016), N 1409; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 435-457; TANQUEREL (2011), N 616-621; Komm. KV ZH-BIAGGINI (2007), N 6 ad art. 3 Cst. ZH; MORITZ (2002), N 11-14 ad art. 55 Cst. JU; MAHON (2001/II), N 10-12; KETTIGER (2000), 522 s.; AUBERT (1967), N 1228-1234. La première critique tient à la division « triptyque » classique des fonctions étatiques, c'est-à-dire la division en une fonction législative, une fonction exécutive et une fonction judiciaire. Cette division ne correspond à aucune réalité observable. Il est par exemple incontestable que l'exercice de la fonction « exécutive » ou « judiciaire » induit obligatoirement une activité législative minimale – plus ou moins étendue selon l'ouverture de la norme à appliquer – dès lors qu'il s'agit de mettre en œuvre et d'interpréter la loi de la même manière pour toute une série de cas qui se présenteront ultérieurement. À cela s'ajoute qu'il existe toute une série d'actes étatiques qui sont, pour ainsi dire, inclassables (actes de planification, actes relevant de la politique extérieure, etc.). Enfin, dans un État qui entend fonctionner correctement et efficacement, il n'est pas possible de confier chaque fonction étatique traditionnelle à un seul organe. C'est notamment le cas pour la fonction législative qui ne peut être confiée au corps électoral et au parlement seuls. Ceux-ci doivent être assistés dans cette tâche par un gouvernement qui doit préparer des projets de loi ou adopter lui-même la réglementation de détail. Quant au gouvernement, il ne peut à lui seul exercer la fonction exécutive, respectivement gouvernementale, comme la politique monétaire ou la surveillance du marché économique.

²⁴ Voir, entre autres, KETTIGER (2000), 521-530.

²⁵ MAHON (2001/II), N 1.

sentent néanmoins quelques dénominateurs communs : la nécessité de constituer une pluralité d'organes au sein d'une organisation étatique, répartir le pouvoir entre ces organes de telle façon qu'ils ne soient pas tous assujettis à l'un d'entre eux et, enfin, la nécessité de garantir l'indépendance des organes devant assurer une fonction judiciaire (sur la question, *infra* N 567)²⁶.

La justiciabilité du principe. – L'indétermination qui caractérise le principe de séparation des pouvoirs a évidemment une influence directe sur sa justiciabilité. Le principe représente certes un droit constitutionnel dont peut se prévaloir chaque administré²⁷. Ce droit n'a toutefois qu'une valeur limitée. À l'instar des autres autorités fédérales²⁸, le Tribunal fédéral entend en effet préserver l'autonomie des cantons en ce qui concerne l'organisation concrète de la « séparation des pouvoirs » sur leur territoire. Il considère donc logiquement qu'il appartient en premier lieu au droit public cantonal de fixer les compétences et la composition des autorités²⁹. À partir de là, le droit constitutionnel au respect de la séparation des pouvoirs consiste, de manière simplifiée, en la faculté de se

384

²⁶ Voir, entre autres, MAHON (2001/II), N 13; AUBERT (1967), N 1228-1235.

²⁷ ATF 130 I 1, consid. 3.1, et la jurisprudence citée.

²⁸ Bien que considérée comme peu « optimale », l'ancienne règle selon laquelle les membres du Conseil d'État d'Appenzell Rhodes-Intérieures appartenaient obligatoirement et automatiquement au Grand Conseil de ce même canton n'a jamais été considérée comme contraire au principe de séparation (personnelle) des pouvoirs. On considérait qu'elle était compensée par le fait que le Grand Conseil avait peu de pouvoir et que le Conseil d'État était (ré)élu chaque année (cf. CONSEIL FÉDÉRAL [1995], p. 965). De même, lorsque le constituant genevois a décidé d'étendre les incompatibilités entre le mandat de député et la fonction de magistrat de l'ordre judiciaire à l'ensemble de la magistrature, même lorsque cette fonction est exercée en suppléance seulement, le Conseil fédéral s'est contenté de considérer que la modification constitutionnelle en question ne faisait que « renforcer » le principe de la séparation des pouvoirs (cf. CONSEIL FÉDÉRAL [2010/IV], p. 4471). Enfin, l'introduction dans la constitution cantonale d'une incompatibilité entre le mandat de conseiller d'État et celui de conseiller national ou de conseiller aux États trouve généralement son origine et sa justification dans des considérations plus pratiques que juridiques (pour un bel aperçu de la question, voir la réponse du CONSEIL D'ÉTAT FR, du 27 mars 2012, à la motion déposée par MM. Waeber et Brönnimann, Incompatibilité des mandats politiques de membres du Grand Conseil et de l'Assemblée fédérale, 1137.11; cf., pour un exemple d'approbation d'une telle réglementation constitutionnelle, CONSEIL FÉDÉRAL [2010/II], p. 1967). En clair, de telles révisions constitutionnelles n'étaient pas exigées par le droit fédéral, lequel, il faut le dire, a toujours donné un poids plus important au principe démocratique et au principe d'égalité qu'au principe de séparation des pouvoirs (cf., notamment, MARTENET [1999], p. 290-293 et 298., qui retient que les cantons ne seraient même pas contraints par le droit fédéral à instituer un gouvernement cantonal).

²⁹ ATF 138 I 378, consid. 7.1, et références citées.

plaindre devant une autorité judiciaire que les règles de répartition des compétences établies par la constitution cantonale ou, le cas échéant, par le législateur cantonal n'auraient pas été respectées³⁰.

Autrement dit, pour que le Tribunal fédéral reconnaisse une violation du principe de la séparation des pouvoirs, il faut démontrer qu'un organe cantonal a empiété ou interféré sur les compétences exclusives d'un autre organe telles que fixées par le droit cantonal³¹.

La violation du principe de séparation des pouvoirs en pratique. – En pratique, le grief de la violation de la séparation des pouvoirs se confond donc très souvent avec celui de la violation du principe de la légalité³². C'est le cas lorsqu'un recourant reproche à une décision ou une réglementation cantonale de ne pas trouver un fondement suffisant dans une base légale au sens formel – généralement une loi adoptée par un parlement – ou lorsqu'il prétend qu'une réglementation adoptée par une autorité non parlementaire ne respecte pas les conditions de la délégation législative (sur la question, *infra* N 529 ss)³³.

385

Le respect du parallélisme des formes. – Pour le reste, le principe de séparation des pouvoirs conserve une importance juridique résiduelle à chaque fois que le constituant – ou le législateur³⁴ – n'a pas réglé clairement quelle autorité cantonale jouit d'une compétence donnée, voire lorsque le droit cantonal connaît une véritable lacune en matière de répartition des compétences³⁵.

C'est ainsi que le principe du *parallélisme des formes*, que l'on peut déduire de celui de la séparation des pouvoirs, pose la présomption réfragable que l'acte adopté par un organe déterminé ne peut être abrogé, annulé ou modifié que par ce même organe, selon les mêmes formes et la même procédure que celles de son adoption³⁶. Autrement dit, une disposition ou une mesure prise par une autorité compétente ne peut se voir annulée que par un acte contraire de même nature prise par cette même autorité (*actus contrarius*). Par exemple, l'abrogation d'un acte normatif doit suivre la même procédure que son adoption et être opérée dans la même forme³⁷.

Rappel important. – Il est cependant essentiel de garder à l'esprit que la théorie du parallélisme des formes ne trouve application que si le droit n'a pas réglé la manière dont un

³⁰ ATF 130 I 1, consid. 3.1; ATF 128 I 113, consid. 2c.

³¹ Cf., notamment, ATF 106 Ia 389, consid. 3a; aussi AUER (2016), N 586.

³² Voir notamment AUER (2016), N 124-127.

³³ Cf., entre autres, ATF 134 I 322, consid. 2.2, SEILER (1994), p. 553 et 570, et références citées.

³⁴ Voir, pour des exemples de dispositions cantonales qui accordent au législateur le droit d'organiser, dans une certaine mesure, la répartition des compétences, art. 61 al. 1 let. h Cst. NE; art. 79 al. 1 let. g ConstC BE; art. 105 let. f Cst. FR.

³⁵ HÄFELIN ET AL. (2012), N 1412 et 1516.

³⁶ ATF 112 Ia 136, consid. 3c; ATF 98 Ia 105, consid. 2d.

³⁷ Cf., pour un exemple, la LF relative à la mise à jour formelle du droit fédéral du 20 mars 2008 (RO 2008 3437).

acte pouvait être modifié, voire annulé ou abrogé³⁸. Par exemple, le législateur cantonal peut y déroger en déléguant expressément à une autre autorité le droit de modifier ou d'abroger ses propres actes normatifs, à tout le moins en respectant les principes de la délégation législative³⁹.

Le respect de la systématique des compétences. – Par ailleurs, la constitution cantonale et les autres règles d'organisation étatique doivent être interprétées – et les autorités doivent agir – dans le respect du rôle général de chaque autorité⁴⁰. Ce principe signifie notamment que, dans le silence de la constitution et, le cas échéant, de la loi, le pouvoir normatif appartient en principe au parlement et qu'en revanche, une compétence qui relève *a priori* du pouvoir « directorial » ou « exécutif » appartient plutôt au gouvernement⁴¹. Il signifie également que la fonction judiciaire et, plus particulièrement, la juridiction constitutionnelle doit s'imposer une certaine retenue dans l'interprétation du droit constitutionnel, en particulier lorsqu'il existe plusieurs manières de le mettre en œuvre et que le législateur bénéficie d'une certaine marge d'appréciation à cet égard⁴². Les tribunaux n'ont en principe pas la compétence d'imposer aux autres autorités des choix qui relèvent de l'opportunité politique, au risque sinon de violer le partage naturel des fonctions étatiques.

386

Conclusion. – En définitive, toutes les constitutions helvétiques consacrent d'une manière ou d'une autre le principe de la séparation des pouvoirs. Ce faisant, comme nous l'avons vu, on a toujours évité d'attribuer à ce principe une portée juridique trop importante ou trop absolue, à l'exception notable de la question particulière de l'indépendance de la justice sur laquelle nous reviendrons de manière spécifique (N 568 ss). Il convient dès lors de ne pas confondre le problème politique de la séparation des pouvoirs avec la jurisprudence et la pratique relatives au principe juridique de la séparation des pouvoirs dans les cantons⁴³. SEILER parle de ce principe comme d'un « *inhaltlich offener Topos, der mit unterschiedlichen oder gegensätzlichen Inhalten gefüllt werden kann und daher beliebig als taktische Argumentationshilfe eingesetzt werden kann und auch eingesetzt wird, um unabhängig vom geltenden Verfassungsrecht oder*

387

³⁸ BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 537.

³⁹ ATF 112 Ia 136, consid. 3c; aussi WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 1416.

⁴⁰ HÄFELIN ET AL. (2016), N 1516; AUBERT (2003), N 37 ad art. 173 Cst.; HANGARTNER (1999), p. 478.

⁴¹ AUBERT (2003), N 37 ad art. 173 Cst.; SEILER (1994), p. 552 ; HANGARTNER (1990), p. 478; AUBERT (1967), N 1239; pour des exemples, cf. ATF 106 Ia 389, consid. 2; ATF 98 Ia 105, consid. 2.

⁴² Cour constitutionnelle JU, arrêt du 21 mai 2008, consid. 6.5, in: RJJ 2008, p. 50; Cour constitutionnelle JU, arrêt du 3 juin 2005, consid. 2.2., in: RJJ 2005, p. 259; aussi ATF 103 Ia 369, consid. 6.

⁴³ Cf., dans ce sens, AUBERT (1967), N 1242.

gar im Gegensatz dazu bestimmte (rechts-)politische Postulate zu unterstützen oder zu bekämpfen »⁴⁴.

En somme, la séparation des pouvoirs représente plus un idéal politique à atteindre, lequel se révèle par ailleurs polymorphe, qu'une véritable norme contraignante d'organisation. La séparation des pouvoirs n'apporte, en droit suisse, que peu de limites juridiques en matière d'organisation politique. À l'instar d'AUER, on peut légitimement se demander si le principe ne permet pas n'importe quelle organisation étatique, pourvu qu'un seul organe n'accapare pas à lui seul tout le pouvoir au sein de celle-ci⁴⁵.

B. La « suprématie » du parlement cantonal

388 *Le parlement comme autorité cantonale suprême.* – Le principe démocratique veut qu'un organe représentatif de la population – en principe un parlement – jouissent de la compétence de prendre les décisions importantes pour le canton et de celle de surveiller l'activité étatique dans son ensemble. Certaines constitutions cantonales, comme celles des cantons de Fribourg et de Vaud, disposent ainsi que le parlement cantonal est l'« autorité suprême du canton » sous réserve du droit du peuple⁴⁶ ; d'autres, telle que la constitution cantonale jurassienne, prévoient que le parlement cantonal est le « principal représentant du peuple » et qu'il détermine la politique du canton⁴⁷. Il arrive enfin que certains constituants – comme dans le canton de Neuchâtel et dans le canton de Berne – aient renoncé à mentionner expressément une telle « supériorité » du parlement cantonal, étant précisé que celle-ci ressort implicitement des compétences qui appartiennent à cet organe, comme le pouvoir législatif ou la fonction de haute surveillance⁴⁸.

⁴⁴ SEILER (1994), p. 610; aussi AUER (2013/I), p. 424, lequel écrit à propos de la séparation des pouvoirs qu'« [a]u fur et à mesure qu'elle descend de son piédestal philosophique pour pénétrer les dédales du droit positif, elle en perd sa substance et se vide de sens, au point de se dissoudre comme le sucre dans l'eau ».

⁴⁵ Voir AUER (2013/I), p. 424; voir aussi AUER (2016), N 128 et 586, où il évoque une « *Leerformel* ».

⁴⁶ Art. 94 Cst. FR; art. 91 Cst-VD.

⁴⁷ Art. 82 al. 1 et 2 Cst. JU.

⁴⁸ Cf. COMM. « CONSTITUTION » NE (1999), p. 72; BAUER (2015), N 3.1 ad art. 46 Cst. NE; BOLZ (1995/I), N 3 ad art. 66 ConstC BE. L'absence d'une telle mention peut aussi se justifier par le fait que, contrairement à ce qui est prévu au niveau fédéral, les parlements cantonaux ne jouissent pas forcément d'une position dominante en termes de légitimité démocratique, comme peut s'en prévaloir le Parlement fédéral, notamment parce que les gouvernements cantonaux, contrairement au Conseil fédéral, sont également élus directement par le peuple (voir EICHENBERGER [1986], N 9 ad Section B Cst. AG).

Le rapport avec le principe de séparation des pouvoirs. – Le principe de « suprématie » du parlement, tel que consacré par le droit cantonal, ne brise évidemment pas celui de la séparation des pouvoirs et les règles de répartition des compétences voulues par le constituant, au risque sinon de les vider de leur substance. Cela signifie concrètement que l'éventuelle supériorité d'une autorité sur une autre résulte avant tout de la répartition des compétences effectuée par la constitution⁴⁹ et que les principaux organes cantonaux – que cela soit le parlement, le gouvernement et le tribunal cantonal – sont en réalité tous des « autorités suprêmes dans leur domaine »⁵⁰. À l'intérieur de ce cadre, le principe de suprématie parlementaire ne constitue donc qu'une règle d'interprétation constitutionnelle⁵¹.

389

Le pouvoir de haute surveillance. – Comme nous venons de le voir, toutes les constitutions cantonales ne consacrent pas expressément le principe de « suprématie » du législatif cantonal qui n'a finalement que peu de valeur normative. En revanche, toutes attribuent le pouvoir – ou la charge – de la haute surveillance de l'État au parlement cantonal⁵².

390

La plupart du temps, la constitution dispose que le parlement exerce la haute surveillance sur le gouvernement et sur les instances judiciaires cantonales. Parfois, elle prévoit explicitement que cette haute surveillance concerne aussi l'activité de l'administration cantonale, dans son ensemble, de même que celle des délégataires de tâches publiques⁵³. À vrai dire, la haute surveillance s'étend sur l'administration cantonale et sur les délégataires de tâches publiques même lorsque le droit constitutionnel est muet sur la question⁵⁴. Il s'agit en fait pour le parlement d'opérer un contrôle sur la surveillance que le gouvernement exerce

⁴⁹ Cf. notamment BIAGGINI (2017), N 4 ad art. 148 Cst.; SG Komm BV-MASTRONARDI (2014), N 6 ad art. 148 Cst.; Komm. KV GR-JAAG/SCHULER (2006), N 5 et 9 ad art. 30 Cst. GR.

⁵⁰ BOLZ (1995/I), N 3 ad art. 66 ConstC BE, qui se réfère à la constitution cantonale bernoise qui, il est vrai, évoque les « autorités suprêmes du canton » (art. 79 al. 1 let. d ConstC BE); voir d'ailleurs art. 56 al. 1 Cst. SZ qui dispose que « [l]e Conseil d'État est l'autorité directoriale et exécutive suprême du canton »; dans le même sens, HANGARTNER (1990), p. 492 s.

⁵¹ BIAGGINI (2017), N 4 ad art. 148 Cst. En fait, comme l'écrit AUBERT à propos de l'art. 148 al. 1 Cst., qui, à l'instar de certaines constitutions cantonales, prévoit que l'Assemblée fédérale est l'autorité suprême de la Confédération, le principe présente seulement une petite « parcelle de normativité propre ». On peut retenir que les décisions de l'autorité dite « suprême » l'emportent certes sur celles de l'autorité exécutive, mais uniquement dans les rares cas où ces deux autorités ont des compétences parallèles ou concurrentes (AUBERT [2003], N 5 ad art. 148 Cst.). Ce n'est enfin que très exceptionnellement que le principe peut fonder une compétence résiduelle des parlements cantonaux (ATF 104 Ia 415, consid. 4a).

⁵² Art. 40 al. 1 Cst. VS; art. 93 Cst-GE; art. 104 Cst. FR; art. 78 ConstC BE; art. 59 al. 1 Cst. NE; art. 82 Cst. JU; art. 107 Cst-VD.

⁵³ Cf. notamment art. 94 Cst-GE; art. 40 al. 1 Cst. VS; art. 104 Cst. FR.

⁵⁴ Cf. notamment l'art. 82 al. 4 Cst. JU; art. 107 Cst-VD; art. 59 Cst. NE, en lien avec Cour constitutionnelle JU, arrêt du 11 avril 2003, consid. 10b, in: RJJ 2003, p. 1.

sur l'administration cantonale et sur les délégataires de tâches publiques, c'est-à-dire de procéder à une « surveillance de la surveillance »⁵⁵. La haute surveillance du parlement est en quelque sorte directe quand elle porte sur le gouvernement et les instances judiciaires, tandis qu'elle est indirecte ou médiatisée lorsqu'elle concerne l'administration cantonale et les délégataires de tâches publiques⁵⁶.

391 *La fonction de la haute surveillance.* – Le pouvoir de « haute surveillance » ne confère pas au parlement une supériorité hiérarchique sur le gouvernement et sur l'ensemble de l'administration cantonale. Il ne le légitime pas à s'ingérer dans la répartition des compétences telle que fixée par les constitutions et les lois cantonales (sur la question, *supra* N 389)⁵⁷.

Selon le Tribunal fédéral, la haute surveillance parlementaire « consiste essentiellement à vérifier que le pouvoir exécutif et l'administration agissent conformément au droit, qu'ils se servent à cette fin de moyens rationnels, appropriés, efficaces, économiques, qu'ils font un bon usage de leur pouvoir d'appréciation et que ces tâches produisent des résultats satisfaisants du point de vue politique »⁵⁸. L'idée de la haute surveillance est de favoriser la publicité de l'activité de l'État, de responsabiliser l'autorité exécutive en cas de dysfonctionnement et d'exercer une forme de contre-pouvoir à celle-ci, tout en permettant au parlement – mais aussi au corps électoral – de réunir les informations qui lui permettront d'effectuer les choix adéquats dans le cadre de ses propres compétences, notamment législatives, financières et électorales⁵⁹. La haute surveillance doit favoriser de ce dernier point de vue la coopération entre les différentes autorités cantonales dans le respect de la séparation des pouvoirs⁶⁰.

⁵⁵ AUBERT (2003), N 4 ad art. 169 Cst.; MÜLLER (1992), p. 412. Autrement dit, si la haute-surveillance du parlement cantonal sur une entité externe n'est pas réglée directement dans la loi qui prévoit la délégation de la tâche publique au tiers ou dans le droit parlementaire, le parlement conserve toujours le droit – et le devoir – de surveiller la manière dont le gouvernement surveille le délégataire (COMM. RÉVISION LGC BE [2013], p. 10; KNAPP [1996], N 113). Dans cette mesure, on soulignera l'évidence selon laquelle la haute surveillance du parlement sur d'éventuels délégataires de tâches publiques ne peut aller plus loin que la surveillance que le gouvernement exerce sur ceux-ci (cf. MÜLLER/VOGEL [2009], p. 660).

⁵⁶ COMM. RÉVISION LGC BE (2013), p. 10; MÜLLER/VOGEL (2010), p. 653; GROSS (2002), p. 134. À cet égard, l'art. 78 ConstC BE distingue précisément ce fait en disposant que « [l]e Grand Conseil exerce la surveillance sur le Conseil-exécutif et sur la gestion des tribunaux suprêmes ainsi que la haute surveillance sur l'administration et sur les autres organisations chargées de tâches publiques ».

⁵⁷ AUBERT (2003), N 2 ad art. 169 Cst.

⁵⁸ Tribunal fédéral, arrêt 2C_1006/2014 du 24 août 2015, consid. 4.3.4

⁵⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1725; BSK BV-FURRER/MERKER (2015), N 4 ad art. 169 Cst.; MÜLLER/VOGEL (2010), p. 650; HAUSER (2007), N 4-6 ad art. 57 Cst. ZH.

⁶⁰ Cf., entre autres, LIENHARD ET AL. (2011), p. 35.

Les moyens de la haute surveillance. – Vu ce qui précède, le pouvoir de haute surveillance ne confère logiquement pas aux parlementaires le droit de donner des ordres aux organes auxquels ils s'adressent, ni de modifier ou d'annuler les actes de ces mêmes organes⁶¹. Le droit cantonal le rappelle souvent d'ailleurs⁶². 392

Sous cette réserve, les instruments de la haute surveillance parlementaire sont extrêmement divers. Cette tâche s'exerce en particulier par le biais de l'approbation ou de la prise de connaissance de planifications et de rapports ainsi qu'au moyen des différents droits et pouvoirs dont le parlement ou ses commissions jouissent. On pensera notamment au droit de s'informer, de consulter ou d'exiger la production de dossiers et, surtout, au droit de déposer des initiatives, des interventions et des propositions (p. ex. questions, postulat, motion). La haute surveillance peut porter sur des questions extrêmement larges concernant la légalité, l'opportunité ou à la rentabilité de l'action des entités soumises à cet examen. Elle s'exerce en principe *a posteriori*, mais peut aussi s'exercer concomitamment au traitement des affaires. C'est le cas de la surveillance financière – notamment par l'approbation du budget – qui constitue typiquement une surveillance concomitante⁶³.

Il appartient en principe au législateur cantonal de régler en détail l'ensemble de ces questions. Il doit le faire de telle sorte que le parlement cantonal puisse prendre les mesures nécessaires à l'accomplissement effectif de la tâche qui lui incombe, sans toujours dépendre du bon vouloir de l'exécutif⁶⁴.

Les commissions d'enquête parlementaires. – Il est déjà arrivé que l'on déduise directement du pouvoir de haute surveillance la possibilité d'instituer des commissions d'enquête parlementaire⁶⁵. Il n'en demeure pas moins qu'une base légale expresse – en principe au sens formel – est incontournable pour que la 393

⁶¹ Cf. Tribunal fédéral, arrêt 2C_1006/2014 du 24 août 2015, consid. 4.3.4; Komm. KV ZH-HAUSER (2007), N 4 ad art. 57 Cst. ZH; BAUER (2015), N 2 ad art. 59 Cst. NE.

⁶² Cf., pour des exemples, art. 4 al. 3 de la loi bernoise sur le Grand Conseil du 4 juin 2013 (LGC BE; RSB 151.21), lequel dispose que la haute surveillance « respecte le principe de la séparation des pouvoirs et ne confère pas la compétence d'agir en lieu et place des organes soumis à la haute surveillance, d'annuler ni de modifier des décisions, ni d'exercer un contrôle matériel des décisions judiciaires »; art. 46 al. 2 de la loi jurassienne sur l'organisation du Parlement du 23 février 2000 (LOP JU; RSJU 181.1), lequel prévoit que « [l]e Parlement peut établir des recommandations à l'intention des établissements cantonaux autonomes mais il n'est pas compétent pour leur donner des instructions ou des directives »; aussi art. 130^{bis} de la loi valaisanne sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs du 28 mars 1996 (LOC RP VS; RSVs 171.1).

⁶³ LIENHARD ET AL. (2011), p. 32.

⁶⁴ Cf., pour un exemple, Cour constitutionnelle JU, arrêt CST 1/2015 du 19 mars 2015, consid. 4.3.

⁶⁵ Notamment BAUER (2015), N 3.2 ad art. 59 Cst. NE.

commission d'enquête parlementaire dispose de véritables moyens d'investigation, comme le droit d'auditionner des témoins ou d'accéder à des informations couvertes par le secret de fonction⁶⁶. Une telle base existe aujourd'hui dans presque tous les cantons suisses de sorte que la possibilité d'instituer des commissions d'enquête parlementaire – qui représente un instrument « *von eminenter Bedeutung* » ou « *einen wichtigen Pfeiler* »⁶⁷ pour la haute surveillance – dispose désormais d'une « assise bien établie » en droit constitutionnel suisse⁶⁸.

C. Les principes de répartition des pouvoirs au niveau communal

394 *La séparation des pouvoirs.* – Quelques constitutions cantonales reconnaissent expressément que le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'organisation communale⁶⁹. Mais peu importe finalement. L'agencement des compétences entre les différentes autorités communales doit toujours respecter une certaine « séparation des pouvoirs », même lorsqu'une interprétation littérale ou systématique de la constitution cantonale pourrait laisser croire à son lecteur que le principe s'adresse exclusivement aux autorités cantonales⁷⁰. Dans la mesure où les communes font partie intégrante de l'organisation cantonale, le principe peut être déduit non seulement de la Constitution fédérale, mais également de la constitution cantonale (sur la question, *supra* N 80)⁷¹.

395 *La portée juridique du principe.* – Il résulte de ce qui précède que chaque organe communal doit respecter les compétences des autres organes communaux, en particulier celles de l'organe exécutif, telles qu'elles ont été définies par le droit cantonal et communal. La règle prévaut même pour le corps électo-

⁶⁶ Voir, sur le sujet, BARUH (2007), N 96; aussi Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST.2008.0003 du 8 octobre 2008, consid. 2e.

⁶⁷ BIAGGINI (2017), N 19 ad art. 169 Cst., respectivement BSK BV-HÄGGI FURRER/MERKER, N 30 ad art. 169 Cst.

⁶⁸ BARUH (2007), N 147.

⁶⁹ Cf., notamment, pour une mention expresse du principe en matière d'organisation communale, art. 55 al. 1 Cst. SG; par le biais d'un renvoi, art. 131 al. 3 Cst. FR, Tribunal cantonal FR, arrêt 601 2008-141 du 22 janvier 2009, consid. 3a, et SCYBOZ (2005), p. 237 s.; par le biais des dispositions générales, art. 4 Cst. GR et Komm. KV GR-RATHGEB (2006), N 8 ad art. 4 Cst. GR.

⁷⁰ Tribunal fédéral, arrêt 1P.27/2002 du 31 mai 2002, consid. 5.2, dans lequel le Tribunal fédéral retient que l'art. 66 ConstC BE s'applique également aux autorités communales; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 253; voir aussi, en droit vaudois, EQUEY (2010), p. 138.

⁷¹ Dans ce sens apparemment, BOLZ (1995/I), N 1b ad art. 66 ConstC BE.

ral, notamment lorsque sa volonté s'exprime par le biais d'assemblées communales⁷². Le corps électoral communal n'est pas tout puissant, pas plus que l'éventuel parlement communal qui le représente. Nous renvoyons pour le reste à ce qui a été présenté s'agissant du principe de séparation des pouvoirs au niveau cantonal et, en particulier, de sa portée normative (*supra* N 382).

La « suprématie » du législatif communal en général. – La question de l'éventuelle supériorité de principe du législatif sur l'exécutif ne se pose pas réellement au niveau communal. En tous les cas, dans les cantons romands, aucun des constituants et des législateurs ne l'a consacrée. Tout au plus le droit jurassien et le droit bernois disposent-ils que l'assemblée communale – par laquelle le corps électoral exprime sa volonté – constitue l'« organe suprême de la commune »⁷³. La formule représente cependant l'expression – simplement descriptive – du principe démocratique⁷⁴.

La suprématie du parlement communal en général ? – Quant aux éventuels parlements communaux, ils ne jouissent d'aucune suprématie selon le droit cantonal. Bien au contraire, serait-on tenté de dire, puisqu'il revient en règle générale à l'exécutif communal – en tant qu'autorité exécutive ordinaire – d'exercer toutes les compétences qui n'ont pas été attribuées par la loi au législatif communal⁷⁵. Cette singularité par rapport à l'organisation cantonale résulte, entre autres, du fait que le schéma de répartition des pouvoirs qui est habituel au niveau cantonal ne peut être reporté aux communes⁷⁶. La séparation des pouvoirs au niveau communal est concrétisée d'une manière très limitée ou, du moins, particulière du fait que les communes ont des compétences limitées – notamment sur le plan réglementaire – et que leurs autorités législatives sont souvent composées de personnes qui ont peu de temps à consacrer aux affaires communales⁷⁷. Remarquons, dans la même veine, que le droit cantonal n'attribue généralement aucune charge de haute surveillance au législatif communal, même s'il appartient à celui-ci de contrôler la gestion de la commune, notamment sur un plan financier. Il incombe en principe au canton de surveiller l'activité des

⁷² Cf. Tribunal administratif BE, décision 100.2010.361 du 2 février 2011, consid. 5.2.2, in: JAB 2011, p. 357; aussi AUER (2016), N 384.

⁷³ Art. 73 al. 1 LCom JU; art. 12 al. 1 LCo BE.

⁷⁴ FRIEDLI (1999), N 2 ad art. 12 LCo BE.

⁷⁵ Art. 150 al. 2 Cst. VD; art. 87 al. 2 LCo JU; art. 60 al. 2 LCo FR; art. 30 ch. 8 LCo NE; art. 33 al. 2 LCo VS; art. 25 al. 2 LCo BE.

⁷⁶ GRISEL (2013), p. 48.

⁷⁷ Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST 2008.0003 du 8 octobre 2008, consid. 2e; GRISEL (2013), p. 47 s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 253; THALMANN (2002), N 1.2 ad § 41 GG ZH.

autorités communales, tout comme celle d'éventuels tiers délégataires de tâches publiques communales⁷⁸.

II. La répartition des compétences en matière de relations extérieures

398 *Introduction.* – Comme nous l'avons vu plus haut, tel qu'il est aujourd'hui conçu en droit constitutionnel suisse, le principe de séparation des pouvoirs pose l'axiome de base selon laquelle les différentes autorités étatiques sont des partenaires censés collaborer entre eux dans leurs domaines de compétence.

Cette conception moderne de la séparation des pouvoirs vaut tout particulièrement en matière de politique extérieure⁷⁹, domaine qui a directement trait à la problématique de l'organisation régionale conventionnelle. En effet, comme nous le verrons, la question de l'aménagement des relations extérieures représente – ou est devenue – un domaine où les autorités exécutives et les autorités législatives jouissent non pas de compétences parallèles, mais de compétences combinées⁸⁰, ce tant au plan cantonal (A-B) qu'au plan communal (C).

A. Les compétences de représentation et de négociation au niveau cantonal

399 *En général.* – À l'instar de ce qui prévaut au niveau fédéral, il appartient aux gouvernements cantonaux de représenter le canton à l'extérieur. D'une manière ou d'une autre, toutes les constitutions cantonales s'en tiennent à ce principe de base⁸¹. Il existe de ce fait une sorte de « monopole de contact » en faveur des exécutifs cantonaux⁸². Il leur incombe donc, sous réserve du respect des pouvoirs des parlements cantonaux, sur lesquels nous reviendrons encore (*infra* N 401 s.), de conduire la politique extérieure du canton et, notamment, de

⁷⁸ Le gouvernement cantonal est en règle générale l'autorité suprême de surveillance (cf. notamment art. 139 al. 1 LC VD). Quant à la haute surveillance du parlement cantonal, elle s'étend également aux communes et aux syndicats de communes (cf. Komm. KV ZH-HAUSER [2007], N 8 ad art. 57 Cst. ZH).

⁷⁹ Voir en particulier BRUNNER (2004), p. 141-143; aussi HÄFELIN ET AL. (2016), N 1411.

⁸⁰ Pour la même constatation au niveau fédéral, cf. BSK BV-EPINEY (2015), N 10 ad art. 166 Cst.; SG Komm. BV-EHRENZELLER (2014), N 8 s. et 20 ad 166 Cst.; SG Komm. BV-KLEY/PORTMANN (2014), N 25 ad Vorbemerkungen zur Aussenverfassung; BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 530; JAAC 1976 n° 68, p. 11.

⁸¹ Voir art. 121 al. 1 Cst-VD; art. 88 al. 4 et 90 let. a ConstC BE; art. 70 al. 1 et 74 let. b Cst. NE; art. 55 ch. 3 Cst. VS; art. 111 al. 1 Cst-GE; art. 114 al. 1 et 2 Cst. FR; art. 89 al. 3 Cst. JU; aussi AUER (2016), N 850.

⁸² Komm KV ZH-HÄNER (2007), N 12 ad art. 69 Cst. ZH.

négoier, de signer et de ratifier les traités intercantonaux et internationaux qui lieront le canton à d'autres cantons ou à d'autres États⁸³.

L'expression d'une nécessité pratique. – Il est assez difficile d'imaginer une autre répartition des compétences pour des raisons évidentes de praticabilité⁸⁴. La Conférence des Gouvernements de Suisse occidentale (CGSO) a d'ailleurs tenu à le rappeler lors de la conclusion de la CoParl. Selon elle, conformément au principe dit de « l'adéquation de l'organe », il incombe au gouvernement de développer des initiatives et des stratégies, de présenter des concepts, d'assumer des tâches de coordination et, lorsque les négociations sont complexes, d'unir le sort de plusieurs dossiers afin de défendre efficacement les intérêts du canton⁸⁵.

400

Si le principe qui précède est évidemment défendu par les exécutifs cantonaux, il est généralement incontesté par les parlementaires qui reconnaissent eux-mêmes que le fonctionnement du parlement ou des commissions parlementaires – et même interparlementaires – n'est pas adapté au pilotage de négociations.

Quelques exemples pratiques. – Ainsi, la commission parlementaire fribourgeoise chargée de préparer le projet de loi cantonale concernant les conventions intercantionales (LConv FR; sur la loi, *supra* N 233) a reconnu elle-même que « les négociations ne repos[ai]ent quasiment jamais sur un mandat de négociation préalable, même informel, du gouvernement et qu'il [était] rare de pouvoir fixer clairement le moment de l'ouverture de négociations ». Selon elle, « [l]es projets de conventions résultent le plus souvent d'un long processus continu de recherche de solutions coordonnées, harmonisées, ou unifiées au sein d'organismes intercantonaux »⁸⁶. La commission a ainsi abandonné l'idée de prévoir une règle légale selon laquelle une petite délégation parlementaire accompagne le ou les membres du gouvernement cantonal dans toutes les négociations importantes. Même une règle selon laquelle le gouvernement devrait permettre au parlement ou à l'une de ses commissions de se prononcer sur les lignes directrices d'un mandat de négociation préalable n'a pas trouvé grâce à ses yeux⁸⁷. C'est un constat identique qui a conduit, lors du remplacement de l'aCConv par la CoParl (voir, pour ces conventions-cadres intercantionales, *supra* N 234 ss), à l'abandon de la règle intercantonale – prévue à l'art. 4 aCConv, mais considérée comme impraticable et inefficace⁸⁸ – selon laquelle,

⁸³ Voir, au niveau fédéral, ATF 139 V 263, consid. 7.2 : « *Es liegt in der alleinigen Kompetenz des Bundesrates, Vertragsverhandlungen aufzunehmen und völkerrechtliche Verträge abzuschliessen.* »

⁸⁴ Voir, pour cette constatation au niveau fédéral, BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 530.

⁸⁵ CGSO (2010), p. 7.

⁸⁶ COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 1366.

⁸⁷ COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 1359 et 1366.

⁸⁸ Cf. l'avis de droit rapporté d'ANDREAS AUER, in: CONSEIL D'ETAT/FR (2006), p. 630; THIERRY CHAROLLAIS, Interpellation urgente écrite concernant le futur Accord-cadre intercantonal (ACI) : peuple et parlements cantonaux écartés de la détermination du nouveau droit intercantonal (IUE 119), déposé le 22 septembre 2004 devant le Grand Conseil genevois.

lors de négociations de conventions intercantionales, les gouvernements cantonaux devaient consulter les commissions parlementaires cantonales des affaires extérieures sur les lignes directrices du mandat de négociation, avant de les arrêter ou de les modifier. Une telle règle existe encore en droit cantonal genevois, mais, en pratique, cette procédure de consultation n'est pas appliquée par le Conseil d'État⁸⁹. Le Parlement ne s'en plaint pas à notre connaissance.

401 *L'information et la participation du parlement.* – L'existence d'un monopole de représentation et de négociation en faveur des exécutifs cantonaux sur un plan externe ne signifie pas que les parlements ne peuvent pas se prononcer sur la politique extérieure du canton, en particulier lors de l'élaboration des conventions intercantionales.

Tout d'abord, les parlements jouissent du droit fondamental d'être informés de la politique extérieure menée par leurs gouvernements, ce qui inclut le droit d'être informés de leurs projets de conventions. Ce droit représente bien évidemment la « base minimale » de la participation parlementaire dans ce domaine⁹⁰. En outre, le droit cantonal reconnaît très souvent des droits de participation directe des parlements, parfois même à un niveau constitutionnel, les parlements pouvant par exemple enjoindre les gouvernements à conclure ou à dénoncer une convention de même que prendre position sur une convention en cours d'élaboration. La constitution cantonale neuchâteloise, tout comme la constitution cantonale fribourgeoise, dispose ainsi que le Grand Conseil peut « inviter » le Conseil d'État à engager des négociations en vue de la conclusion d'un traité, ainsi qu'à dénoncer un traité existant⁹¹.

⁸⁹ Cf. art. 230A al. 5 de la loi genevoise portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985 (LRGC GE; RSG B 1 01) et GRAND CONSEIL GE (2013), p. 92.

⁹⁰ CDC (2005), p. 2. Il est d'une certaine manière évident que les parlements cantonaux doivent être tenus au courant des activités des gouvernements cantonaux en matière de relations extérieures pour, le cas échéant, exercer de manière adéquate leurs propres compétences dans ce domaine. L'information des parlementaires tend également plus généralement à assurer une certaine publicité de l'activité des gouvernements. L'importance du devoir d'information est d'ailleurs consacrée tant par l'ACI que la CoParl (cf. art. 4 ACI et art. 3 CoParl). Ce devoir d'information du gouvernement – et le droit d'être informé du parlement – est également très souvent consacré par les constitutions cantonales – comme dans les cantons de Neuchâtel, de Fribourg et de Genève – et/ou par les lois cantonales (voir art. 70 al. 3 Cst. NE et art. 93 al. 3 de la loi neuchâteloise d'organisation du Grand Conseil du 30 octobre 2012 [OGC NE; RSN 151.10]; art. 114 Cst. FR et art. 10 et 17 de la loi fribourgeoise concernant les conventions intercantionales du 11 septembre 2009 [LConv FR; RSF 121.3]; art. 93 et 111 al. 2 Cst-GE; 51^{bis} LOCPR VS; art. 56 LGC BE). Dans les autres cantons, on peut également le déduire directement du pouvoir de haute surveillance du parlement.

⁹¹ Art. 56 al. 2 Cst. NE et art. 100 al. 3 Cst. FR.

De même, la plupart des législateurs cantonaux romands – bernois y compris, jurassien excepté⁹² – prévoient que, lors de l'élaboration d'une convention non soumise à la CoParl, la commission parlementaire compétente en matière d'affaires extérieures est informée et, le cas échéant, peut prendre position pendant ou après les négociations, mais avant la signature de la convention⁹³. Les autres cantons suisses connaissent souvent des dispositions analogues, tant au niveau légal que constitutionnel⁹⁴.

Les droits des parlements selon la CoParl. – Pour les cantons romands, le renforcement des pouvoirs du parlement dans la procédure d'élaboration, d'exécution et de modification des conventions intercantionales résulte avant tout de la CoParl (*supra* N 236). À la teneur du deuxième chapitre de cette convention-cadre, ces cantons – exception faite du canton de Berne – se sont en effet engagés à constituer une commission interparlementaire à chaque fois qu'ils envisagent de conclure une convention intercantonale qui devrait être approuvée par le parlement de deux d'entre eux au moins⁹⁵. Cette commission composée de sept représentants par canton peut prendre position – deux fois au moins⁹⁶ – sur le projet de convention intercantonale préparé par les gouvernements cantonaux⁹⁷. L'intérêt est au moins double. Pour les parlements, une telle procédure

402

⁹² Le canton du Jura est le seul canton romand dont la constitution et la législation ne contiennent aucune disposition sur la question de la participation du législatif en matière de relations extérieures. Une motion parlementaire chargeant le Gouvernement de préparer un projet de loi « qui stipulera[it] que le Législatif doit impérativement être associé aux décisions prises dans le cadre des collaborations intercantionales, de façon qu'il puisse jouer son rôle de contrôle », a pourtant été déposée et acceptée en 2006 (cf. la motion n° 790, Élaborer une loi sur les collaborations intercantionales, déposé par Serge Vifian, in: Journal des débats, Séance du 26 avril 2006, p. 190). Le Gouvernement jurassien a considéré que la motion en question était réalisée par la conclusion de la CoParl et son approbation par le Parlement (cf. GOUVERNEMENT JU [2010], p. 2). On peut toutefois en douter puisque la CoParl n'aménage des règles de participation du Parlement que pour une partie seulement des relations extérieures de canton.

⁹³ Art. 56 LGC BE; art. 93 al. 3 OGC NE; art. 10 s. LConv FR; art. 230A al. 4 LRGC GE; art. 51^{bis} LOCRP VS; art. 61 de la loi vaudoise sur le Grand Conseil du 8 mai 2007 (LGC VD; RSV 171.01)

⁹⁴ Voir notamment art. 85 al. 2 Cst. BS, selon lequel « [l]ors de la préparation de conventions internationales et intercantionales importantes soumises à son approbation, [le Grand Conseil] peut conseiller le Conseil d'État et suivre le travail de ce dernier par l'intermédiaire de ses commissions »; art. 64 al. 3 Cst. BL, selon lequel « [l]ors de la préparation de traités importants qui doivent être soumis à son approbation, il peut instituer des commissions qui conseillent le gouvernement pendant les négociations »; aussi art. 32 al. 3 Cst. GR; art. 72 al. 2 Cst. SO.

⁹⁵ Art. 7 CoParl.

⁹⁶ Art. 9, al. 3, et art. 11 al. 2 CoParl.

⁹⁷ Art. 9 CoParl.

interparlementaire permet de briser la compétence quasi exclusive des gouvernements en matière de négociation. Pour les gouvernements cantonaux, elle permet de détecter les éventuelles divergences politiques et de recueillir une solution consensuelle plus en amont afin d'éviter de devoir procéder à un « système de navette » impraticable entre les parlements lors de la phase de ratification interne de la convention⁹⁸.

403 *La valeur des propositions parlementaires.* – Compte tenu du monopole de représentation et de négociation dont bénéficient les gouvernements cantonaux, les propositions faites par les parlements ou les commissions parlementaires ou interparlementaires n'ont jamais d'effet juridique contraignant sur les gouvernements⁹⁹. Tout au plus ces derniers ont-ils l'obligation d'en tenir compte soit en justifiant les raisons pour lesquelles ils s'en écartent, soit en les portant de manière adéquate à la connaissance de leurs partenaires de négociations. L'absence de force obligatoire, qui est parfois expressément prévue¹⁰⁰, s'impose d'elle-même, même en l'absence de précision légale comme c'est le cas en droit bernois¹⁰¹. Il apparaît évident qu'il n'est pas possible de contraindre un gouvernement cantonal d'entreprendre des négociations dans un sens précis, puisque l'aboutissement de telles négociations dépend également de la volonté des autres cantons envisagés comme partenaires et des circonstances de la négociation¹⁰².

⁹⁸ ZIEGLER (2003), p. 9.

⁹⁹ Pour un aperçu de la question au niveau suisse, cf. LIENHARD ET AL. (2011), p. 72; OECHSLIN (2009), p. 19.

¹⁰⁰ Voir en particulier art. 11 CoParl selon lequel les gouvernements doivent simplement informer de la suite donnée à ses prises de position; dans un sens similaire, art. 61 al. 4 LGC VD; art. 230A al. 5 LRGC GE; aussi art. 11 al. 4 LConv FR : « La prise de position de la Commission ne lie pas le Conseil d'État. Celui-ci la porte toutefois de manière adéquate à la connaissance de ses partenaires à la négociation »; aussi art. 61 al. 4 LGV VD selon lequel le Conseil d'État ne doit informer la commission de la suite donnée à ses prises de position; dans un sens similaire, art. 230A al. 5 LRGC GE.

¹⁰¹ COMM. RÉVISION LGC BE (2013), p. 8 et 25, à propos de l'art. 56 al. 4 LGC BE, lequel prévoit que « [l]es commissions assistent le Conseil-exécutif de leurs conseils pendant la négociation des traités » et qu'« [e]lles peuvent soumettre des propositions matérielles »; NUSPLIGER/MÄDER (2014), p. 540; aussi art. 51^{bis} al. 3 LOC RP VS qui parle de « recommandations »; aussi art. 85 al. 2 Cst. BS et art. 64 al. 3 Cst. BL, qui évoquent une activité de « conseils ».

¹⁰² Voir en particulier COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 1365.

B. Les compétences d'approbation et de dénonciation au niveau cantonal

Plan. – Si le gouvernement cantonal jouit d'une sorte de monopole s'agissant de la représentation du canton, le parlement jouit quant à lui de compétences d'approbation importantes lors de la conclusion de conventions intercantionales (1) et, *a priori*, en cas de dénonciation de ces mêmes conventions également (2). 404

1. L'approbation des conventions intercantionales

Le principe : la nécessité d'une approbation parlementaire. – Les constitutions cantonales fixent généralement la règle de base selon laquelle il appartient à l'autorité législative – en principe le parlement cantonal – d'approuver les conventions intercantionales¹⁰³. Le droit constitutionnel ne pourrait pas faire autrement sans risquer de violer l'exigence qui est faite à chaque canton de se doter d'une constitution démocratique et de prévoir une procédure démocratique d'adoption des décisions et des règles de droit importantes¹⁰⁴. 405

La forme de l'acte d'approbation parlementaire. – Les parlements cantonaux utilisent divers instruments pour approuver l'adhésion à une convention intercantionale¹⁰⁵. Par exemple, dans les cantons de Vaud, de Neuchâtel et du Jura, l'acte d'approbation prend généralement la forme d'un acte individuel et concret, en l'occurrence celle d'un « décret » parlementaire dans les deux premiers cantons et celle d'un « arrêté » parlementaire dans le dernier¹⁰⁶. En revanche, dans les cantons de Genève, du Valais et de Fribourg, l'acte d'approbation de la convention doit prendre la forme d'une « loi » formelle, du moins lorsque la convention contient des règles de droit, permettant ainsi qu'il soit soumis à référendum facultatif (sur la question *infra* N 460 s.)¹⁰⁷. Enfin, le Grand Conseil bernois approuve les conventions intercantionales soit par le biais d'une loi, soit par celui d'un arrêté, selon que celles-ci requièrent ou non l'adoption de normes d'exécution cantonales¹⁰⁸. 406

¹⁰³ Voir, pour les cantons romands, art. 103 al. 2 Cst-VD; art. 84 let. b Cst. JU; art. 56 al. 1 Cst. NE; art. 100 al. 2 Cst. FR; art. 93 al. 1 Cst-GE; art. 38 al. 2 Cst. VS; art. 74 al. 2 ConstC BE.

¹⁰⁴ Voir notamment MARTENET (2011), p. 176 et références constitutionnelles citées.

¹⁰⁵ Voir, entre autres, SCHWEIZER (1973), p. 140 s.

¹⁰⁶ Voir art. 110 al. 1 let. b Cst-VD; art. 43 al. 3 let. e Cst. NE; art. 1 de la LC (jurassienne) sur l'approbation des traités, concordats et autres conventions (RSJU 111.1).

¹⁰⁷ Voir art. 93 al. 1 Cst-GE; art. 41 al. 1 LOC RP VS; art. 13 al. 3 LConv FR.

¹⁰⁸ Voir JCE BE (2000), point 3 du module 3.

L'exception : les conventions d'importance mineure. – La nécessité d'une approbation parlementaire ne vaut pas de manière absolue. La plupart des constitutions cantonales – romandes à tout le moins, sous réserve de quelques exceptions – autorisent en effet les gouvernements cantonaux à conclure seuls des conventions de portée mineure¹⁰⁹.

C'est ainsi que la constitution cantonale jurassienne dispose très généralement que le Gouvernement jurassien peut conclure seul des conventions « portant sur des matières d'ordre mineur »¹¹⁰. Quant aux droits bernois et fribourgeois, ils octroient également aux exécutifs cantonaux la compétence de conclure des conventions d'« importance mineure »¹¹¹. Enfin, l'art. 121 al. 3 Cst-VD prévoit que le Conseil d'État vaudois peut conclure seul des « contrats administratifs » avec d'autres cantons¹¹², alors que l'art. 93 al. 3 Cst-GE prévoit que le Conseil d'État genevois peut le faire concernant des « sujets de rang réglementaire »¹¹³.

L'attribution d'une compétence limitée aux gouvernements cantonaux exprime à chaque fois la même règle : les parlements cantonaux doivent approuver les mesures importantes prises à un niveau intercantonal qu'ils devraient approuver – ou plutôt adopter – si elles n'étaient pas prises à un tel niveau, mais simplement au niveau cantonal. Autrement dit, ils ne doivent pas être dépos-

¹⁰⁹ MARTENET (2011), p. 176.

¹¹⁰ Art. 92 al. 2 let. a Cst. JU.

¹¹¹ Voir art. 88 al. 4 ConstC BE ; art. 100 al. 2 Cst. FR en lien avec l'art. 7 al. 1 LConv FR. La constitution cantonale bernoise prévoit certes la condition supplémentaire selon laquelle la convention intercantonale doit être « dénonçable à court terme » pour ressortir de la compétence exclusive du Conseil-exécutif. Toutefois, le constituant bernois n'a fait ici que s'inspirer de la pratique qui existait au niveau fédéral pour qualifier à l'époque une convention internationale « d'importance mineure » (cf. COMM. CONSTC BE [1992], p. 115; BOLZ [1995/I], N 13 ad art. 88 ConstC BE).

¹¹² La notion de « contrat administratif » en droit vaudois n'est pas claire. On peut prétendre l'interpréter de manière restrictive et l'assimiler à celle d'accord essentiellement technique (cf., dans ce sens, CONSEIL D'ÉTAT VD [2007], p. 8490), également DÉPRAZ [2004], p. 256). Il serait également possible de l'interpréter plus largement, à l'instar de la notion de « contrat de droit administratif » inscrite à l'art. 107b LC VD (*infra* N 417). Le législateur vaudois semble toutefois avoir clarifié la question à l'art. 121b de la loi vaudoise sur l'organisation du Conseil d'État du 11 février 1970 (LOCE VD; RSV 172.115), lequel autorise le Conseil d'État vaudois à conclure seul certaines conventions « de portée mineure ».

¹¹³ On précisera notamment qu'il est reconnu que le gouvernement genevois peut également conclure seul certaines conventions de type purement obligationnel, comme de petits échanges de prestations entre cantons, même lorsque la constitution cantonale ne parle que de « conventions de rang réglementaire » (cf. les propos de M. David Lachat, in: Mémorial de la Constituante [genevoise], Session [n° 35] du 6 octobre 2011, p. 8685).

sédés de leur droit de se prononcer sur des mesures cantonales importantes par le truchement de conventions intercantionales¹¹⁴.

En droit neuchâtelois et valaisan. – Qu'en est-il dans les cantons qui ne connaissent aucune norme générale attribuant au gouvernement cantonal le droit de conclure seul certaines conventions intercantionales normatives de niveau réglementaire ou de moindre importance ? Par exemple, le législateur neuchâtelois – peut-être même sans en être conscient – n'a toujours pas adopté une norme dans ce sens, bien que la constitution cantonale le lui en donne expressément le droit¹¹⁵. Quant à la constitution cantonale valaisanne, elle dispose de manière à peine moins restrictive que le Conseil d'État ne peut en aucun cas conclure seul une convention qui engendrerait des dépenses relevant de la compétence du Grand Conseil ou, simplement, qui renfermerait des règles de droit¹¹⁶. Il est vrai que l'on admet largement la règle – presque coutumière – selon laquelle, même en l'absence de règle constitutionnelle expresse en ce sens, le gouvernement cantonal peut se prévaloir d'une compétence de conclure seul certaines conventions intercantionales, compétence qui serait déduite, implicitement, de son pouvoir réglementaire inscrit constitutionnellement¹¹⁷. Une telle règle ne vaut toutefois que pour autant que la constitution cantonale ne renferme aucune disposition définissant les conventions intercantionales dont la conclusion relève de la compétence exclusive du gouvernement cantonal, ce qui n'est précisé – pas le cas dans les cantons de Neuchâtel et du Valais¹¹⁸. Par conséquent, dans ces deux cantons, le gouvernement devrait pouvoir se fonder sur une délégation de pouvoir expresse pour conclure seul une convention intercantonale normative.

La notion de « convention d'importance mineure ». – Il n'est pas forcément évident de délimiter les conventions intercantionales que le parlement cantonal

408

¹¹⁴ Cf., expressément dans ce sens, CONSEIL D'ÉTAT VD (2007), p. 8491. On peut également formuler le principe selon une perspective gouvernementale – comme le fait l'art. 7 al. 1 LConv FR – en ce sens que l'autorité exécutive cantonale « approuve l'adhésion aux conventions de moindre importance, c'est-à-dire celles qui portent sur des objets qui, en droit cantonal, relèveraient de sa compétence »; aussi ATF 96 I 210, consid. 2.

¹¹⁵ Cf. art. 9 al. 1 LCE NE qui dispose que le Conseil d'État soumet les conventions à l'approbation du Grand Conseil « à moins qu'une loi ou un traité approuvé par le Grand Conseil n'en dispose autrement », reprenant en cela exactement les termes de l'art. 70 al. 2 Cst. NE.

¹¹⁶ Cf. art. 54 ch. 5 Cst. VS, *a contrario*, selon lequel le Conseil d'État soumet au Grand Conseil les conventions « qui renferment des règles de droit ou engendrent des dépenses relevant de sa compétence » (« *die Rechtsnormen enthalten oder die in seine Zuständigkeit fallende Ausgaben zur Folge haben* »; cf. aussi art. 41 al. 1 LOCRP VS; dans le même sens, MARTE-NET [2011], p. 184).

¹¹⁷ ATF 97 I 241, consid. 2; Tribunal fédéral, arrêt 1A.183/1998 du 30 mars 1999, consid. 3, in: SJ 1999 I, p. 433; WALDMANN (2005/I), p. 18; HÄNNI (1998), p. 664; BOLZ (1995/I), N 13 ad art. 88 ConstC BE; HANGARTNER (1980), p. 81; SCHWEIZER (1973), p. 147 s.

¹¹⁸ Dans ce sens expressément, HÄNNI (1998), p. 664. Dans un sens similaire, on considère que l'art. 166 al. 2 Cst. – dont le constituant neuchâtelois s'est d'ailleurs inspiré pour rédiger l'art. 70 al. 2 Cst. NE (voir COMM. « CONSTITUTION » NE [1999], p. 78) – a mis un terme à la possibilité pour le Conseil fédéral d'invoquer son pouvoir réglementaire pour justifier sa compétence de conclure seul certaines conventions internationales comme il le faisait avant la révision totale de la Constitution fédérale (cf. BIAGGINI [2017], N 13 ad art. 166 Cst.; AU-BERT [2003], N 19 ad art. 166 Cst.).

doit approuver de celles qui peuvent être conclues exclusivement par le gouvernement cantonal. Autrement dit, dans les cantons où le gouvernement peut conclure seul des conventions d'« importance mineure », la question délicate reste de savoir à partir de quel stade une convention intercantonale ne revêt plus une telle importance. Si le gouvernement jouit à cet égard d'un certain pouvoir d'appréciation¹¹⁹, il doit néanmoins tenir compte des principes suivants.

Pour pouvoir être conclue sans approbation du parlement cantonal, la convention ne doit pas contenir de règles ou prévoir des mesures qui, si elles étaient adoptées sur un plan cantonal uniquement, devraient être prévues par une loi au sens formel¹²⁰. Il s'agit là non seulement de respecter le principe de légalité, mais également la garantie des droits politiques (sur la question, *infra* N 505 ss et 460). De même, la convention ne doit pas entraîner des dépenses nouvelles qui, compte tenu de leur montant, devraient être décidées par le parlement cantonal. Enfin, il s'agit pour le gouvernement cantonal de tenir compte du fait que la durée du délai de dénonciation d'une convention intercantonale influence évidemment l'importance de celle-ci¹²¹ et qu'il sied de privilégier la procédure la plus démocratique lorsque subsiste un doute sur la portée de la convention¹²².

¹¹⁹ Cf. ABDERHALDEN (1999/II), p. 5; cf., pour cette affirmation au niveau fédéral, SÄGESSER (2007), N 21 et 32 LOGA.

¹²⁰ Cf., entre autres, ATF 96 I 210, consid. 4-5; DAJ GE (2013), p. 7-9; COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 6 s.

¹²¹ En effet, un long délai de dénonciation restreint la liberté d'action politique du parlement, lequel ne peut pas demander la modification de la convention par une simple motion ou modifier celle-là, indirectement, par l'adoption d'une loi cantonale. C'est pour cette raison que, même lorsqu'une convention contient des règles de niveau réglementaire, elle doit être approuvée par le parlement si elle ne peut être dénoncée à court terme. Comme nous l'avons déjà mentionné, cette règle est expressément prévue par la constitution cantonale bernoise, étant précisé que la doctrine considère parfois à ce sujet qu'une convention « dénonçable à court terme » est une convention dénonçable dans le délai d'une année au maximum (cf. BOLZ [1995/I], N 2 ad art. 88 ConstC BE). Elle s'impose à notre sens également dans les autres cantons (voir d'ailleurs l'art. 100 al. 2 Cst. FR selon lequel le Grand Conseil peut déléguer la compétence d'approuver les conventions intercantionales au Conseil d'État « pour les actes dénonçables à court terme ou de moindre importance », de même que, dans un certain sens, l'art. 141 al. 1 let. d ch. 1 Cst. qui prévoit que les traités internationaux de durée indéterminée non dénonçables sont soumis à référendum facultatif).

¹²² MARTENET (2011), p. 196. Le Conseil d'État vaudois prétend d'ailleurs avoir la tendance naturelle d'user de ses compétences de manière restrictive et de privilégier l'introduction de normes de délégation spécifiques dans les lois spéciales (cf. CONSEIL D'ÉTAT VD [2007], p. 8491).

2. La dénonciation des conventions intercantionales

L'absence de règle explicite. – Si l'approbation des conventions intercantionales ou celle de leur modification – voire de leur abrogation – ne pose pas de véritables problèmes théoriques, il en va autrement de celle de leur dénonciation unilatérale par l'un des cantons partenaires.

409

On aurait pu imaginer que les constitutions cantonales – comme celles de certains cantons alémaniques¹²³ – contiennent une disposition selon laquelle la dénonciation d'une convention intercantonale doit être approuvée par le parlement cantonal. Toutefois, à l'instar de la Constitution fédérale, la majorité des constitutions cantonales ne règle pas expressément la question de savoir quel organe cantonal est compétent pour dénoncer une convention intercantonale. Les constitutions cantonales romandes appartiennent à ce groupe.

Le pouvoir de demander la dénonciation. – Tout au plus les constituants fribourgeois et neuchâtelois ont-ils consacré la règle selon laquelle le parlement cantonal peut inviter le gouvernement à dénoncer un traité existant¹²⁴. S'il est possible de déduire de cette réglementation le principe – de toute manière incontesté – selon lequel il appartient à l'exécutif de procéder à la déclaration de dénonciation, il n'est pas possible de déterminer aisément sur cette base si l'exécutif peut décider d'y procéder sans l'accord du législatif.

L'absence de jurisprudence. – Les tribunaux suisses ne se sont, à notre connaissance, jamais prononcés directement sur la question de la procédure à suivre et de la répartition interne des compétences en cas de dénonciation d'un traité ou d'une convention¹²⁵. Certes, le Tribunal fédéral a déjà considéré qu'il était de la seule compétence du gouvernement fédéral – c'est-à-dire du Conseil fédéral – de renoncer au renouvellement d'une convention avec le Kosovo conclue initialement avec l'(ex-)République Populaire Fédérative de Yougoslavie¹²⁶. Dans cette affaire, il ne s'est toutefois pas prononcé sur la question d'une éventuelle dénonciation d'une convention internationale valable, mais bien sur la question de l'ouverture ou non de négociations avec un nouvel État sécessionniste en vue de la reprise de certaines conventions qui n'étaient plus applicables¹²⁷.

410

¹²³ Art. 53 al. 4 Cst. SH; art. 65 let. c Cst. SG; art. 74^{bis} al. 2 Cst. AR; art. 27 al. 3 Cst. AI.

¹²⁴ Voir art. 100 al. 3 Cst. FR ainsi qu'art. 56 al. 2 Cst. NE.

¹²⁵ Voir toutefois ATF 58 I 307, consid. 2, où le Tribunal fédéral laisse entendre en passant qu'il appartiendrait en principe à l'Assemblée fédérale de se prononcer sur une éventuelle dénonciation d'un accord international.

¹²⁶ ATF 139 V 263, consid. 7.2.

¹²⁷ Voir, plus précisément, Tribunal fédéral, arrêt 9C_53/2013 du 6 août 2013, consid. 3.2: « *Das Sozialversicherungsabkommen wurde im Verhältnis zu Kosovo jedoch nicht gekündigt. Vielmehr ist ein solches zwischen der Schweiz und dem Neustaat Kosovo nicht zustande gekommen (...).* »

Dans la même affaire, le Tribunal administratif fédéral, comme instance judiciaire précédente, s'était quant à lui limité à rappeler la controverse existant sur le sujet, reconnaissant tout au plus que l'acceptation d'une compétence exclusive du Conseil fédéral lors de la dénonciation d'une convention internationale pourrait être « problématique »¹²⁸.

411 *Un problème d'interprétation.* – La question de savoir quelle autorité est compétente à l'interne pour décider de la dénonciation d'un traité ou, du moins, celle de savoir si un exécutif cantonal peut y procéder sans approbation parlementaire préalable dépend de l'interprétation que l'on fait de la constitution cantonale.

On peut imaginer que l'absence de réglementation représente un *silence qualifié* du constituant qui n'aurait pas entendu déroger à la règle de base selon laquelle l'aménagement des relations extérieures et la représentation du canton est en principe du ressort du gouvernement. Une telle conclusion pourrait se fonder sur une interprétation *a contrario* des textes constitutionnels qui reconnaissent une compétence parlementaire expresse uniquement au moment de la conclusion d'une convention. Elle pourrait aussi se fonder sur l'idée qu'une dénonciation représente une sorte de « retour de souveraineté » qui libère le canton de ses obligations. C'est ainsi que les gouvernements et leurs administrations soutiennent traditionnellement que la dénonciation de conventions internationales ou intercantionales relève de la compétence de l'autorité exécutive¹²⁹. Ils peuvent s'appuyer sur une partie de la doctrine qui soutient une telle opinion, à tout le moins sur le plan fédéral¹³⁰.

Toutefois, on peut également imaginer l'hypothèse inverse, c'est-à-dire que les constitutions cantonales contiennent en réalité une véritable *lacune* – et non un silence qualifié – sur la question de l'autorité cantonale compétente pour

¹²⁸ Tribunal administratif fédéral, arrêt C-4828/2010 du 7 mars 2011, consid. 4.4.5: « *So hat der Bundesrat gemäss Art. 184 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) die Kompetenz, völkerrechtliche Verträge zu unterzeichnen und zu ratifizieren. Er unterbreitet sie der Bundesversammlung zur Genehmigung. Ob der Bundesrat -- wie hier -- die Nichtweiterführung eines laufenden völkerrechtlichen Vertrags durch einseitigen Akt ohne Mitwirkung der Bundesversammlung beschliessen kann, ist nicht ausdrücklich geregelt und mit Blick auf Art. 166 Abs. 1 BV, wonach sich die Bundesversammlung an der Gestaltung der Aussenpolitik beteiligt und die Pflege der Beziehungen zum Ausland beaufsichtigt, jedenfalls problematisch und in der Lehre umstritten. So kann die Kündigung wichtiger internationaler Verträge bedeutende Auswirkungen auf die schweizerische Aussenpolitik haben (...).* »

¹²⁹ Dans ce sens, au niveau cantonal, DAJ GE (2013), p. 21; au niveau fédéral DDIP (2010), N 120; OFJ/DDIP (2006), let. F.

¹³⁰ Cf. HÄFELIN ET AL. (2016), N 1659 et 1915a; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 1340; HÄFELIN/HALLER/KELLER (2012), N 1911a; GRISEL (2004), N 926; MAHON (2003), N 6 ad art. 184 Cst.

dénoncer une convention intercantonale. Or, en cas de lacune, il conviendrait d'appliquer le principe du parallélisme des formes et de l'*actus contrarius* (sur la question, *supra* N 385)¹³¹. Cela signifierait dans ce cas que les parlements cantonaux sont compétents pour dénoncer les conventions intercantionales qu'ils ont approuvées.

L'interprétation contemporaine. – En l'absence de normes réglant expressément la problématique de la dénonciation des conventions intercantionales en droit constitutionnel cantonal, il convient d'interpréter celui-ci en utilisation les méthodes habituelles afin de déterminer la position à adopter.

À cet égard, il faut bien admettre qu'aujourd'hui la problématique des conventions intercantionales n'est plus exactement la même que par le passé. La dénonciation d'une convention intercantonale ne représente pas forcément un regain de souveraineté, bien au contraire. Comme nous l'avons vu, on peut considérer que les cantons renforcent leur souveraineté en collaborant en vue d'assurer le bien-être de leur population. C'est pourquoi d'ailleurs le nombre de conventions intercantionales normatives et, de manière générale, l'influence des relations intercantionales et des organisations intercantionales sur les affaires cantonales se sont fortement développés ces dernières décennies (sur la question, *supra* N 20 et 278 ss). Cette importance croissante de la politique extérieure a conduit, parallèlement, à l'élargissement des compétences et des droits des parlements cantonaux – voire du corps électoral – en la matière (*supra* N 231 et *infra* N 458 ss). Certaines prérogatives parlementaires font même l'objet de conventions-cadres intercantionales, telles que l'ACI ou la CoParl, conventions que l'on imagine mal être dénoncées par un exécutif cantonal.

En somme, le contexte politique et juridique entourant la question des conventions intercantionales a profondément évolué, de sorte qu'il convient probablement d'apprécier celle de leur dénonciation avec un regard original et nouveau et de remettre en question la conception traditionnelle ancienne selon laquelle la dénonciation des traités interétatiques constituerait une prérogative exclusive des autorités exécutives (sur l'interprétation contemporaine du droit, *supra* N 257)¹³².

¹³¹ Cf. notamment CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2011), p. 5 : « Étant donné que le Grand Conseil est compétent pour approuver la convention, il doit également l'être pour la dénoncer le cas échéant »; COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 1364; JAAG (2013), p. 778; KÜNZLI (2009), p. 62.

¹³² L'administration fédérale, elle-même, semble d'ailleurs aujourd'hui reconnaître le principe selon lequel une approbation parlementaire, voire une soumission au référendum pourraient être nécessaires pour dénoncer les traités internationaux (cf., notamment, DDIP [2010], N 121; OFJ/DDIP [2006], let. F; sur la question de manière générale, BRUNNER B. [2014], p. 90-95).

413 *L'interprétation systématique.* – Rappelons ensuite que l'on déduit déjà de la compétence des parlements cantonaux en matière de conclusion de conventions intercantionales, celle d'approuver leurs éventuelles modifications. Sur-tout, l'on en déduit même celle d'approuver leur éventuelle abrogation¹³³. Or, on voit mal ce qui différencie, sur le plan interne, l'abrogation d'une convention de sa dénonciation¹³⁴. Tant l'une que l'autre conduit à la perte des droits que consacrait la convention, étant ajouté que le second procédé peut en plus provoquer de graves remous politiques en matière de relations extérieures. La dénonciation représente en ce sens un acte politique encore plus important que l'abrogation d'une convention si bien qu'il conviendrait logiquement de la soumettre à une procédure bénéficiant d'une légitimité démocratique identique, si ce n'est meilleure.

414 *La recherche d'une concordance pratique.* – Enfin, le droit intercantonal a pratiquement acquis une place aussi importante que le droit cantonal dans la mesure où les conventions intercantionales ne sont plus uniquement de type obligationnel¹³⁵. Plus particulièrement, la dénonciation de certaines conventions cantonales peut conduire à la perte de droits ou avantages qui profitaient jusqu'alors à la population. Aujourd'hui plus qu'hier, comme l'a dit HOTTELIER lors d'une séance de la dernière constituante genevoise, « [I]es conventions intercantionales ne sont rien d'autre que des lois qui unifient des domaines du droit entre différents cantons »¹³⁶.

À partir de là, déduire une éventuelle compétence générale et exclusive des gouvernements cantonaux de dénoncer les conventions intercantionales de ses compétences en matière de relations extérieures s'oppose à la compétence générale du parlement d'adopter les règles de droit importantes. Cette opposition entre plusieurs règles et principes constitutionnels doit être résolue selon une concordance pratique (sur la question, *supra* N 260) respectueuse du principe de la séparation des pouvoirs et, plus particulièrement, du principe du respect

¹³³ Dans ce sens apparemment, DAJ GE (2013), p. 19; pour un exemple, l'abrogation par le Parlement jurassien de l'arrêté portant adhésion de la République et Canton du Jura à la convention intercantonale sur le contrôle des médicaments, in: Journal des débats – n° 6, Séance du 25 avril 2007, p. 149.

¹³⁴ On précisera ici que l'acte de dénonciation est similaire à l'abrogation d'une loi. L'art. 13 al. 5 LConv FR prévoyant notamment qu'il doit être « publié conformément à la législation sur la publication des actes législatifs ». D'ailleurs, l'acte prendra le plus souvent la forme d'une loi si l'adhésion à une convention a été l'œuvre du Grand Conseil (COMM. PARL. LCONV FR [2009], p. 1364; aussi JAAG [2013], p. 778).

¹³⁵ Dans ce sens au niveau fédéral, BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 530 s.; KÜNZLI (2009), p. 62.

¹³⁶ Propos tenus par Michel Hottelier, in : Mémorial de la Constituante (genevoise), Session (n° 35) du 6 octobre 2011, p. 8687.

du rôle général de chaque autorité qui en est déduit (sur ce principe, *supra* N 386).

Conclusion. – Il semble donc bien que, d'un point juridique, une convention intercantonale approuvée par un parlement cantonal ne puisse être dénoncée qu'avec l'accord de celui-ci¹³⁷. C'est d'ailleurs ce que retient la majorité des auteurs de doctrine¹³⁸. L'absence de réglementation constitue donc bien une lacune constitutionnelle, et non un silence qualifié.

415

L'exemple du droit lucernois. – Dans le canton de Lucerne, lors de la dernière révision totale de la constitution cantonale, l'on a même abandonné l'ancienne disposition constitutionnelle attribuant expressément la compétence de dénoncer les conventions inter-cantionales au parlement cantonal ; on a considéré qu'elle prévalait de toute manière implicitement¹³⁹.

C. La répartition des compétences au niveau communal

Le monopole de représentation et de négociation des exécutifs. – Au niveau communal, la répartition des compétences en matière de relations extérieures, ou – faudrait-il dire – en matière de collaboration intercommunale, est similaire à celle qui prévaut au niveau cantonal.

416

Il appartient en principe à l'exécutif communal d'agir au nom et pour le compte de la commune dans la mesure où celui-là jouit du pouvoir de la représenter¹⁴⁰. L'exécutif communal dispose ainsi d'un monopole de négociation et de représentation, ce pour les mêmes raisons qui justifient un tel monopole au niveau cantonal. Comme l'a déjà rappelé la Cour constitutionnelle vaudoise, « [l]a solution contraire (...) aurait pour conséquence de déplacer la phase de

¹³⁷ Voir d'ailleurs, à titre de comparaison, le rapport explicatif sur l'avant projet de loi fédérale sur les compétences en matière de conclusion, de modification et de dénonciation des traités internationaux mis en consultation par la Commission des institutions politiques du Conseil des États, publié après le dépôt de la présente thèse (cf. CIP-E [2017], p. 5-13).

¹³⁸ Cf. SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 21 ad art. 48 Cst.; Komm. KV ZH-HAUSER (2007), N 17-20 ad art. 54 Cst. ZH; Komm. KV ZH-HÄNER (2007), N 5 ad art. 69 Cst. ZH; DUBACH (2004), ad art. 53 Cst. SH, p. 163; BRUNNER (2000), p. 126; BOLZ (1995/I), N 13 ad art. 88 ConstC BE qui considère quant à lui que la constitution cantonale bernoise laisse la question de la compétence en matière de dénonciation ouverte, mais « n'exclut pas d'attribuer celle-ci au Conseil-exécutif »; dans le même sens au niveau fédéral, cf. BSK BV-KÜNZLI (2015), N 27 ad art. 184 Cst.; BSK BV-EPINEY (2015), N 15 ad art. 166 Cst.; Komm. BV-THÜRER/ISLIKER (2014), N 57 ad art. 166 Cst.; BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 539-542; *contra* JENNY (2008), p. 288.

¹³⁹ Cf. Komm. KV LU-KOCH (2010), N 18 ad § 48 Cst. LU.

¹⁴⁰ Cf., expressément, art. 60 al. 1 et art. 108 al. 2 LCo FR; art. 88 al. 1 LCom JU; art. 50 al. 1 LAC GE; art. 30 ch. 1 LCo NE; aussi sur la question, art. 58 let. e GG SH; GUY-ÉCARBERT (2004), p. 97.

négociation au niveau de chaque commune appelée à participer à l'association de communes, avec tous les obstacles que cela suppose, particulièrement dans un cas où (...) le cercle des communes intéressées est très large »¹⁴¹. Ce n'est dès lors que rarement que le droit cantonal aménage un droit du législatif communal à s'immiscer dans la négociation de conventions intercommunales qui sont formellement conclues par l'exécutif¹⁴².

417 *L'approbation des conventions en droit cantonal.* – En revanche, le droit cantonal prévoit régulièrement que le législatif communal dispose de la compétence d'approuver les conventions intercommunales, à tout le moins lorsque celles-ci sont d'importance¹⁴³. L'exécutif communal peut tout au plus conclure seul les conventions intercommunales de moindre importance¹⁴⁴.

L'exemple des droits vaudois et valaisan. – Le droit cantonal vaudois est sur ce point parfaitement illustratif. La constitution cantonale pose le principe selon lequel le législatif communal « se prononce sur les collaborations intercommunales »¹⁴⁵. La législation cantonale reconnaît cependant aux exécutifs le droit de déléguer certaines de leurs attributions par « *contrat de droit administratif* »¹⁴⁶. L'idée est que l'exécutif communal puisse organiser régionalement des tâches administratives simples (scolarité, parcage, etc.)¹⁴⁷. Quant au droit valaisan, il attribue, selon une logique inverse, la compétence générale de conclure des conventions intercommunales à l'organe exécutif communal, tout en réservant les compétences – notamment réglementaires et financières – de l'organe législatif communal¹⁴⁸. L'idée qui sous-tend les deux réglementations est que la conclusion des conventions doit respecter la répartition interne des compétences.

¹⁴¹ Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST.2011.0008 du 12 juin 2012, consid. 6.

¹⁴² Cf., dans ce sens, Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 16 ad art. 91 Cst. ZH; voir cependant, dans le canton de Vaud, art. 110 et art. 113 LC VD.

¹⁴³ Voir Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 17 ad art. 91 Cst. ZH; MÜLLER M. (1999), N 5 ad art. 5 LCo BE.

¹⁴⁴ Cf. BAUMANN (2017), p. 130, lequel souligne que l'exécutif jouit à cet égard d'un pouvoir d'appréciation; THALMANN (2002), N 3.6.2 ad § 7 GG ZH.

¹⁴⁵ Art. 146 al. 1 let. c Cst-VD.

¹⁴⁶ Art. 107b LC VD. L'art. 20 al. 2 let. h GG AG va dans le même sens, puisqu'il prévoit que l'assemblée communale, respectivement le parlement communal décide « *die Genehmigung (...) von Gemeindeverträgen, deren Folgen für die Gemeinden oder unmittelbar deren Einwohner von erheblicher finanzieller Bedeutung sind* ».

¹⁴⁷ Voir la présentation faite à l'Association pour le Développement du Nord Vaudois par Jean-François Bastian, Chef du Service des communes et du logement, le 30 octobre 2013, document consulté sur www.adnv.ch, le 31 décembre 2014; p. ex., l'art. 4 des directives municipales de la commune de Renens sur le stationnement privilégié des résidents et autres ayants droit sur la voie publique du 10 avril 2010.

¹⁴⁸ Art. 112 al. 1 et 2 LCo VS; voir aussi l'art. 1^{er} art. 61 al. let. g GG SG qui prévoit que le parlement communal approuve les « *allgemein verbindliche Vereinbarungen* » de même que l'art. 10 let. b ch. 3 GG LU qui dispose que le législatif communal doit approuver les « *rechtsetzend[e] Verträge sowie d[ie] Übertragung von hoheitlichen Befugnissen an Dritte, soweit nicht der Gemeinderat durch einen Rechtssatz als zuständig erklärt wird* ».

L'approbation des conventions en l'absence de règle expresse. – Le principe présenté dans le paragraphe précédent s'applique de la même manière aux autres droits cantonaux qui sont silencieux sur la question des autorités communales compétentes pour conclure et modifier d'éventuelles conventions intercommunales ou qui disposent, tout au plus, que le législatif communal – voire le corps électoral communal – doit approuver la création d'un syndicat de communes, respectivement l'adhésion de leur commune à un tel syndicat¹⁴⁹. Dans ces cantons-là également, les conventions intercommunales importantes de rang législatif – ou simplement de longue durée¹⁵⁰ – ne peuvent être conclues par l'exécutif communal seul, à moins, bien entendu, que ce dernier ne puisse se prévaloir d'une délégation législative en ce sens¹⁵¹. Il s'agit, comme au niveau cantonal, de respecter la répartition des compétences qui prévaudrait si la réglementation intercommunale devait uniquement faire l'objet d'une réglementation communale interne¹⁵².

418

La dénonciation des conventions. – Enfin, lorsque le droit cantonal ne contient aucune règle expresse sur le sujet, l'éventuelle dénonciation d'une convention intercommunales doit faire l'objet d'une décision de l'autorité communale qui l'a approuvée – c'est-à-dire généralement le parlement communal, voire l'assemblée communale lorsque cette convention contient des règles de droit – en application du principe de parallélisme des formes ou de l'*actus contrarius* (sur la question, *supra* N 385)¹⁵³. C'est en tout cas que ce que retient très largement la doctrine¹⁵⁴ de même que la rare pratique jurisprudentielle¹⁵⁵.

419

III. La décentralisation des compétences et des tâches

Introduction. – Il est habituel que les collectivités publiques choisissent de déléguer une partie de leurs compétences à des organes ou des organisations de

420

¹⁴⁹ Voir d'ailleurs les solutions adoptées expressément par les communes (p. ex. art. 29 ch. 12 du Règlement d'organisation de la commune municipale de Delémont du 10 avril 1988).

¹⁵⁰ Dans ce sens précisément, THALMANN (2002), N 3.6.2 ad § 7 GG ZH.

¹⁵¹ Obergericht SH, arrêt 60/2012/56 du 30 août 2013, consid. 2/b/cc, in: Amtsbericht 2013, p. 1; Regierungsrat SG, décision du 22 décembre 1981, consid. 5e, in: GVP/SG 1981 n° 49, p. 83; REGIERUNGSRAT ZH (2013/I), p. 154; Komm. GG BE-MÜLLER (1999), N 5 ad art. 5 LCo BE; ARTA (1990), p. 316.

¹⁵² Voir Komm. KV ZH-JENNI, N 17 ad art. 17 LCo.

¹⁵³ Le principe général de parallélisme des formes est parfois rappelé expressément par le droit cantonal (cf. p. ex. art. 46 OCo BE : « *Les prescriptions communales sont modifiées ou abrogées selon la procédure applicable à leur édicition.* »).

¹⁵⁴ Cf. notamment BAUMANN (2017), p. 130 s.; ARTA (1990), p. 319; SCHENKER (1986), p. 310; SCHELLENBERG (1975), p. 77; PFISTERER (1969), p. 259; SCHERRER (1966), p. 109 s.

¹⁵⁵ Cf. Regierungsrat OW, décision du 24 avril 2007, consid. 3, in: VVGE-OW 2007/2008 n° 3, p. 8.

droit public externes à l'administration centrale, c'est-à-dire que l'on procède à une « décentralisation » des compétences et des tâches étatiques. Le développement des organisations régionales conventionnelles s'inscrit, d'un point de vue juridique, dans une démarche similaire. On parle parfois de « décentralisation coopérative » lorsque plusieurs collectivités joignent leurs ressources pour exécuter de manière commune une tâche publique qui leur incombe¹⁵⁶. On admet également que les principes de la décentralisation s'appliquent à de telles structures de coopération régionale¹⁵⁷.

La présente thèse, qui entend définir certaines règles d'organisation régionale conventionnelle, passe donc obligatoirement par un rappel du cadre constitutionnel juridique en matière de décentralisation des tâches publiques(A) et des conditions auxquelles cette dernière est soumise (B), ce tant au niveau cantonal qu'au niveau communal (C).

A. Les aspects généraux de la décentralisation de tâches cantonales

421 *La décentralisation dans les constitutions.* – L'art. 178 al. 3 de la Constitution fédérale prévoit que « [l]a loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale ». Le droit fédéral autorise par ce biais explicitement la délégation de tâches au niveau fédéral. Logiquement, il l'admet aussi – mais implicitement – au niveau cantonal, respectant ainsi l'autonomie organisationnelle dont jouissent les cantons.

Quant aux constitutions cantonales – et notamment celles des cantons romands –, elles recèlent des dispositions similaires à celle de la Constitution fédérale. La constitution cantonale vaudoise dispose par exemple que « [s]ous leur responsabilité, [l'État et les communes] peuvent déléguer certaines tâches »¹⁵⁸ et les constitutions cantonales jurassiennes et valaisannes retiennent que « [l]a loi peut confier certaines tâches de l'État à des établissements ou institutions autonomes »¹⁵⁹. D'autres, enfin, comme la constitution cantonale fribourgeoise

¹⁵⁶ Notamment GUY-ÉCABERT (2004), p. 85; MOOR (1992), p. 50; aussi FREUDIGER (2016), p. 44.

¹⁵⁷ Notamment POLTIER (2008), p. 73; IVANOV (2008), p. 3. D'ailleurs, l'art. 107 LCo VS, qui traite de la délégation de tâches communales, dispose de manière indifférenciée que « [l]a délégation peut être faite à une autre commune, à une association de communes ou à des tiers ».

¹⁵⁸ Art. 39 al. 3 Cst-VD.

¹⁵⁹ Art. 100 Cst. JU; cf. aussi art. 40 al. 3 Cst. VS : « La loi peut confier certaines tâches de l'État à des corporations ou établissements autonomes de droit public. »

et la constitution cantonale bernoise, se montrent moins laconiques et contiennent une réglementation relativement détaillée de la délégation de tâches à des tiers (voir *infra* N 426 et 428)¹⁶⁰.

La décentralisation et le silence des constitutions. – Quelques constitutions cantonales, comme les constitutions neuchâtoise et genevoise, ne renferment aucune disposition traitant directement de la question de la décentralisation et ne prévoient donc pas expressément la possibilité de déléguer l'exécution de tâches publiques à des tiers. Cette lacune ne vaut toutefois pas comme un silence qualifié du constituant. On admet en effet qu'une base constitutionnelle expresse n'est pas nécessaire pour procéder à une délégation de tâches publiques à une *organisation de droit privé*¹⁶¹. Une telle opinion vaut également s'agissant des délégations de tâches publiques à un *organisme de droit public*.

422

La présomption selon laquelle une décentralisation est admissible, dans son principe, tant que la constitution ne l'interdit pas est incontestée et ne pose pas de problème particulier. Plus délicate est par contre la question de savoir si une telle présomption vaut pour toute décentralisation, sachant que les constitutions, fédérale ou cantonale, sont en principe muettes s'agissant de la nature ou du type de tâches dont l'exécution peut être déléguée ou non¹⁶². Autrement dit, on peut se demander si le silence des constitutions sur la question des tâches « décentralisables » signifie que n'importe quelle tâche exécutée par l'État peut, sur le principe, être déléguée à une entité décentralisée.

La délégation de « tâches étatiques » – Lorsqu'elle se prononce sur la question de l'externalisation de tâches par l'État, une partie de la doctrine opère une distinction entre la délégation d'une « tâche publique » (« *öffentliche Aufgabe* ») et la délégation d'une « tâche étatique » (« *Staatsaufgabe* » ou « *staatliche Aufgabe* »)¹⁶³. Si la première est toujours envisageable, la seconde

423

¹⁶⁰ Voir art. 54 Cst. FR et art. 95 ConstC BE.

¹⁶¹ Cf. dans ce sens, notamment, BELLANGER (2016), p. 58; Komm. KV LU-RICHLI (2010), N 59 ad § 14 Cst. LU; JAAG (2000), p. 37; KNAPP (1996), N 14 s.

¹⁶² Notamment aussi SG Komm. BV-BIAGGINI (2014), N 28 ad art. 178 Cst.

¹⁶³ On notera ici que cette distinction ne trouve cependant aucun ancrage juridique exprès. Les constituants suisses – qu'ils soient fédéral ou cantonaux – utilisent indifféremment les deux notions, sans y attacher aucune conséquence juridique, bien au contraire (cf., dans le même sens, Komm. KV LU-RICHLI (2010), N 20 ad § 14 Cst. LU). À titre illustratif, la toute récente constitution cantonale schwyzoise prévoit que « [l]'État peut, par une loi, confier l'accomplissement d'une tâche étatique à des organismes de droit public ou privé » (art. 12 al. 1 Cst. SZ, intitulé « *Auslagerung und Übertragung staatlicher Tätigkeit* »). De même, le Tribunal fédéral considère – pour ne prendre que deux exemples – que les traducteurs-jurés externes à l'administration exécutent une « tâche étatique », tout comme les CFF lorsqu'ils gèrent l'espace publicitaire des gares (ATF 138 I 196, consid. 4.4; ATF 138 I 274, consid. 1.4 et 2.2).

serait généralement inconstitutionnelle ou, à tout le moins, souffrirait d'une constitutionnalité douteuse¹⁶⁴.

Le problème reste que personne n'a jamais vraiment réussi à distinguer les « tâches publiques » des « tâches étatiques » de manière convaincante¹⁶⁵. Ceux qui se risquent à un tel exercice limitent généralement le cercle des « tâches étatiques » non déléguables aux activités qui relèvent du monopole de la force publique appartenant à l'État, comme la police, la justice et l'exécution des jugements¹⁶⁶. À cette imprécision s'ajoute que, dans l'esprit de la doctrine, la définition d'un cercle de tâches étatiques indéléguables – qui n'est pas toujours respectée dans la pratique – semble concerner la question de la constitutionnalité d'une éventuelle délégation de tâches à des organismes privés (privatisation ou *Auslagerung*), non celle d'une éventuelle délégation de tâches à des entités décentralisées de droit public (décentralisation ou *Ausgliederung*)¹⁶⁷.

424

La délégation de « tâches ministérielles » ? – Le Conseil fédéral considère quant à lui que certaines tâches dites « ministérielles » ne se prêteraient pas à une externalisation, dans la mesure où leur exécution incomberait avant tout à l'administration fédérale centrale¹⁶⁸. Il s'agirait de « tâches requérant un suivi politique étroit et présentant un potentiel élevé de synergies ainsi qu'un besoin marqué de coordination », comme la préparation des dossiers politiques, la défense nationale et les tâches de police¹⁶⁹.

Cela étant dit, selon le Conseil fédéral, la question de savoir si une délégation porte sur une tâche ministérielle dépend en grande partie de la question de savoir si la tâche en question présente des « particularités qui justifient une externalisation »¹⁷⁰. Autrement dit, déterminer si une tâche peut faire l'objet d'une

¹⁶⁴ Cf. notamment FAVRE (2016), p. 170 s., laquelle évoque le « cœur » ou le « noyau » des tâches étatiques (*Kernaufgaben*); Komm. KV LU-RICHLI (2010), N 20 ad § 14 Cst. LU; Komm. KV ZH-MÜLLER A. (2007), N 3 ad art. 98 Cst. ZH; JAAG (2000), p. 41; DAENIKER (2000), p. 54.

¹⁶⁵ Cf., notamment, pour la même constatation, FAVRE (2016), p. 170 s.; Komm. KV LU-SOBOTICH (2007), N 9 ad art. 95-121 Cst. ZH; BIAGGINI (2002), p. 159 s.; MAHON (1985), p. 158 s. et 216-224.

¹⁶⁶ Cf., par exemple, OBERSON (2005), p. 220; DAENIKER (2000), p. 54; aussi CONSEIL-EXÉCUTIF BE (1997), p. 33, qui exclut de déléguer la « police locale » au sens étroit à des tiers. Il est vrai que de nombreuses constitutions cantonales – à l'instar des art. 44 al. Cst-VD, 76 al. 2 Cst. FR, 184 al. 1 Cst-GE – prévoient que le canton détient le « monopole de la force publique ». Ce genre de disposition présente cependant une portée déclarative, même si celle-ci peut avoir un impact quant à la question de la privatisation des tâches de sécurité publique (cf., dans ce sens, EHRENZELLER/NOBS [2009], p. 14).

¹⁶⁷ Voir, notamment, FAVRE (2016), p. 170 s.; BSK BV-MÜLLER (2015), N 56 ad art. 178 Cst.; aussi SG Komm. BV-BIAGGINI (2014), N 28 ad art. 178 Cst.

¹⁶⁸ CONSEIL FÉDÉRAL (2006/c), p. 7817 s.; aussi BSK BV-MÜLLER (2015), N 40 ad art. 178 Cst.

¹⁶⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2006/III), p. 7826.

¹⁷⁰ CONSEIL FÉDÉRAL (2006/III), p. 7828 et 7831.

décentralisation revient à examiner si cette tâche s'y prête pour une raison ou une autre, notamment parce qu'une externalisation permettrait une exécution plus efficace et plus efficiente d'une telle tâche. Il faut en somme se demander si une décentralisation répond à un intérêt public suffisant, étant précisé qu'il s'agit là d'une condition nécessaire à toute décentralisation (sur la question, *infra* N 436 ss)¹⁷¹.

À partir de là, comme le Conseil fédéral le reconnaît lui-même, la typologie des tâches proposée s'avère être assez floue et la définition des tâches ministérielles non externalisables telle qu'elle est donnée peut évoluer en raison de facteurs exogènes (évolution à l'étranger, nouvelles technologies, etc.) ou d'une nouvelle conception de l'État¹⁷² :

« La typologie des tâches est une classification de celles-ci fondée sur une grille idéale, sorte de "boîte à outils" servant à vérifier systématiquement l'adéquation d'une tâche pour une externalisation. Ce n'est toutefois pas une approche mécaniste ou un mode d'emploi permettant de distinguer automatiquement les tâches externalisables de celles devant rester dans l'administration centrale ; la typologie des tâches ne dispense pas d'examiner chaque externalisation au cas par cas. Une appréciation politique reste nécessaire, en particulier pour externalisation au cas par cas. (...) La décision d'externalisation incombe donc au monde politique et ne doit pas être prise mécaniquement. Le but de la typologie des tâches est cependant de fournir un instrument utile pour l'évaluation systématique des externalisations futures selon des critères uniformes. Les divergences par rapport aux solutions idéales seront toujours possibles, mais elles devront être justifiées et non simplement le fruit du hasard. »

Conclusion intermédiaire sur les tâches décentralisables. – En définitive, à l'instar de ce retenait MAHON, nous pouvons partir de l'idée que la distinction entre tâches étatiques ou ministérielles et tâches publiques est « sans issue » ou, à tout le moins, « non juridiquement utile » s'agissant de la question de la décentralisation¹⁷³. En tous les cas, il semble bien que la question n'ait – en matière de « décentralisation coopérative » – pas de portée propre par rapport à la question de l'interdiction de la « *Selbstpreisgabe* » imposée aux cantons et aux communes (sur la question, *supra* N 286 ss).

L'organisation du délégataire : une liberté de principe. – Si les dispositions constitutionnelles cantonales relatives à la question de la délégation de tâches publiques cantonales ne contiennent aucune prescription quant aux tâches décentralisables, elles n'en contiennent pas davantage quant à la forme juridique

¹⁷¹ Voir, pour une critique similaire, VOGEL (2008), p. 72-76; aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1625.

¹⁷² CONSEIL FÉDÉRAL (2006/III), p. 7817 s.

¹⁷³ MAHON (1985), p. 216 et 222; voir aussi, plus récemment, FAVRE (2016), p. 172, laquelle semble considérer qu'il existe un « défaut de tâches non déléguables "par nature" ».

du délégataire¹⁷⁴. Ce n'est qu'exceptionnellement que le droit fédéral ou le droit constitutionnel cantonal fixe lui-même la forme que doit prendre une éventuelle délégation de tâches. Dès lors, il n'existe pas de *numerus clausus* des formes juridiques de la décentralisation¹⁷⁵.

Par voie de conséquence, les entités délégataires de tâches publiques peuvent théoriquement être extrêmement diverses, ce que souligne parfois le droit constitutionnel cantonal lui-même. Comme l'exprime parfaitement l'art. 95 al. 1 ConstC BE, la délégation peut être opérée au profit d'une seule personne, d'un groupe de personnes, d'un service administratif, d'un établissement, d'une corporation ou une fondation de droit public¹⁷⁶. De même, la constitution argovienne prévoit que « [d]es charges administratives cantonales peuvent être déléguées à des institutions indépendantes, des communes, des organisations intercantionales ou intercommunales ou des entreprises d'économie mixte »¹⁷⁷.

427

L'obligation de choisir une forme de décentralisation adéquate. – En pratique, la liberté organisationnelle des cantons n'est évidemment pas absolue. Il peut arriver que le besoin marqué de pilotage politique dans l'exécution d'une tâche publique sensible exige que toute décentralisation de celle-ci se fasse au profit d'une entité dont l'organisation et l'autonomie ne mettent pas en péril le lien gouvernemental avec les exécutants de la tâche¹⁷⁸. Nous avons déjà évoqué ce point en première partie de thèse au moment de comparer les formes d'organisation régionale de droit privé des formes d'organisation régionale de droit public (*supra* N 152 ss). De même, la forme juridique ou organisationnelle de l'entité délégataire de droit public et son degré d'autonomie doivent correspondre aux particularités de la tâche qui est confiée à cette entité (sur la question de la surveillance, *infra* N 432 ss)¹⁷⁹.

À cet égard, l'on distingue parfois les institutions délégataires sans personnalité juridique des entités qui jouissent de la personnalité juridique¹⁸⁰. Les différents essais de catégorisation, quels qu'ils soient, n'ont, toutefois, qu'une fonction « didactique »¹⁸¹ dans la mesure où l'on ne parvient jamais à leur rattacher de véritables conséquences juridiques. Comme le considère la grande

¹⁷⁴ Voir notamment, pour la même constatation au niveau fédéral, SG Komm. BV-BIAGGINI (2014), N 31 ad 178 Cst.

¹⁷⁵ Aussi FAVRE (2016), p. 150; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 1 ad § 7.

¹⁷⁶ Cf., notamment, OBERSON (2005), p. 220; BIAGGINI (2002), p. 145; HAUSER (2002), p. 31 s.; KNAPP (1996), N 11.

¹⁷⁷ Aart. 98 al. 3 Cst. AG.

¹⁷⁸ Notamment BELLANGER (2016), p. 54.; HÄNER (2015), N 28.54

¹⁷⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (2006/III), p. 7833 s.; aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1618; HÄNER (2015), N 23.53.

¹⁸⁰ Cf., par exemple, JAAG (2000), p. 28 s.

¹⁸¹ MOOR (1992), p. 52 s.; voir aussi OFJ (1990), chap. II.2.b; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 86; MAHON (1985), p. 167 s.

majorité de la doctrine, il convient de se détacher des catégories et d'évaluer au cas par cas l'autonomie organique, financière et administrative réelle d'une organisation délégataire d'une tâche publique pour apprécier la question de l'adéquation existant entre la forme de la décentralisation, son objet et son étendue¹⁸².

B. Les conditions spécifiques de la décentralisation

En général. – La délégation de tâches publiques à des organismes externes à l'administration doit obéir à cinq conditions au moins. Elle doit respecter le principe de la *légalité*, le droit à une *protection juridictionnelle*, le principe de *spécialité*, l'obligation de *surveillance* et le principe d'*intérêt public*.

428

L'art. 54 Cst. FR reprend expressément les cinq conditions précitées, de manière plus au moins explicite. Il prévoit que « [l]'État et les communes peuvent déléguer des tâches à des tiers, à condition que la délégation soit prévue dans une loi ou un règlement communal, qu'elle soit justifiée par un intérêt public prépondérant et que la protection juridique soit assurée », étant précisé que « [l]es organismes et les personnes concernés sont soumis à la surveillance de la collectivité délégatrice ».

En fait, chacune des cinq conditions susmentionnées découlent directement du droit fédéral. Il en va ainsi spécialement de la première condition – c'est-à-dire celle du respect du principe de *légalité* – qui s'impose de toute manière comme un principe général de droit suisse, principe sur lequel nous reviendrons en détail plus loin dans ce travail (*infra* N 513). Il en va de même la condition selon laquelle la décentralisation d'une tâche publique ne doit pas altérer l'obligation d'assurer une protection juridique par la voie judiciaire. Cette obligation représente le corollaire du droit fondamental de l'accès au juge ancré à l'art. 29a Cst., droit fondamental sur lequel nous reviendrons dans le chapitre relatif à l'organisation et à la procédure judiciaires (*infra* N 570).

Plan. – Vu ce qui précède, nous nous proposons d'examiner à ce stade de la thèse les trois autres conditions de la décentralisation que sont le respect du

429

¹⁸² DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 86; POLTIER (2008), p. 72 et 74-85; MOOR (1992), p. 70-76; OFJ (1990), chap. II.2.d.; MAHON (1985), p. 152 s. et 224-229. Si la plupart des dispositions constitutionnelles cantonales concernent en premier lieu la décentralisation des tâches à des organisations formellement indépendantes de l'administration, les principes qu'elles consacrent s'appliquent également aux organisations qui appartiendraient formellement à l'administration centrale, mais qui bénéficient d'une certaine autonomie de fait (cf., au niveau fédéral, WIZARD [2011], p. 109 et 152; SG Komm. BV-BIAGGINI [2014], N 27 et 35 s. ad art. 178 Cst.; aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [2016], N 1618; HÄNER [2015], N 28.49;).

principe de spécialité (1), l'obligation de surveillance de l'entité décentralisée (2) et la poursuite d'un intérêt public prépondérant (3).

1. Le respect du principe de spécialité

430 *En général.* – La décentralisation d'une tâche doit respecter le principe de spécialité. Cela signifie qu'une délégation ne peut porter que sur une tâche spécifiquement déterminée par la loi, c'est-à-dire sur des activités déterminées dans un domaine particulier et dans un cadre délimité par un tel acte normatif¹⁸³.

Défini comme l'obligation faite au législateur de régler précisément les tâches qu'il entend déléguer à une entité décentralisée, le principe de spécialité découle en partie du principe de la légalité et, plus particulièrement, de celui de la réserve de la loi¹⁸⁴. Il n'est cependant pas exclu de le déduire des normes constitutionnelles cantonales qui prévoient qu'une délégation de tâches à un organisme décentralisé doit respecter un cadre bien délimité. Par exemple, la Cour constitutionnelle jurassienne fonde le principe de spécialité directement sur l'art. 100 Cst. JU qui dispose que « [l]a loi peut confier certaines tâches de l'État à des établissements ou institutions autonomes ». Selon elle, le principe de spécialité « découle de l'emploi de l'adjectif "certaines" »¹⁸⁵.

431 *La portée juridique.* – On pourrait soutenir que le principe de spécialité n'a pas de portée propre par rapport à celui de légalité. Il a cependant la particularité de mettre l'accent sur la nécessité de délimiter strictement l'objet d'une délégation de compétences ou de tâches, tout en laissant de côté la question de la forme que doit prendre l'acte de délégation. L'important est que la délégation intervienne « de cas en cas » et porte uniquement sur quelques activités bien déterminées parmi d'autres. Vu sous cet angle, le principe de spécialité tend à éviter qu'une entité décentralisée ne puisse prendre trop d'importance et d'indépendance par rapport au législateur cantonal. C'est ainsi que MOOR et BIAGGINI considèrent que le principe de spécialité interdit que l'organisation délégataire soit « *Herrin der eigenen Dezentralisierung* » ou un « État dans l'État »¹⁸⁶.

¹⁸³ Voir BELLANGER (2016), p. 59 s.; HÄNER (2015), N 28.44; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 22 ad §7 et N 20 ad §8; MORITZ (2002), N 116 ad art. 59 Cst. JU; KNAPP (1996), N 19-23.

¹⁸⁴ Voir, en particulier, ATF 138 I 378, consid. 7, où le Tribunal fédéral analyse le respect du principe de la spécialité en tant que sous-aspect du principe de la légalité; POLTIER (2008), p. 73.

¹⁸⁵ Cour constitutionnelle JU, arrêt du 11 avril 2003, consid. 6b, in: RJJ 2003, p. 1. L'argumentation pourrait être appliquée en droit vaudois, valaisan et fribourgeois (sur les textes, *supra* N 421).

¹⁸⁶ BIAGGINI (2002), p. 151; MOOR (1992), p. 61; cf. aussi POLTIER (2008), p. 73 s.

En somme, le principe de spécialité interdit au législateur d'accorder un blanc-seing en matière de délégation de tâches publiques, sans empêcher en revanche que le transfert d'une tâche à une entité décentralisée soit complet – c'est-à-dire porte sur l'ensemble d'une tâche publique et non seulement sur quelques-unes de ces composantes – pour autant que la loi prévoit clairement un tel transfert et l'encadre précisément¹⁸⁷.

2. L'exercice d'une surveillance

La fonction du principe. – Les cantons peuvent déléguer l'exécution d'une tâche publique. En revanche, ils ne peuvent pas s'en débarrasser. Cela signifie qu'ils doivent pouvoir exercer une influence déterminante sur l'organisme auquel ils délèguent une de leurs tâches ou, du moins, qu'ils puissent contrôler que cet organisme exécute correctement la tâche en question et respecte le cadre de la délégation. L'existence d'une surveillance étatique est ainsi une condition de validité de la délégation de compétences à une institution extérieure à l'administration. 432

Les sources juridiques. – Cette règle est expressément prévue par les constitutions cantonales bernoise et fribourgeoise. Elle l'est également par la constitution vaudoise qui dispose à son art. 39 al. 3 Cst-VD que les éventuelles délégations faites par l'État et les communes se font « *sous leur responsabilité* ». Dans les autres cantons, l'aménagement d'une surveillance s'impose également. Soit l'on considère, à l'instar de la Cour constitutionnelle jurassienne, que l'obligation d'aménager une surveillance sur l'entité décentralisée se déduit indirectement du principe constitutionnel habituel selon lequel le gouvernement dirige l'administration cantonale et le parlement exerce la haute surveillance sur l'État¹⁸⁸. Soit l'on considère, à l'instar de certains auteurs de doctrine, que cette même exigence découle directement du principe démocratique imposé par la Constitution fédérale¹⁸⁹. 433

Les moyens de la surveillance. – Le maintien d'une surveillance minimale par l'État est obligatoire en cas de décentralisation. Cela ne signifie cependant pas qu'une telle surveillance soit automatique. Elle ne peut être déduite directement de la constitution. Ses modalités doivent être prévues par le législateur¹⁹⁰. 434

¹⁸⁷ Cf. HÄNER (2015), N 28.44; KNAPP (1996), N 19-23.

¹⁸⁸ Cf. Cour constitutionnelle JU, arrêt du 11 avril 2003, consid. 10b, in: RJJ 2003, p. 1.

¹⁸⁹ Dans ce sens, Komm. KV LU-RICHLI (2010), N 13 ad § 14 Cst. LU.

¹⁹⁰ Voir SG Komm. BV-BIAGGINI (2014), N 6 ad art. 187 Cst.; POLTIER (2008), p. 89; GROSS (2002), p. 133; OFJ (1990), chap. III.1.c. et III.2.h., lequel exclut notamment tout droit de donner des directives contraignantes au délégataire en l'absence de base légale, mais retient

L'étendue et les moyens de la surveillance s'apprécieront toujours à l'aune des objectifs de la décentralisation et de la loi fondatrice dont ils peuvent parfois être déduits implicitement¹⁹¹. Sur le principe, le législateur peut mettre en place des modalités de contrôle différentes de celles prévalant pour la surveillance de l'administration centralisée¹⁹². Ces modalités peuvent être des plus diverses dans la mesure où elles peuvent consister en des mesures préventives ou répressives et consister, notamment, en un droit de donner des directives générales sur une activité, un droit d'exiger des rapports d'activité ou de procéder à des inspections, un droit de nommer certains organes, un droit de connaître des recours ou des plaintes, etc.¹⁹³.

435 *L'intensité minimale de la surveillance.* – Même s'il existe quelques exceptions¹⁹⁴, les constitutions cantonales sont en principe muettes quant à la question du pouvoir de surveillance et des moyens qui doivent être prévus. Il est en tout cas certain qu'il serait quelque peu absurde d'envisager que la décentralisation d'une tâche publique puisse être opérée sans une certaine perte de surveillance ou de pilotage interne¹⁹⁵. Il s'agit donc de laisser l'autonomie nécessaire à l'entité délégataire, tout en garantissant l'exécution de la tâche, en application du principe de proportionnalité¹⁹⁶.

toutefois qu'un « *minimales Aufsichtsrecht* » peut tout de même être déduit des règles constitutionnelles. Ce droit minimal regrouperait au moins l'observation du délégataire et l'adoption de recommandations non contraignantes à son égard; cf. aussi l'art. 8 al. 4 de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010) qui prévoit que le Conseil fédéral contrôle les unités administratives décentralisées ainsi que les organes extérieurs à l'administration qui sont chargés de tâches administratives de la Confédération « *conformément aux dispositions particulières* ».

¹⁹¹ MOOR (1992), p. 60 s. C'est par exemple le cas du droit d'information, de consultation des dossiers et de recommandation qui peuvent être nécessaires à l'exercice ou au respect de la surveillance (cf. notamment OFJ [1990], chap. III.2.b. et III.2.m.; aussi FAVRE [2016], p. 183; HÄNER [2015], N 28.59; BSK BV-MÜLLER [2015], N 13 ad art. 187 Cst.).

¹⁹² Voir KNAPP (1996), N 115.

¹⁹³ Cour constitutionnelle JU, arrêt du 11 avril 2003, consid. 10c, in: RJJ 2003, p. 1; Komm. KV LU-RICHLI (2010), N 55 ad § 14 Cst. LU; aussi TANQUEREL (2011), N 130-132; GROSS (2002), p. 133.

¹⁹⁴ Cf., en particulier, art. 93 al. 3 Cst. FR, qui prévoit que le Grand Conseil peut opposer son veto aux actes normatifs des autorités délégataires, mais, comme nous le verrons, ce droit de veto doit faire l'objet d'une base légale expresse (voir *infra* N 530); cf. aussi art. 99 al. 2 Cst. ZH, qui prévoit que, lorsqu'une tâche publique est déléguée à un organisme décentralisé conformément à un mandat de prestation, un organe de surveillance « contrôle régulièrement la qualité du travail fourni et s'assure que l'accomplissement du mandat de prestations répond au principe d'efficacité ».

¹⁹⁵ Voir dans ce sens, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1620; TANQUEREL (2011), N 138; Komm. KV LU-RICHLI (2010), N 54 ad § 14 Cst. LU; POLTIER (2008), p. 88.

¹⁹⁶ FAVRE (2016), p. 183; sur le principe de proportionnalité dans ce domaine, HÄNER (2015), N 28.47-28.49.

L'important est surtout d'assurer une surveillance minimale qui permette de détecter des problèmes ou une mauvaise évolution dans l'exécution de la tâche déléguée afin, le cas échéant, de les corriger¹⁹⁷. Il va pour le reste de soi que l'intensité de cette surveillance dépend de l'importance de la délégation¹⁹⁸. Comme l'écrit très bien MOOR, il semble qu'« *il n'y a[it] dans ce domaine qu'une seule exigence purement juridique : celle de protéger la situation de tiers aussi bien que s'il n'y avait pas eu de décentralisation. Pour le reste, la problématique est bien plutôt de politique législative, et elle est ambiguë : comment assurer que l'autonomie établie par la loi soit respectée et, en même temps, que la tâche décentralisée soit efficacement gérée* »¹⁹⁹.

3. Le poursuite d'un intérêt public

La source juridique. – Toute décentralisation d'une tâche publique par l'État doit enfin poursuivre un intérêt public. Cette condition, qui est parfois explicitement prévue par les constitutions cantonales, résulte du droit fédéral. L'exigence d'un intérêt public représente en effet un principe général de l'activité de l'État consacré à l'art. 5 al. 2 Cst.²⁰⁰. 436

La nature de l'intérêt public. – La décentralisation poursuit un intérêt public suffisant dès lors qu'elle permet qu'une tâche soit exécutée de manière plus efficace²⁰¹. La question ouverte reste pour l'heure celle de savoir si une décentralisation peut poursuivre des objectifs financiers uniquement²⁰². Il semble qu'il faille répondre par l'affirmative si une telle décentralisation permet une réduction des coûts à la charge de l'État et de la population pour une prestation qualitativement équivalente²⁰³. À partir de là, la seule question qui se pose est celle de savoir si la délégation en cause risque de conduire – ou conduit de fait – à l'exécution déficiente d'une tâche publique, c'est-à-dire moins efficace et/ou 437

¹⁹⁷ Dans ce sens, SG Komm. BV-BIAGGINI (2014), N 34 et 36 ad art. 178 Cst.

¹⁹⁸ Dans le même sens, notamment, BELLANGER (2016), p. 61.

¹⁹⁹ MOOR (1992), p. 59; aussi TANQUEREL (2011), N 132, soulignant également l'autonomie du législateur.

²⁰⁰ Voir aussi BIAGGINI (2002), p. 159; BSK BV-MÜLLER (2015), N 57 ad art. 178 Cst.; aussi Komm. KV LU-RICHLI (2010), N 9 ad § 14 Cst. LU.

²⁰¹ KNAPP (1996), N 16.

²⁰² Voir BIAGGINI (2002), p. 160 et JAAG (1999), p. 42.

²⁰³ Aussi, BIAGGINI (2002), p. 160; apparemment dans le même sens, BELLANGER (2016), p. 58, qui évoque la création de services « plus compétitifs »; aussi art. 27 Cst. SG, selon lequel « [l]e canton remplit les tâches de l'État de manière décentralisée notamment lorsque la nature de la tâche, l'économie des moyens ou l'efficacité de l'accomplissement de la tâche l'exigent ». Sur la question en général de l'économie dans les frais de gestion des tâches publiques, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 798-800; sur l'admissibilité de « *staatliche Einsparungen* » en général, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 485.

plus coûteuse pour les particuliers sans amélioration de la qualité des prestations fournies²⁰⁴.

438 *Conclusion.* – Vu ce qui précède, il appartient en premier lieu au législateur de décider, en usant de la marge de manœuvre politique dont il bénéficie, si la décentralisation d'une tâche publique répond à un intérêt public suffisant et, dans la foulée, si elle doit être opérée (sur la question d'ailleurs de la réserve que doit s'imposer la juridiction constitutionnelle, *supra* N 386)²⁰⁵.

C. La décentralisation au niveau communal

439 *La délégation de tâches communales.* – Jouissant d'une autonomie organisationnelle, les communes peuvent également décider librement – sous réserve parfois d'une approbation cantonale²⁰⁶ – de décentraliser l'exécution d'une partie de leurs tâches. Il n'existe en principe aucune norme réglementant de manière générale les éventuelles tâches communales qui ne pourraient pas être déléguées.

La décentralisation coopérative en particulier. – Il arrive en revanche que le droit cantonal prédéfinisse la forme que doit prendre une éventuelle décentralisation, notamment lorsqu'il s'agit d'une décentralisation « coopérative ». C'est ainsi que le droit cantonal règle largement la décentralisation de tâches communales par le biais d'associations de communes²⁰⁷. D'autres formes de décentralisation coopérative qui ne sont que peu, voire pas du tout réglées par le droit cantonal restent malgré tout envisageables, comme la délégation de tâches communales à une autre commune, c'est-à-dire la convention d'adhésion intercommunale²⁰⁸. Nous renvoyons ici à ce que nous avons déjà exposé en première partie de thèse à propos des modèles d'organisation intercommunale à disposition des communes (*supra* N 170 ss et 185 ss).

440 *Les conditions de la délégation de tâches.* – De manière générale, l'exécution décentralisée d'une tâche publique communale doit satisfaire aux mêmes exigences que celle d'une tâche publique cantonale. Certaines dispositions

²⁰⁴ Dans ce sens, BELLANGER (2016), p. 58, et Komm. KV LU-RICHLI (2010), N 9 ad § 14 Cst. LU.

²⁰⁵ Voir HÄNER (2015), N 28.46 s.; BIAGGINI (2002), p. 159.

²⁰⁶ Cf., notamment, art. 3a LC VD ainsi qu'art. 107 al. 1 et 2 LCo VS selon lequel « [l]es communes délèguent librement les tâches pour l'accomplissement desquelles elles sont autonomes » alors que « [p]our les autres tâches, la délégation requiert l'approbation du Conseil d'État ».

²⁰⁷ HAUSER (2002), p. 45-48.

²⁰⁸ Cf., expressément, l'art. 122 al. 1 LCom JU selon lequel les communes ont la faculté de se grouper par la voie du « rapport contractuel » en vue d'accomplir en commun des services communaux; art. 107a LC VD qui évoque de manière large la voie du « contrat de droit administratif »; art. 68 LCo BE qui régit la question générale des « mandats à des tiers ».

constitutionnelles cantonales – comme l'art. 54 Cst. FR de même que l'art. 39 al. 3 Cst-VD – traitent indifféremment de la délégation de tâches publiques cantonales et de celle de tâches publiques communales.

Il arrive pour le reste fréquemment que les conditions de décentralisation – qui découlent souvent directement des principes de l'activité de l'État ancrés à l'art. 5 Cst. (sur la question, *supra* N 428) – soient rappelées ponctuellement par le droit cantonal²⁰⁹. C'est le cas en particulier de la condition selon laquelle toute décentralisation doit respecter le principe de spécialité. Le droit cantonal souligne en effet régulièrement qu'une éventuelle décentralisation – notamment lorsqu'elle a lieu au profit d'une association de communes – ne peut porter que sur « certaines » tâches ou sur des tâches « déterminées » (sur le principe de spécialité, *supra* N 430)²¹⁰.

IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir

Les cantons et les communes soumis à des règles similaires. – Avant de nous lancer dans une définition des règles générales en matière d'organisation régionale conventionnelle, nous pouvons opérer, au terme de ce chapitre, le même constat que celui que nous avons effectué à l'issue du chapitre précédent : les cantons et les communes sont soumis à un cadre constitutionnel comparable. Ils doivent en effet respecter des règles de répartition des pouvoirs similaires dans le domaine des relations extérieures et leurs de projets de décentralisation de tâches ou de compétences doivent satisfaire à des exigences juridiques identiques (voir, notamment, N 20 et 42).

Quelques règles à la portée normative imprécise. – Relevons ensuite que le cadre constitutionnel général régissant l'organisation des compétences et des tâches se caractérise, à nouveau, par une certaine imprécision. Il n'est par exemple guère possible de délimiter le cercle des compétences et des tâches « étatiques » ou « ministérielles » qui ne peuvent faire l'objet d'aucune décentralisation au sens du droit constitutionnel suisse (N 423 ss). Quant au principe de séparation des pouvoirs, il semble avoir – à l'image de celui de la souveraineté populaire – une portée plus politique que juridique. Celle-ci consiste essentiellement en une obligation, pour les cantons et les communes, de respecter les règles de répartition des pouvoirs qu'ils ont choisi de se donner (N 382 ss). Enfin, les autorités politiques cantonales et communales jouissent d'une marge

²⁰⁹ Voir, notamment, art. 39 Cst-VD; art. 65-69 LCo BE; art. 106 et 107 LCo VS; art. 5a al. 2 LCo FR; art. 1-1b du règlement fribourgeois d'exécution de la loi sur les communes du 28 décembre 1981 (RELCo FR; RSF 140.11).

²¹⁰ Voir, par exemple, art. 113 al. 1 Cst. JU; art. 121 et 123 LCom JU; art. 110 al. 2 ConstC BE; art. 51 al. 1 LAC GE; art. 66 al. 1 LCo NE; aussi MÄCHLER (1989), p. 161.

d'appréciation importante sur la manière de concrétiser certains principes constitutionnels, comme celui de la haute surveillance parlementaire ou celui de la surveillance des entités décentralisées, lorsqu'elles décident de décentraliser l'exercice de compétences ou de déléguer l'exécution de tâches cantonales et communales (N 392 et 432 ss).

Chapitre 6 : Les droits politiques garantis constitutionnellement

I. Les droits populaires imposés par la Constitution fédérale

Introduction. – La détermination des limites et des possibilités de la régionalisation passe obligatoirement par une analyse des droits politiques cantonaux et communaux. Un tel postulat s'impose pour deux raisons au moins. 443

Premièrement, par le truchement des droits politiques, le corps électoral peut exercer une influence directe sur le développement des organisations régionales. Secondement, les droits politiques, qui sont toujours garantis et quelquefois même imposés par la Constitution fédérale, trouvent généralement un fondement exprès dans les constitutions cantonales. Ces droits ne peuvent pas – et ne doivent pas – être vidés de leur substance par le développement de la collaboration régionale intercantonale et intercommunale.

Pour cette double raison, il apparaît essentiel de rappeler, entre autres, le contenu et la portée des deux droits populaires cantonaux que le droit constitutionnel fédéral impose, c'est-à-dire l'initiative constitutionnelle populaire cantonale (A) et le référendum constitutionnel obligatoire (B).

A. L'initiative populaire constitutionnelle

Le principe. – L'art. 51 al. 1 Cst. dispose qu'une constitution cantonale doit pouvoir être révisée « si la majorité du corps électoral le demande ». Très concrètement, par le biais de cette norme, le droit fédéral impose aux constituants cantonaux d'instaurer un droit d'initiative populaire qui autorise une portion de citoyens à demander en tout temps la révision de la constitution cantonale. 444

Ce droit d'initiative populaire minimal – qui ne prête pas à véritables discussions quant à son principe même¹ – appelle quelques précisions s'agissant

¹ Le point controversé reste tout au plus celui de savoir si le droit fédéral impose uniquement l'aménagement d'une initiative populaire tendant à la révision totale de la constitution cantonale ou s'il contraint également les constituants cantonaux à reconnaître un droit d'initiative

de son objet et de ses éventuelles limites matérielles. L'art. 51 al. 1 Cst. ne contient en effet aucune réglementation explicite sur ces deux problématiques.

445

La définition de l'objet de l'initiative constitutionnelle. – Il va de soi que les constituants cantonaux peuvent permettre aux citoyens de proposer, par le biais d'une initiative constitutionnelle, non seulement l'adoption de normes de rang constitutionnel, mais également celle d'une mesure ou d'un acte individuel déterminé. De telles initiatives sont monnaie courante en pratique. Cependant, au sens de la Constitution fédérale, le noyau du droit d'initiative populaire consiste uniquement en l'adoption de règles constitutionnelles générales et abstraites ou, alors, en leur modification ou abrogation.

Autrement dit, l'art. 51 al. 1 Cst. ne contraint pas forcément les cantons à admettre ce qu'on appelle les initiatives « administratives » ou « gouvernementales », c'est-à-dire les initiatives tendant, par le biais d'une révision constitutionnelle, à ce que les autorités cantonales entreprennent un acte individuel et concret². Il appartient le cas échéant au constituant cantonal de choisir s'il entend étendre – ou non – l'objet admissible du droit d'initiative à l'adoption d'autres actes que des règles de droit de niveau constitutionnel.

En droit jurassien et fribourgeois. – Les constituants des cantons du Jura et de Fribourg n'ont pas estimé utile d'aller au-delà du minimum requis par le droit fédéral³. Dans ces

tendant à sa révision partielle (pour l'obligation d'une initiative visant la révision totale uniquement, cf. CONSEIL FÉDÉRAL [1995], p. 981; BIAGGINI [2017], N 14 ad art. 51 Cst.; AUER (2016), N 589; BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 42 ad art. 51 Cst.; GRISEL [2004], N 36; MARTENET [1999], p. 215). La question s'avère néanmoins académique puisque toutes les constitutions cantonales prévoient les deux formes d'initiatives constitutionnelles.

² Cf. Tribunal fédéral, arrêt 1P.470/2005 du 23 décembre 2005, consid. 3.1, lequel n'a rien trouvé à redire à l'invalidation d'une initiative de type unique qui visait l'exécution d'un acte administratif, en l'occurrence l'organisation d'une votation consultative. Avant cet arrêt qui reprend à juste titre la jurisprudence prévalant en matière d'initiative législative, laquelle doit valoir à plus forte raison pour l'initiative constitutionnelle, la question était encore discutée en doctrine, voire l'est encore, mais à tort (cf. dans le sens de la jurisprudence fédérale, GRISEL [2004], N 499, et MORITZ [2002], N 30 ad art. 75 et 76 Cst. JU, KÖLZ [1982], p. 26; apparemment aussi, mais pas clairement, AUER [2016], N 589; dans un autre sens, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER ([2013], N 1457; TORNAY [2008], p. 59; HANGARTNER/KLEY [2000], N 2009; pour une critique de l'arrêt fédéral, ATTINGER [2016], p. 147 s).

³ Cf., dans l'ordre, Tribunal fédéral, arrêt 1P.470/2005 du 23 décembre 2005; Cour constitutionnelle JU, arrêt du 24 avril 2002, consid. 3a, in: RJJ 2002, p. 179; cf. aussi MORITZ (2002), N 5 ad art. 75 et 76 Cst. JU; voir aussi, s'agissant de la reconnaissance d'une notion matérielle de la loi en droit fribourgeois qui vaut *a fortiori* en matière d'initiative populaire constitutionnelle, art. 91 al. 1 Cst. et, surtout, art. 13 al. 3 LConv FR : « L'acte par lequel le Grand Conseil approuve l'adhésion à une convention ou la dénonce revêt la forme d'une loi si la convention contient des règles de droit et celle d'un décret dans les autres cas »; aussi, s'agissant plus spécialement de l'initiative constitutionnelle, CONSEIL D'ÉTAT FR (2016/I), p. 1; sous l'ancienne constitution cantonale, ATF 89 I 371, consid. 3a.

deux cantons, une initiative – qu'elle soit constitutionnelle ou, même, législative d'ailleurs – qui demande autre chose que l'adoption d'une règle de droit générale et abstraite doit être invalidée. Il est tout au plus possible de pousser les autorités cantonales à prendre certaines mesures concrètes en proposant l'adoption d'une disposition-programme suffisamment déterminée⁴.

Les limites matérielles à la révision de la constitution. – L'importance du droit d'initiative constitutionnelle, tel que consacré par l'art. 51 al. 1 Cst., pourrait se voir substantiellement réduite si les cantons avaient la faculté d'instaurer, à leur niveau, des limites matérielles à la révisibilité de leur constitution. On comprend dès lors qu'au sens du droit fédéral, les constituants cantonaux ne peuvent en aucun cas prévoir l'« indérogeabilité » ou l'« inabrogeabilité » de certains principes ou certaines règles qu'ils ont adoptés⁵. La règle peut être exprimée d'une autre manière : l'art. 51 al. 1 Cst. interdit aux cantons de fixer, de manière autonome, des limites matérielles aux initiatives populaires constitutionnelles, c'est-à-dire d'adopter des règles de droit qui empêcheraient la libre révision matérielle de la constitution cantonale par la voie populaire.

446

La règle susmentionnée ne signifie pas qu'il n'existe aucune limite matérielle à l'initiative populaire constitutionnelle cantonale. Le droit fédéral et le droit international, en tant que droits issus d'une collectivité territoriale supérieure, constituent évidemment de telles limites, en ce sens qu'une initiative de niveau cantonal ne peut évidemment violer les règles qui lui sont supérieures conformément à la hiérarchie de normes prévalant en droit suisse (aussi *supra* N 69 ss). Cela étant, il s'agit normalement là des seules limites matérielles à la révisibilité de la constitution cantonale car, comme l'a bien écrit SALADIN, « la Confédération s'est réservé le droit de fixer ce genre de limite que les cantons sont empêchés d'établir eux-mêmes »⁶.

Le droit intercantonal comme limite au droit d'initiative ? – Un problème juridique délicat consiste à déterminer si le droit intercantonal – en tant que droit supérieur au droit cantonal – représente également une limite matérielle à la révisibilité de la constitution cantonale par la voie populaire. La question est

447

⁴ Voir notamment KÖLZ (1982), p. 8 s.; aussi CONSEIL D'ÉTAT FR (2016/I), p. 1 s., relevant, s'agissant d'une initiative constitutionnelle visant un objet unique, mais formulée en termes généraux, qu'« il reste possible pour le Grand Conseil d'adopter une formulation exempte de ces problèmes lors de l'élaboration du texte constitutionnel ».

⁵ MARTENET (1999), p. 99 s.; aussi AUER (2016), N 590.

⁶ Komm. aCst.-SALADIN (1986), N 66 ad art. 6 aCst. On pourrait aussi dire, simplement, qu'il existe un droit de réviser la constitution cantonale à tout moment par initiative populaire « du moment que la législation fédérale est respectée », selon une expression consacrée par le Conseil fédéral (cf. CONSEIL FÉDÉRAL [1995], p. 980).

épineuse et n'a encore faire l'objet d'aucune jurisprudence topique⁷. L'hypothèse n'est par ailleurs que peu traitée par la doctrine qui part souvent du principe lapidaire selon lequel « l'objet de l'initiative ne rencontre pas d'autres limites que celles qui découlent du droit fédéral »⁸.

Assurément, comme l'a déjà relevé le Tribunal fédéral dans un *obiter dictum*, l'interdiction pour les cantons d'instaurer des limites matérielles à la révisibilité de leur constitution ne doit pas les empêcher de se lier conventionnellement avec d'autres cantons et, ce faisant, d'accepter une réduction de leur autonomie constitutionnelle⁹. Reconnaître l'inverse reviendrait à nier la suprématie de principe du droit intercantonal sur le droit cantonal constitutionnel, laquelle est également expressément consacrée par la Constitution fédérale (sur la question, *supra* N 358 ss). Le « hic » est que, contrairement à ce que retiennent certains auteurs de doctrine¹⁰, il est impossible de considérer que le droit intercantonal constitue une limite « hétéronome » à l'autonomie constitutionnelle cantonale similaire au droit fédéral. Le droit intercantonal prime certes sur le droit cantonal comme le fait le droit fédéral. Cependant, à l'inverse du droit fédéral, le droit intercantonal – à tout le moins conventionnel – est approuvé par le canton, ce qui le fait passer pour une véritable limite « autonome » à la révisibilité des constitutions, limite qui, comme nous venons de l'exposer (*supra* N 446), est normalement prohibée par l'art. 51 al. 1 Cst.

En bref, il existe en l'état un antagonisme non résolu entre la primauté du droit intercantonal ancrée à l'art. 48 al. 5 Cst. et la garantie du droit d'initiative constitutionnelle prévue à l'art. 51 al. 1 Cst. Dans le cadre de la présente thèse,

⁷ À cet égard, l'on ne peut rien retirer de la formule habituelle du Tribunal fédéral selon laquelle « une initiative populaire cantonale ne doit rien contenir qui viole le droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international » (cf. notamment ATF 124 I 107, consid. 5b; aussi Tribunal fédéral, arrêt 1C_267/2016 du 3 mai 2017, consid. 3.2, destiné à la publication et qui se réfère à l'arrêt précédent). Formulée de cette manière, la règle s'applique bien évidemment uniquement aux initiatives populaires cantonales de rang législatif sur lesquelles le Tribunal fédéral s'est prononcé, comme l'indique la référence au respect du droit cantonal (dans ce sens également ATTINGER [2016], p. 129; DILLIER [2005], p. 187).

⁸ GRISEL (2004), N 37; aussi, SG Komm. BV-RUCH (2008), N 13 ad art. 51 Cst.; SALADIN (1986), N 67 ad art. 6 aCst.; dans le même sens, mais de manière plus développée, ATTINGER [2016], p. 129 s.

⁹ ATF 96 I 636, consid. 5 : « *Ist eine konkordatsmässige oder -ähnliche Abmachung (...) nicht dargetan, so braucht nicht geprüft zu werden, ob eine solche Abmachung mit Art. 6 Abs. 2 lit. c (...) vereinbar und unter welchen Voraussetzungen sie kündbar wäre. Bemerkt sei lediglich, dass Art. 6 Abs. 2 lit. c BV wohl nur die Aufstellung sogenannter autonomer Schranken der Revision kantonaler Verfassungen verbietet, nicht dagegen eine vertragliche Bindung (...), zumal wenn diese Bindung nur für die Dauer eines bestimmten Verfahrens gilt und mit dessen Abschluss dahinfällt* »; aussi HÄFELIN (1973), p. 255.

¹⁰ Voir MARTENET (1999), p. 89 s.; AUER (1978), p. 132 s. HANGARTNER/KLEY (cf. [2000], N 2011) reconnaissent eux aussi que le droit intercantonal comme « *eine Schranke der Verfassungsinitiative* ». Aussi GANDER (1990), p. 386.

il conviendra de résoudre ce conflit de normes constitutionnelles fédérales dans le respect d'une concordance pratique (*supra* N 260 et *infra* N 1127).

B. Le référendum constitutionnel obligatoire

La problématique. – L'art. 51 al. 1 Cst. ne se limite pas à imposer aux cantons l'initiative populaire constitutionnelle. Il leur prescrit une autre règle minimale en matière de révision constitutionnelle : la constitution cantonale doit être « acceptée par le peuple », tout comme ses révisions ultérieures. 448

Cela dit, le constituant fédéral n'a pas entendu préciser ce qu'était une « constitution cantonale », ni *a fortiori* ce qu'était une révision constitutionnelle cantonale. Le critère est en principe de nature formelle (1), même s'il n'est pas totalement exclu d'apprécier la question à l'aune de critères matériels également (2).

1. Lors de révisions formelles de la constitution cantonale

Le principe. – Toute modification de la constitution formelle cantonale – qu'elle soit partielle ou totale ou qu'elle soit proposée par le parlement ou par initiative populaire – doit être acceptée par le peuple par le biais d'un référendum obligatoire ou lors d'une *Landsgemeinde*¹¹. Autrement dit, l'abrogation ou la modification d'une norme inscrite dans la constitution cantonale de même que l'ajout d'une nouvelle disposition en son sein doit absolument passer par une votation populaire cantonale. 449

La question du référendum global. – Plusieurs dispositions constitutionnelles nouvelles peuvent évidemment être réunies en un seul projet soumis à la votation, pour autant qu'il existe entre eux un rapport de connexité. Il n'est en revanche pas possible de soumettre globalement au vote une révision constitutionnelle cantonale et l'adoption de règles d'un autre rang, notamment législatif, ce même s'il existe un lien de connexité entre elles. 450

Premièrement, un tel référendum global peut conduire à ce qu'un acte soit indûment soumis à référendum obligatoire au lieu d'être soumis à référendum facultatif. Le procédé violerait alors la répartition des pouvoirs telle qu'elle est prévue par la constitution cantonale. Secondement et surtout, il n'est pas exclu qu'un électeur, pour des motifs raisonnables, veuille accepter les dispositions

¹¹ Cf., entre autres, Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 4 ad art. 4 Cst. GR; GRISEL (2004), N 939; MARTENET (1999), p. 225; BOLZ (1995/I), N 2 ad art. 61 ConstC BE; HOTZ (1982), p. 194

fondamentales de la constitution, mais rejeter l'autre acte, ou *vice versa*¹². Un tel cas de figure pourrait par exemple se présenter lorsque des principes ou des mandats législatifs qui seraient fixés à l'échelon constitutionnel pourraient être exécutés ou mis en œuvre de diverses manières. Un référendum global risquerait alors de représenter une complication de la procédure de révision constitutionnelle capable de provoquer des distorsions dans la formation de la majorité nécessaire à cette révision. De telles distorsions pourraient notamment conduire à ce qu'une révision constitutionnelle échoue ou, inversement, aboutisse, alors même qu'elle est en réalité souhaitée, respectivement dédaignée par la majorité de la population. Même si ce danger est essentiellement théorique, il est n'est pas compatible l'art. 51 al. 1 Cst.¹³.

451 *Les alternatives au vote global.* – Certes, l'interdiction d'un vote global peut conduire au fait que la révision constitutionnelle soit refusée, mais que l'acte infraconstitutionnel soit accepté. Il est toutefois possible d'éviter une telle éventualité soit en adoptant cet acte infraconstitutionnel après l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle, soit en prévoyant des dispositions finales adéquates dans ce même acte¹⁴. Il reste ainsi imaginable d'organiser deux votes simultanément, l'un portant sur une révision constitutionnelle et l'autre sur l'acte qui présente un lien avec elle. Il suffit de prévoir que le deuxième acte ne peut entrer en vigueur – s'il est accepté – que pour autant que la révision constitutionnelle reçoive l'aval du peuple (p. ex. loi assortie d'une condition suspensive)¹⁵.

2. Lors de l'adoption de règles de « rang constitutionnel »

452 *La problématique.* – Il est évident que les « révisions formelles » de la constitution cantonale doivent être soumises à référendum obligatoire, puisque, selon l'art. 51 al. 1 Cst., la « constitution » cantonale doit avoir été acceptée par le peuple (sur la question, *supra* N 449).

Cela étant dit, la question reste de savoir s'il n'en va pas de même s'agissant des « révisions matérielles » de la constitution cantonale qui ne passeraient pas formellement par la révision de celle-ci. Rappelons que les cantons ne sont pas obligés de regrouper leurs règles constitutionnelles dans un seul document intitulé « constitution cantonale »¹⁶. *A priori*, il n'est donc pas totalement exclu de

¹² CONSEIL FÉDÉRAL [1980], p. 1153 s.; HOTZ (1982), p. 203; AUER (1978), p. 1978; voir, pour la question en détail, OFJ (1981), p. 149-152, et TÖNDURY (2004), p. 287 s.;

¹³ Dans un sens similaire, HANGARTNER/KLEY (2000), N 1356.

¹⁴ Dans ce sens, CONSEIL FÉDÉRAL (1981), p. 839.

¹⁵ Dans le même sens, HANGARTNER/KLEY (2000), N 1356 (n. 66).

¹⁶ ATF 94 I 525, consid. 11: « *Es ist keineswegs erforderlich, dass das gesamte formelle Verfassungsrecht eines Staates in einer einzigen Urkunde vereinigt sei. Verschiedene Kantone*

considérer que l'art. 51 al. 1 Cst. garantit un vote obligatoire pour toute révision matérielle de la constitution cantonale, c'est-à-dire à chaque fois qu'une autorité cantonale adopte des règles dont le contenu pourrait représenter, matériellement, une « révision constitutionnelle », sans pour autant prendre la forme de dispositions constitutionnelles cantonales.

Les lois qui dérogent à la constitution cantonale. – On peut tout d'abord se demander si un acte normatif cantonal qui déroge à une constitution cantonale (*révision matérielle de la constitution formelle*) ne devrait pas être soumis à une procédure d'adoption identique ou similaire à la révision de cette constitution et, en particulier, faire l'objet d'un référendum obligatoire. C'est en tout cas dans ce sens que semblait aller le Tribunal fédéral par le passé s'agissant des actes normatifs qui dérogeaient à la constitution cantonale formelle, lui qui considérait que « [l]a modification d'une disposition constitutionnelle par une loi ordinaire, au lieu d'une loi constitutionnelle, constitu[ait] une violation du droit de vote des citoyens »¹⁷.

453

Aujourd'hui néanmoins, nos juges fédéraux retiennent qu'un recours pour violation des droits politiques n'est plus recevable pour la simple raison qu'une loi cantonale violerait la constitution cantonale¹⁸. En effet, ils considèrent ce qui suit¹⁹ :

(...) [L]orsqu'il est prétendu qu'une loi viole la constitution cantonale, il est toujours possible de reprocher au législateur d'avoir violé la volonté du constituant ou celle des auteurs du projet d'article constitutionnel. On peut également lui faire le reproche, dans certains cas, d'avoir fait l'économie d'une révision constitutionnelle soumise au référendum obligatoire. Cela ne saurait toutefois suffire pour permettre aux recourants d'agir par la voie de l'art. 82 let. c LTF, sans quoi la voie du recours pour violation du droit de vote serait ouverte chaque fois qu'un acte normatif en viole un autre, soumis à un régime différent du point de vue des droits politiques (...).

Les lois qui dérogent à la constitution cantonale : suite. – En clair, au sens de la jurisprudence fédérale, il n'existe – du moins dans les cantons qui n'ont institué aucune cour constitutionnelle – aucun moyen de se plaindre qu'un acte normatif cantonal qui dérogerait à la constitution cantonale n'aurait pas été soumis à référendum obligatoire. La violation du droit de vote qui pourrait être déduite de l'art. 51 al. 1 Cst. n'est en quelque sorte qu'« indirecte ». Il faut dire

454

haben ihre Verfassungsurkunden mitunter durch den Erlass von Spezialgesetzen revidiert (...). »; Cf. aussi, sur cette question, BIAGGINI (2017), N 6 ad art. 51 Cst.; BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 15 ad art. 51 Cst.; MARTENET (1999), p. 201 s.

¹⁷ Cf. ATF 106 Ia 389; voir aussi ATF 104 Ia 343, consid. 4, où le Tribunal fédéral transforme une initiative législative en initiative constitutionnelle et retenant que « c'est bien la nature des normes proposées qui est déterminante ».

¹⁸ ATF 131 I 386, consid. 2; 136 I 241.

¹⁹ ATF 136 I 241, c. 1.1.2.

que l'inconstitutionnalité de l'acte en question peut le cas échéant être invoquée par d'autres biais, soit en déposant un recours abstrait au Tribunal fédéral, soit en recourant contre un acte d'application concret ultérieur, conformément à l'art. 82 let. a et b LTF.

455 *Les règles de niveau constitutionnel.* – On peut ensuite se demander s'il n'existe pas des règles dont l'importance est telle qu'elles devraient être obligatoirement prévues par la constitution cantonale (*révision de la constitution matérielle*) ou, du moins, être approuvées lors d'une votation populaire cantonale. Le Tribunal fédéral n'a jamais dû se prononcer clairement sur cette question-ci, contrairement à la précédente.

La doctrine admet quant à elle qu'il existe des règles dont l'adoption ou la modification devrait nécessairement passer par une révision constitutionnelle soumise à référendum obligatoire. Elle les limite cependant à un cercle extrêmement étroit : celui de la structure fondamentale de l'organisation cantonale telle qu'imposée par l'art. 51 al. 1 Cst.²⁰. C'est ainsi que le droit d'initiative et de référendum constitutionnels devraient *a priori* être garantis par la constitution cantonale²¹. De même, les règles régissant la procédure de révision constitutionnelle devraient aussi être prévues par la constitution cantonale elle-même²², tout comme la composition et les attributions des autorités politiques supérieures du canton, à l'exception peut-être de celles des autorités judiciaires²³.

²⁰ BIAGGINI (2017), N 7 ad art. 51 Cst.; aussi BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 17 ad art. 51 Cst.; Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 8 ad art. 101 Cst. GR; MARTENET (1999), p. 109; SALADIN (1986), N 10 ad art. 6 aCst. RHINOW ([1973], p. 117) considère qu'une constitution cantonale ne peut se limiter à contenir seulement une réglementation sur l'organisation démocratique et le droit d'initiative populaire ainsi que le droit de référendum constitutionnel. Il justifie son opinion par le fait que la Constitution fédérale prévoit que, lors de la procédure de garantie, les Chambres fédérales examinent la conformité de la constitution cantonale au droit fédéral. Or, selon lui, un tel examen ne peut véritablement intervenir si la constitution cantonale se borne à régler un strict minimum.

²¹ Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 10-11 ad art. 101 Cst. GR.

²² Comm. aCst-SALADIN (1986), N 10 ad art. 6 Cst.; GRISEL (2004), N 934.

²³ Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 9 ad art. 101 Cst. GR et MARTENET (1999), p. 109, lesquels considèrent que l'indépendance de la justice doit être prévue par la constitution, mais pas forcément le mode d'élection des juges; voir aussi GRISEL (2004), N 934, lequel ne fait pas cette distinction.

Pour le reste, les cantons restent libres de fixer les normes qu'ils entendent faire figurer dans leurs constitutions formelles²⁴. C'est là, comme le dit AUBERT, « presque une affaire de goûts »²⁵, la question étant liée, selon AUER, « *weitgehend mit dem subjectiven Kriterium der Wichtigkeit* »²⁶. En tous les cas, il n'appartiendrait *a priori* pas à un juge saisi d'un recours pour violation des droits politiques – et surtout pas au Tribunal fédéral²⁷ – de dire si d'autres règles (p. ex. la reconnaissance d'un droit fondamental ou l'exécution d'une tâche publique) doivent recevoir un ancrage constitutionnel compte tenu de leur seule importance intrinsèque²⁸.

La réglementation des droits politiques. – Le domaine des droits politiques constitue le meilleur exemple pour illustrer cette difficulté de définir les règles qui, au sens de la Constitution fédérale, devraient absolument reposer sur une base constitutionnelle. Certes, sur le principe, les règles qui instituent des droits politiques sont de rang constitutionnel. L'extension de ces droits par la voie législative n'est cependant pas absolument exclue, notamment si le nouveau droit est appelé à s'exercer rarement²⁹ ou s'il revêt un caractère d'essai³⁰.

456

En fait, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'introduction de nouveaux droits politiques ou leur extension aux étrangers doit passer par une révision constitutionnelle, on n'examine en pratique jamais si un tel projet devrait – par principe et obligatoirement – faire l'objet d'une révision constitutionnelle. On se demande essentiellement si la constitution cantonale énumère de manière exhaustive le catalogue des droits politiques et de leurs bénéficiaires et, du coup, si elle exclut implicitement leur extension par la voie législative. En général donc, la question de savoir si l'art. 51 al. 1 Cst. impose une base constitutionnelle lors de l'octroi de nouveaux droits politiques reste occultée ou, du moins, non résolue³¹.

La réglementation des droits politiques : exemple. – C'est ainsi que le Tribunal fédéral a retenu que l'on pouvait considérer que, du fait de sa systéma-

457

²⁴ OFJ (1981), p. 146; cf., Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 8 et 20 ad art. 101 Cst. GR, lequel considère toutefois que les grandes lignes du découpage territorial ainsi que l'attribution des tâches étatiques principales doivent obligatoirement figurer dans la constitution cantonale formelle; GRISEL (2004), N 934, lequel évoque également le régime communal.

²⁵ AUBERT (1991/II), N 38.

²⁶ AUER (2016), N 496.

²⁷ Dans ce sens, cf. Comm. aCst.-SALADIN (1986), N 13 ad art. 6 aCst.

²⁸ Voir, en particulier sur l'absence d'obligation pour les cantons de concevoir largement le contenu de leurs constitutions cantonales, BIAGGINI (2017), N 7 ad art. 51 Cst.

²⁹ Cf. ATF 104 Ia 343, consid. 3b; Tribunal fédéral, arrêt 1C_51/2014 du 25 mars 2014, consid. 2; Tribunal fédéral, arrêt 1P.470/2005 du 23 décembre 2005, consid. 4.1.

³⁰ RIBORDY (1996), p. 203.

³¹ Voir, pour un cas récent, Tribunal fédéral, arrêt 1C_665/2015 du 5 octobre 2016, consid. 3.2.

tique, l'ancienne constitution cantonale neuchâteloise exigeait que toute extension des droits populaires – en l'occurrence l'ajout d'un cas de référendum obligatoire cantonal – passât par une révision constitutionnelle³². La Cour constitutionnelle vaudoise est quant à elle arrivée à une conclusion analogue s'agissant de l'introduction d'un référendum obligatoire au niveau communal après avoir examiné les dispositions constitutionnelles relatives aux droits politiques dans le canton de Vaud³³.

Inversement, les législateurs jurassiens et bernois ont déjà eu l'occasion d'estimer qu'une révision constitutionnelle n'était pas forcément nécessaire pour créer et étendre certains droits politiques. C'est en effet le législateur jurassien qui a introduit un cas de référendum consultatif cantonal en matière d'énergie nucléaire³⁴ ainsi que quelques droits politiques intercommunaux (sur la question, *infra* N 481). De même, le législateur bernois a introduit, seul et en deux temps, de nouveaux droits d'élection et de référendum consultatif au niveau régional et un droit d'initiative cantonal pour les citoyens du Jura bernois³⁵. Les autorités cantonales bernoises ont justifié leur manière de procéder en se fondant sur des avis de droit de KLEY et de TSCHANNEN. L'un a apparemment relevé que « *le nouveau droit d'initiative ne port[ait] que sur un domaine étroitement délimité* » et ne constituait qu'une « *extension ponctuelle* » du droit d'initiative³⁶ et l'autre aurait souligné la « *portée moindre* » que représentaient l'organisation d'une votation consultative régionale³⁷.

II. Quelques autres droits populaires

458 *Introduction.* – La détermination des règles d'organisation régionale conventionnelle ne passe pas uniquement par une analyse des droits politiques cantonaux imposés par la Constitution fédérale. Pour les besoins de la présente thèse, il paraît indispensable de traiter brièvement d'autres droits politiques cantonaux et communaux garantis par les constitutions cantonales, dans la mesure où ils présentent des liens – plus ou moins directs – avec la problématique de la collaboration intercantonale et intercommunale.

³² ATF 104 Ia 343, consid. 3b, où le Tribunal fédéral examine « si, en droit neuchâtelois, la détermination ou l'extension des droits populaires doit intervenir par la modification de la constitution cantonale ou simplement par la voie de l'initiative législative ».

³³ Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST.2008.0011 du 6 mars 2009, consid. 4b.

³⁴ Cf. LC (jurassienne) de procédure sur la consultation du peuple en matière d'installations atomiques du 30 juin 1983 (RSJU 732.1), laquelle a toutefois été soumise à référendum obligatoire extraordinaire et prétend se fonder sur l'art. 46 al. 5 Cst. JU qui enjoint l'État à prendre en considération l'avis de la population en matière d'aménagement du territoire.

³⁵ Cf. art. 54-58c LStP BE.

³⁶ CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2004), p. 24.

³⁷ CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2013), p. 9 s.

Il s'agit, d'une part, des droits politiques cantonaux qui ont trait à la problématique de la procédure conventionnelle intercantonale (A). Il s'agit, d'autre part, des droits politiques intercommunaux, mais également du droit de référendum communal obligatoire garanti par quelques constitutions cantonales, droit qui ne peut – et ne devrait pas – être vidé de sa substance par le développement de la collaboration intercommunale (B).

A. Les droits populaires cantonaux en matière intercantonale

Plan. – De manière schématique, les droits politiques cantonaux en matière intercantonale consistent, pour l'essentiel, en une procédure de référendum, laquelle peut se voir subdivisée en une procédure de référendum facultatif en matière conventionnelle (1), en une procédure de référendum obligatoire en matière conventionnelle (2) ou, alors, en une procédure de référendum obligatoire extraordinaire (3). Plus exceptionnellement, il arrive que les constitutions cantonales reconnaissent également un droit d'initiative populaire en matière intercantonale (4).

459

1. Le référendum conventionnel facultatif

En général. – Il n'existe presque plus aucun canton en Suisse qui ne connaisse pas de référendum en matière intercantonale, c'est-à-dire qui n'octroie pas au moins à ses citoyens le droit de demander à ce qu'une convention intercantonale à laquelle il a adhéré soit soumise à une votation populaire. Les constitutions cantonales consacrent en principe expressément ce droit de référendum facultatif à l'encontre des conventions intercantionales, que l'on peut qualifier de « référendum conventionnel facultatif » (« *fakultatives Staatsvertragsreferendum* »)³⁸. C'est le cas dans la grande majorité des cantons romands – y compris le canton de Berne – où le droit constitutionnel cantonal prévoit en principe que les conventions intercantionales dont le contenu équivaut à une loi et/ou qui entraînent certaines dépenses sont soumises à référendum facultatif³⁹.

460

Dans d'autres cantons, comme ceux de Genève et de Fribourg, le droit de référendum conventionnel n'existe pas à proprement parler. Rappelons toutefois que, dans ces cantons, le droit cantonal prescrit généralement au parlement

³⁸ Voir aussi AUER (2016), N 853, lequel souligne cependant qu'un référendum n'existe pas dans les cantons d'Obwald et d'Appenzell Rhodes-Intérieures, l'approbation parlementaire étant dans ces cantons *a priori* définitive.

³⁹ Voir art. 78 let. c Cst. JU; art. 62 al. 1 let. b ConstC BE; art. 42 al. 3 let. e Cst. NE; art. 84 al. 1 let. b Cst-VD; art. 31 al. 1 ch. 2 Cst. VS.

cantonal d'approuver l'adhésion du canton à une convention intercantonale normative par le biais d'une loi, si bien que les citoyens jouissent d'une sorte de droit de « référendum conventionnel législatif » à l'encontre de l'acte d'approbation (*supra* N 406).

461 *L'acte d'approbation comme objet du référendum.* – La formulation et la systématique choisie par le droit cantonal importent finalement peu. D'un point de vue strictement juridique, à chaque fois qu'une demande de référendum aboutit, ce n'est pas la convention intercantonale qui est soumise au vote populaire, mais bien l'acte cantonal d'approbation qui contient la clause référendaire, même s'il faut reconnaître que la formulation utilisée par les constituants cantonaux peut parfois prêter à confusion⁴⁰. Pour s'en convaincre, il suffit de constater qu'une convention multilatérale peut entrer en vigueur indépendamment de l'issue du vote populaire dans l'un des nombreux cantons qui l'a signée, dès lors qu'au moins deux autres cantons l'auraient déjà ratifiée. Le vote porte donc bien sur l'adhésion à la convention et non directement sur celle-ci. Cette idée ressort très bien de l'art. 42 al. 3 let. e Cst. NE qui soumet à référendum facultatif le « décret d'approbation » des conventions cantonales qui équivalent à des lois.

Logiquement, le principe qui vient d'être exprimé vaut aussi en cas d'approbation d'une convention intercantonale qui modifie une convention existante. Ce n'est alors pas la modification qui, le cas échéant, est soumise à référendum, mais bien l'acte cantonal d'approbation de cette modification.

2. Le référendum conventionnel obligatoire

462 *Les conventions contraires à la constitution.* – Il n'est pas rare qu'en marge du référendum conventionnel facultatif, le droit cantonal octroie un droit de référendum conventionnel obligatoire (« *obligatorisches Staatsvertragsreferendum* »). En effet, les constitutions cantonales qui, comme nous l'avons vu, reconnaissent expressément la primauté du droit intercantonal sur la constitution cantonale exigent en principe que les conventions intercantionales qui leur sont contraires soient soumises à votation populaire (*supra* N 361). C'est notamment le cas des constitutions des cantons de Vaud, de Neuchâtel, du Jura et de

⁴⁰ Cf., dans ce sens, Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 16 ad art. 16/17 Cst. GR; MORITZ (2002), N 160 s. ad art. 77 et 78 Cst. JU; dans le même sens au niveau fédéral, BSK BV-EPINEY/DIEZIG (2015), N 22 ad art. 141 Cst.

Berne⁴¹. De nombreuses constitutions cantonales alémaniques vont dans un sens semblable⁴².

Les autres conventions de rang constitutionnel. – Dans ces cantons, les constituants cantonaux ne se sont généralement pas contentés d'imposer un référendum obligatoire contre les conventions intercantionales qui contiendraient des dispositions contraires à la constitution cantonale formelle. La plupart du temps, ils ont étendu cette procédure de référendum obligatoire aux conventions qui renfermeraient des dispositions qui devraient normalement se trouver dans cette constitution⁴³. C'est le cas des cantons de Vaud et du Jura dont les constitutions prévoient que les conventions intercantionales qui les « complètent » sont soumises à référendum obligatoire. Il en va de même dans les cantons – comme celui de Neuchâtel – dont la constitution plus équivoque prescrit l'organisation d'un référendum à l'encontre des conventions intercantionales « équivalant à une révision de la constitution » ou de « rang constitutionnel »⁴⁴.

463

À chaque fois, dans ces cantons, la question qui se pose n'est pas seulement de se demander si la convention intercantonale en question déroge à une règle – éventuellement implicite – de la constitution, mais également de se demander s'il ne serait pas simplement souhaitable, de manière hypothétique, que le contenu de la réglementation intercantonale se retrouve dans la constitution cantonale⁴⁵. Ce faisant, les constituants ont, d'une certaine manière, consacré une notion propre et autonome de « constitution cantonale matérielle », laquelle est à distinguer de celle, très étroite, que l'on peut déduire de l'art. 51 al. 1 de la Constitution fédérale (sur la question, *supra* N 455)⁴⁶.

La notion délicate de convention de « rang constitutionnel ». – Le problème reste de déterminer les critères qui permettent de définir quand une convention intercantonale contient des règles de rang constitutionnel. Il faut dire que les

464

⁴¹ Cf. art. 83 al. 1 let. b Cst.-VD; art. 44 al. 1 let. c Cst. NE; 77 let. f Cst. JU; art. 61 al. 1 let. c Const C BE.

⁴² Cf. art. 35 al. 1 Cst. SO; art. 48 let. b Cst. SG; art. 32 let. b Cst. SH; art. 32 let. b Cst. ZH; art. 51 al. 1 let. e Cst. BS; art. 16 ch. 2 Cst. GR; art. 34 al. 1 let. b Cst. SZ; art. 30 let. a Cst. BL.

⁴³ Seul le constituant bernois semble avoir fait exception à cette tendance. En effet, la constitution cantonale bernoise soumet à référendum obligatoire uniquement « les traités intercantonaux (...) qui dérogent à la Constitution » (« interkantonale (...) Verträge, die mit der Verfassung nicht vereinbar sind »).

⁴⁴ Cf., dans ce sens apparemment, BGC/NE 2000, p. 2829 s.; expressément, Theodor Siegrist, in: Protokoll des Zürcher Verfassungsrates, Séance du 31 janvier 2002, p. 353, qui différencie justement de cette manière la notion de « interkantonalen Verträgen mit Verfassungsrang » de celle de « Konkordaten mit verfassungsänderndem Inhalt »; VERFASSUNGSKOMMISSION SG (2000), p. 298: « Danach stehen auf jeden Fall Normen, welche die Kantonsverfassung abändern oder ergänzen, auf Verfassungsstufe ».

⁴⁵ Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 7 ad art. 16 Cst. GR.

⁴⁶ Cf., dans le même sens, EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 18.

constituants cantonaux n'ont pas arrangé les choses en adoptant un texte qui n'apporte, sauf exception, pas de réponse sur ce que représente en réalité une « convention de rang constitutionnel »⁴⁷.

Les travaux préparatoires des constitutions cantonales. – Lors de la révision totale de la constitution vaudoise, la constituante a bien essayé d'insérer une disposition spécifique selon laquelle les conventions intercantionales devaient être soumises à référendum obligatoire dans la mesure où elles passeraient, entre autres, pour des « concordats organiques ». Cette précision a cependant été abandonnée par l'Assemblée constituante dans la mesure où la notion de « concordat organique » – entendue par la commission en charge des droits politiques comme un acte créant des « organes décisionnels supracantonaux »⁴⁸ – était elle-même obscure en l'absence de définition claire de ce qu'elle pouvait recouvrir dans la constitution (sur la notion d'organisation supracantonale d'ailleurs, *supra* N 163 ss)⁴⁹. Quant aux travaux préparatoires des autres constitutions cantonales, ils n'apportent généralement guère plus de matière à interprétation, dans la mesure où cette innovation constitutionnelle n'a jamais été contestée⁵⁰. On s'est parfois simplement contenté de retenir que les conventions qui contiennent des normes intercantionales « très importantes » doivent être soumises à la même procédure que celle relative à la révision constitutionnelle⁵¹. D'autres fois, on a surtout envisagé qu'une telle procédure d'approbation devait absolument s'appliquer lors de la création d'un éventuel « parlement régional » par le biais d'une convention intercantonale⁵².

465

La méthode d'appréciation pertinente. – En tous les cas, l'on s'accorde en principe sur le fait que la question de savoir si une convention intercantonale est de « rang constitutionnel » ne doit pas être appréciée de manière générale et abstraite, mais en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes et d'après

⁴⁷ Voir toutefois l'exception que constitue l'art. 48 let. b Cst. SG, lequel dispose que les traités interétatiques qui « prévoient un transfert de compétences législatives » sont un exemple de conventions intercantionales de rang constitutionnel.

⁴⁸ CONSTITUANTE (COMM. 4) VD (2000), p. 19. Dans l'avant-projet, la notion de « concordat organique » était néanmoins décrite plus précisément comme un acte de collaboration qui « revêt une certaine envergure, caractérisée notamment par le transfert d'une fonction étatique ou d'un secteur significatif de l'administration cantonale à une autorité intercantonale » (cf. GROUPE DE TRAVAIL CST. VD [1997], art. 43 al. 3 et p. 40). Plus tard, le Conseil d'État a encore eu l'occasion de souligner – en reprenant une opinion de HÄNNI – qu'à son sens, les concordats organiques étaient des « conventions créant des structures intercantionales permanentes indépendantes, permettant le transfert d'une partie importante d'une fonction étatique et une délégation de compétences administratives importantes » (cf. CONSEIL D'ÉTAT VD [2000], p. 4382).

⁴⁹ Cf. les propos d'Anne Catherine Lyon devant l'Assemblée constituante vaudoise, in: Bulletin de séance, n° 37 du 14 décembre 2001, p. 48, de même que MAHON (2001/III), p. 80.

⁵⁰ Sur le fait que la norme n'a pas été contestée, cf. p. ex. VERFASSUNGSKOMMISSION SG (2000), p. 298.

⁵¹ Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 22 ad art. 32 Cst. ZH.

⁵² BGC/NE 2000, p. 2830; VERFASSUNGSKOMMISSION SG (2000), p. 298.

l'économie de la constitution cantonale dans son ensemble⁵³. Il faut se demander si, dans le canton en question, une règle analogue aurait été arrêtée dans la constitution cantonale, parce qu'elle aurait une « signification similaire » à celles qui se trouvent dans la constitution cantonale⁵⁴. Cela ne sera pas le cas si la convention intercantonale ne fait que concrétiser la constitution⁵⁵. En revanche, une convention qui répèterait des normes constitutionnelles cantonales pourrait devoir être soumise à référendum obligatoire. Il est vrai que l'intercantonalisation d'une norme constitutionnelle n'est pas un acte neutre ou anodin dans la mesure où la et les nouvelles normes intercantonales peuvent se révéler plus difficilement abrogeables que les règles constitutionnelles qu'elles reprennent⁵⁶.

Conclusion. – En définitive, les autorités politiques – en l'occurrence les parlements cantonaux – jouissent d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elles déterminent si une convention intercantonale est de « rang constitutionnel » ou non⁵⁷. Elles doivent cependant veiller à ne pas se fonder sur une notion juridique trop étroite de « convention de rang constitutionnel » et, en particulier, à ne pas la calquer bêtement sur celle de « convention dérogeant à la constitution ». Elles ne peuvent en effet vider de toute substance un droit de référendum supplémentaire consacré par la constitution cantonale.

466

⁵³ Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 22 ad art. 101 Cst. GR; VERFASSUNGSKOMMISSION SG (2000), p. 298: « Welche Normen Verfassungsrang haben, ist nicht in erster Linie allgemeinen Verfassungstheorien, sondern der dann geltenden St.Galler Kantonsverfassung zu entnehmen. »

⁵⁴ Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 22 ad art. 32 Cst. ZH; Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 7 ad art. 16 Cst. GR.

⁵⁵ MORITZ (2002), N 129 ad art. 77/78 Cst. JU.

⁵⁶ Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 22 ad art. 32; voir également les propos de Theodor Siegrist devant la constituante zurichoise, in, Protokoll des Zürcher Verfassungsrates, Séance du 31 janvier 2002, p. 353 s.: « Ein Vertrag soll ja auch dann dem obligatorischen Referendum unterstellt werden, wenn sein Inhalt Verfassungsrang aufweist, selbst wenn er mit der geltenden Verfassung übereinstimmt, das könnte ja durchaus geschehen. Auch ein verfassungskonformer kantonaler oder internationaler Vertrag kann den kantonalen Verfassungsgeber in seiner Gestaltungsfreiheit einschränken, weil der Staatsvertrag unter Umständen nur unter erschwerten Bedingungen oder langfristig kündbar ist. So erläuterte es der Regierungsrat in seinem Beschluss »; sur la question des normes conventionnelles reprenant des règles de droit interne et leur soumission à référendum, voir BRUNNER B. (2014), p. 208-210.

⁵⁷ MORITZ (2002), N 130 ad art. 77/78 Cst. JU et, apparemment dans le même sens, VOUTAT (2004), p. 214; Hugues Scheurer devant le Grand Conseil neuchâtelois, in: BGC/NE 2000, Séance du 7 mars 2000, p. 2829 s.: « La ligne de partage entre les traités de rangs constitutionnel et législatif ne doit pas être aisée à établir et il appartiendra aux juristes de la délimiter (...). »

3. Le référendum obligatoire extraordinaire

467 *En général.* – Exceptionnellement, les parlements cantonaux peuvent décider de soumettre à l'électorat un objet parlementaire qui n'était pas forcément assujéti à référendum obligatoire, comme une convention intercantonale. On parle alors de référendum « obligatoire extraordinaire » ou de référendum « facultativement extraordinaire ». Par exemple, les constitutions des cantons de Berne, du Valais, de Genève et du Jura autorisent le parlement cantonal à décider – de son propre gré, mais parfois à une majorité qualifiée – qu'un acte qu'il a adopté et qui n'est en principe soumis qu'à référendum facultatif sera soumis automatiquement à la sanction populaire⁵⁸.

Cela étant dit, une question récurrente est celle de savoir si l'organisation d'un tel référendum est possible même lorsque le droit cantonal ne connaît aucune réglementation expresse à ce sujet, comme dans les cantons de Vaud, de Fribourg et de Neuchâtel.

468 *En l'absence de base légale explicite.* – Il ne semble pas exclu de répondre positivement à la question que nous venons de formuler. Comme nous l'avons vu, il n'est pas forcément nécessaire en soi – au regard de la Constitution fédérale – que l'octroi d'un droit politique repose sur une base constitutionnelle cantonale expresse (*supra* N 456 s.). Ensuite, même si le Tribunal fédéral exige, en principe, l'existence d'une base légale expresse pour l'organisation d'une votation cantonale, il reconnaît également que des circonstances particulières peuvent justifier des exceptions à cette règle⁵⁹.

Il est vrai qu'à première vue, le procédé pourrait se heurter à une opinion doctrinale largement répandue selon laquelle l'organisation d'un référendum obligatoire extraordinaire n'est pas licite si elle ne repose pas sur une base constitutionnelle expresse⁶⁰. Il convient en effet d'éviter que le référendum représente un moyen pour un parlement de refiler au corps électoral une « patate chaude », le cas échéant en contournant la responsabilité politique qui lui incombe selon la constitution cantonale. Toutefois, un tel argument – qui se rapporte généralement à l'adoption de lois ou de décisions politiquement délicates

⁵⁸ Cf. art. 61 al. 2 ConstC BE qui exige que cent députés le demandent et un acte soumis à référendum facultatif; art. 31 al. 2 Cst. VS qui prévoit que la majorité du Grand Conseil peut demander qu'un acte soumis à référendum facultatif soit soumis à la sanction populaire; art. 67 al. 3 Cst-GE qui prévoit que la majorité des deux tiers des voix exprimées peut décider de soumettre à votation populaire un objet soumis à référendum facultatif; art. 79 Cst. JU qui prévoit qu'une décision du Parlement (majorité simple) peut conduire à un vote populaire sur n'importe quel objet de la compétence de ce dernier; voir aussi AUER (2016), N 1030-1037.

⁵⁹ Voir ATF 104 Ia 226 et Tribunal fédéral, arrêt 1C_51/2014 du 25 mars 2014, jurisprudence qui concerne cependant l'organisation de votations consultatives.

⁶⁰ Voir notamment SCHMID (2013), p. 146-149; Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 4 ad art. 32 Cst. ZH; GRISEL (2004), N 873.

– ne convainc pas lorsqu’il s’agit de juger de la constitutionnalité d’un éventuel référendum extraordinaire qui porterait sur une convention intercantonale de « rang constitutionnel ». Comme nous l’avons vu, la décision du parlement de soumettre exceptionnellement une telle convention à référendum obligatoire pourrait servir, précisément, à respecter la règle constitutionnelle fédérale selon laquelle toute modification de la constitution cantonale doit être acceptée par le peuple (sur la question, *supra* N 448 ss).

La situation au niveau fédéral. – C’est par ailleurs la pratique au niveau fédéral. Depuis plus de quarante ans maintenant, l’Assemblée fédérale et le Conseil fédéral répètent et appliquent le principe selon lequel les traités internationaux pouvaient – voire devraient – être soumis à référendum constitutionnel, même en l’absence de base constitutionnelle expresse, à chaque fois qu’ils « revêtent une importance extraordinaire à tel point qu’ils doivent être considérés comme étant de rang constitutionnel »⁶¹ ou lorsque « des raisons matérielles et politiques plaident en ce sens »⁶². Sur le principe, la compétence parlementaire de décider d’un référendum obligatoire extraordinaire pourrait être alors assimilée à une règle constitutionnelle non écrite, ce qui n’est pas véritablement contesté en doctrine⁶³.

Conclusion. – En somme, à l’instar de ce qui prévaut au niveau fédéral, la compétence parlementaire de décider d’un référendum obligatoire extraordinaire pourrait être assimilée à une règle constitutionnelle cantonale non écrite, à moins qu’il ne faille déduire un silence qualifié du constituant s’agissant de cette question, ce qu’il convient d’examiner dans chaque cas d’espèce.

469

⁶¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2004/III), p. 5912 s., où celui-ci a considéré qu’un tel référendum ne s’imposait pas pour les accords d’association à Schengen/Dublin, ces accords ne limitant pas la souveraineté de la Suisse et ne dérogeant pas à la répartition interne des compétences.

⁶² CONSEIL FÉDÉRAL (1992), p. 529, où ce dernier avait considéré que l’adhésion à l’Espace économique européen (EEE) devait faire l’objet d’un référendum obligatoire; voir, également, CONSEIL FÉDÉRAL (2010/V), p. 6360 et 6374 s.; BO 2011 E 844-846, et BO 1998 N 54 s. (tirés à part) où les Chambres fédérales ont à chaque fois confirmé le maintien de cette pratique et leur volonté de ne pas la codifier dans la Constitution fédérale selon la formule « *das Ungeschrieben ungeschrieben sein lassen* ».

⁶³ Voir pour une opinion favorable à un tel référendum, SG Komm. BV-THÜRER/DIGGELMANN, N 24-26 ad art. 140 Cst.; SG Komm. BV-KLEY/PORTMANN (2014), N 29 ad Vorbemerkungen zur Aussenverfassung; SG Komm. BV-EHRENZELLER/NOBS (2014), N 10 et 14 ad art. 140 Cst.; apparemment aussi BIAGGINI (2017), N 9 ad art. 140 Cst.; BRUNNER B. (2014), p. 61-64, AUBERT (2003), N 12 ad art. 140 Cst.; pour une opinion contraire, HÄFELIN ET AL. (2016), N 1911, et BSK BV-EPINEY/DIEZIG (2015), N 14 ad art. 140 Cst.; voir aussi sur la question de manière plus générale, PLATIPODIS-BÄTSCHMANN (2013), p. 58 s.

4. Les initiatives populaires en matière intercantonale

470 *Un nouveau type de droit politique.* – Les initiatives concernant la conclusion des traités ont été longtemps inconnues du droit constitutionnel suisse qui ne les a toutefois jamais interdites⁶⁴. Depuis quelques décennies, ce genre d'initiative – que le Tribunal fédéral considérait en 1947 comme « *nicht undenkbar* »⁶⁵ – est consacré par de nombreuses constitutions cantonales.

471 *Quelques exemples.* – Ainsi, en droit vaudois et en droit bernois, une initiative peut avoir pour objet l'ouverture de négociations en vue de la conclusion ou de la révision ainsi que la dénonciation d'une convention intercantonale, lorsque cette convention est sujette au référendum facultatif ou soumise au référendum obligatoire⁶⁶. Il existe bien entendu des dispositions similaires dans certaines constitutions cantonales alémaniques⁶⁷.

B. Les droits populaires communaux et intercommunaux

472 *Plan.* – Nous l'avons dit : la recherche de règles d'organisation conventionnelle intercantonale passe obligatoirement par une analyse des droits politiques cantonaux. De manière analogue, la recherche de règles d'organisation conventionnelle intercommunale passe par une analyse des droits politiques communaux, du moins dans les cantons où ces droits sont garantis constitutionnellement.

À partir de là, nous estimons utile de survoler, pour les besoins de la présente thèse, la problématique du droit de référendum obligatoire minimal que prévoient certaines constitutions cantonales (1) ainsi qu'évidemment, celle de la réglementation constitutionnelle cantonale des droits politiques intercommunaux (2).

1. Le référendum obligatoire minimal au niveau communal

473 *En général.* – À l'instar de ce qu'a fait le constituant fédéral en matière cantonale, certains constituants cantonaux ont institué une sorte de « droit de référendum obligatoire minimal » en matière communale. C'est le cas dans les cantons de Berne et du Jura, où la constitution cantonale prévoit que les communes doi-

⁶⁴ Cf., entre autres, ATF 96 I 636, consid. 4d.

⁶⁵ ATF 73 I 103, consid. 5.

⁶⁶ Art. 78 let. c Cst-VD et art. 58 al. 1 let. c ConstC BE.

⁶⁷ Cf. également art. 27 al. 1 let. c Cst. SH; art. 23 let. e Cst. ZH; art. 28 let. c Cst. SZ.

vent se doter d'un règlement (communal) d'organisation adopté « au vote populaire » ou « par le corps électoral »⁶⁸. Précisons que l'on peut parler de véritable « référendum communal obligatoire », car il va de soi que, même si la règle n'est pas toujours précisée au niveau constitutionnel, la modification du règlement d'organisation est soumise à la même procédure que celle de son adoption⁶⁹.

La valeur « constitutionnelle » du règlement d'organisation. – La problématique du référendum communal obligatoire présente plusieurs similitudes avec celle du référendum constitutionnel cantonal⁷⁰, dans la mesure où les cantons qui instituent un tel référendum prêtent une valeur quasiment constitutionnelle au règlement communal d'organisation (*Gemeindeordnung*)⁷¹. Ce règlement bénéficie en effet d'une légitimité démocratique supérieure, comme toute « constitution formelle »⁷², et prime en principe sur les autres actes normatifs communaux, notamment ceux qui ont été adoptés par l'organe législatif communal, même s'ils ont aussi fait l'objet d'un référendum⁷³. En outre, s'il n'est pas interdit d'insérer dans plusieurs actes communaux différents les diverses règles qui, d'un point de vue matériel, doivent être prévues par le règlement

474

⁶⁸ Art. 116 al. 1 ConstC BE; art. 115 Cst. JU; voir aussi art. 89 Cst. ZH; art. 59 al. 2 Cst. TG; art. 102 al. 2 de la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures du 30 avril 1995 (Cst. AR; RS 131.224.1). Parfois, le droit de référendum sur l'adoption et sur la révision du règlement d'organisation n'est pas expressément prévu, mais ressort implicitement du texte constitutionnel. C'est le cas en droit constitutionnel schaffhousois qui utilise le terme de « *Gemeindeverfassung* » (art. 103 Cst. SH) ainsi qu'en droit lucernois et en droit argovien compte tenu d'une interprétation téléologique de la constitution cantonale (voir art. 70 al. 1 Cst. LU et art. 107 al. 2 Cst. AG; art. 94 al. 2 Cst. SG; art. 47 al. 1 Cst. BL; respectivement Komm. KV LU-ZEMP [2010], N 5 ad art. 70 Cst. LU et EICHENBERGER [1986], N 6 ad art. 107 Cst. AG); aussi AUER (2016), N 760.

⁶⁹ Cf. d'ailleurs art. 74 al. 1 let. b LCom JU et art. 23 al. 1 let. c LCo BE selon lesquels la modification du règlement d'organisation relève de la compétence intransmissible du corps électoral.

⁷⁰ On soulignera ici qu'ARN (cf. [1992], p. 46) semble soutenir que l'art. 51 al. 1 Cst. impose un référendum obligatoire et un droit d'initiative au niveau communal dans la mesure où le droit cantonal – notamment la constitution cantonale – ne définirait pas l'organisation générale des communes.

⁷¹ Sur la question également, cf. REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 37; FRIEDERICH (2013), N 56; THALMANN (2011), N 1.2 ad art. 41 GG ZH; Komm. KV ZH-JAAG (2007), N 7 ad art. 89 Cst. ZH.

⁷² STÄHELIN (2007), N 4 ad § 59 Cst. TG; THALMANN (2002), N 2.2 ad § 41 GG ZH; WICHTERMANN (1999), N 14 ad art. 51; ARN (1992), p. 46; aussi AUER (2016), N 758.

⁷³ Dans ce sens, REGIERUNGSRAT ZH (2013), p. 111; REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 37; BAUMANN (2017), p. 103; FRIEDERICH (2013), N 59; JAAG (2007), N 2 ad art. 89 Cst. ZH; N 59; WICHTERMANN (1999), N 15-17 ad art. 51 LCo BE; EICHENBERGER [1986], N 6 ad art. 107 Cst. AG; pour un cas d'application, voir Conseil-exécutif BE, décision du 24 avril 2002, in: JAB 2003, p. 145, consid. 3c et 3d.

d'organisation, il n'est pas possible de contourner la procédure prévue pour l'adoption de ce règlement ; il convient de soumettre chacun des actes communaux contenant de telles règles à référendum obligatoire⁷⁴. Il existe donc, au niveau communal, une sorte de « constitution matérielle » minimale comme au niveau cantonal (sur la question, *supra* N 452).

475 *L'objet minimal du règlement d'organisation.* – La question reste de définir ce qui doit être nécessairement réglé par le règlement d'organisation communal. Autrement dit, on peut se demander quelles sont les règles dont l'adoption, respectivement la modification ou l'abrogation doit obligatoirement passer par un référendum au niveau communal.

Il faut *a priori* retenir à ce sujet – et pour reprendre la formulation du droit bernois – que le règlement d'organisation doit « fixe[r] dans les grandes lignes l'organisation communale, les compétences et la participation du corps électoral »⁷⁵. L'idée est que seul le corps électoral communal a le droit de décider de la répartition des pouvoirs et de leur délégation⁷⁶ et, en particulier, de décider qui détient le pouvoir de légiférer dans la commune⁷⁷. L'objectif du règlement d'organisation est également de fixer une organisation et une répartition claire des compétences au niveau communal⁷⁸. À partir de là, seules les règles importantes doivent obligatoirement s'y trouver⁷⁹ et cette importance doit s'apprécier en fonction de l'ensemble des circonstances, en tenant compte de l'évolution politique et sociale⁸⁰. Sur ce point à nouveau, les règlements d'organisation communaux présentent une certaine analogie avec les constitutions cantonales (sur la question, *supra* N 455).

476 *La pratique.* – En pratique, les législateurs cantonaux définissent de manière plutôt étroite – avec une certaine retenue⁸¹ – les règles d'organisation qui doivent obligatoirement être prévues par le règlement communal d'organisation. Chaque règle qui fixe l'organisation de la commune ne doit pas forcément être reprise dans ce règlement. Par exemple, il est envisageable de régler les compétences de commissions communales spéciales, voire celles du personnel communal, au travers d'un simple règlement communal⁸². Il est par ailleurs possible

⁷⁴ Dans ce sens, FRIEDERICH (2013), N 58; WICHTERMANN (1999), N 19 ad art. 51 LCo BE.

⁷⁵ Art. 51 LCo BE; cf. aussi art. 21 GG SH; REGIERUNGSRAT ZH (2013), p. 111; REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 37; STÄHELIN (2007), N 4 ad art. 59 Cst. TG.

⁷⁶ THALMANN (2002), N 2.2 ad art. 41 GG ZH.

⁷⁷ Art. 52 al. 2 LCo BE; REGIERUNGSRAT ZH (2013), p. 81.

⁷⁸ BAUMANN (2017), p. 103.

⁷⁹ STÄHELIN (2007), N 4 ad § 59 Cst. TG.

⁸⁰ WICHTERMANN (1999), N 4 ad art. 51 LCo BE.

⁸¹ Conseil exécutif BE, décision du 24 avril 2002, in: JAB 2003, p. 145.

⁸² WICHTERMANN (1999), N 5 ad art. 51 LCo BE.

que le règlement d'organisation ne contienne aucune règle de droit matériel⁸³, ni même qu'elle n'énumère une quelconque tâche communale⁸⁴.

2. Les droits politiques intercommunaux

En général. – Comme nous l'avons déjà évoqué, les constituants et les législateurs cantonaux ont tenu à amoindrir le déficit démocratique que l'on peut reprocher à la collaboration intercommunale en instaurant des droits politiques intercommunaux (sur la question, *supra* N 231 s.). Aujourd'hui, la plupart des constitutions des cantons romands – y compris celle du canton de Berne, mais exception faite de celles des cantons du Jura et du Valais – et de nombreuses constitutions alémaniques traitent de la problématique des droits politiques au sein des organisations intercommunales. 477

Schématiquement, on peut considérer que les constituants ont procédé de trois ou quatre manières différentes.

La garantie constitutionnelle directe de droits politiques. – Tout d'abord, certains cantons ont choisi de garantir des droits politiques intercommunaux directement dans leurs constitutions⁸⁵. Ainsi, selon l'art. 51 Cst. FR, « les citoyens actifs des communes membres d'une association [de communes] ont le droit d'initiative et de référendum ». Quelques cantons alémaniques connaissent une règle similaire⁸⁶. La constitution cantonale zurichoise connaît par exemple une disposition analogue à celle du droit fribourgeois qui dispose que « [l]es droits populaires garantis au niveau communal doivent aussi l'être, par analogie, au niveau des syndicats de communes » et que « [t]outes les personnes ayant le droit de vote sur le territoire du syndicat ont un droit d'initiative et un droit de référendum »⁸⁷. 478

Les mandats donnés au législateur cantonal. – Ensuite, plusieurs constituants cantonaux ont simplement donné au législateur cantonal le mandat d'aménager des droits politiques intercommunaux. On prendra ici l'exemple de l'art. 136 Cst-GE qui dispose que « [la loi] garantit le contrôle démocratique des structures intercommunales » et que, pour ce faire, « [e]lle peut prévoir 479

⁸³ THALMANN (2002), N 2.4.2 ad art 41 GG ZH.

⁸⁴ BAUMANN (2017), p. 103; THALMANN (2002), N 2.4.1 ad art. 41 GG ZH.

⁸⁵ Dans le même sens, Komm. KV ZH-JENNI [2007], N 2 ad art. 93 Cst. ZH.

⁸⁶ Voir en particulier art. 39 al. 1 Cst. SZ, selon lequel « [l]es syndicats de communes s'organisent conformément au principe démocratique et se dotent du droit d'initiative et du droit de référendum »; VERFASSUNGSKOMMISSION SZ (2009), p. 70, qui précise qu'il s'agit là d'une obligation; voir encore KR-Protokoll SZ, Séance du 19/20 mai 2010, p. 876 s., où le parlement cantonal refuse d'amender le projet en ce sens qu'une telle obligation ne vaudrait que « *in der Regel* ».

⁸⁷ Art. 93 al. 2 Cst. ZH.

l'exercice de l'initiative populaire et du référendum au niveau intercommunal ». L'art. 155 al. 4 Cst-VD va dans le même sens en retenant timidement que « [l]a loi définit (...) le contrôle démocratique des diverses formes de collaboration intercommunale ». À nouveau, quelques constitutions cantonales alémaniques contiennent des dispositions semblables⁸⁸.

480 *Les principes régissant l'organisation intercommunale.* – Enfin, quelques constituants cantonaux se sont contentés de souligner le principe général selon lequel l'ensemble des autorités chargées de la collaboration intercommunale – et, en cela, non seulement les autorités cantonales, mais également communales – doivent faire en sorte que l'organisation intercommunale soit démocratique, le cas échéant par le biais de droits politiques intercommunaux⁸⁹. Il en va ainsi de l'art. 92 al. 3 Cst. NE qui retient que « la collaboration intercommunale doit ménager les procédures démocratiques »⁹⁰. Il en va de même de l'art. 110 al. 4 ConstC BE qui dispose que « [l]es droits de participation du corps électoral et des autorités des communes qui sont membres d'une organisation intercommunale seront sauvegardés »⁹¹.

⁸⁸ Voir, particulièrement, art. 108 al. 4 Cst. AG dans la note précédente et EICHENBERGER (1986), N 16 ad art. 108 Cst. AG. Remarquons cependant que cette disposition constitutionnelle argovienne est parfois interprétée comme une norme garantissant un véritable droit politique d'élire les délégués (« *echte Wahlgarantie* ») au sein d'une association de communes (BAUMANN [2017], p. 180 s.).

⁸⁹ Dans le même sens, pour une même distinction, Komm. KV LU-LAUBER (2010), N 7 ad art. 71 Cst. LU; Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 5-6 ad art. 93 Cst. ZH.

⁹⁰ BAUER (2015), N 3.1 ad art. 92 Cst. NE; COMM. « CONSTITUTION » (1999), p. 96: « L'alinéa 3 rappelle au législateur, ainsi qu'aux organes compétents des syndicats intercommunaux, que l'organisation de ces syndicats, de même que toute autre forme de collaboration, doivent laisser une part importante au suffrage universel, à l'élection populaire et aux instruments de la démocratie directe. En un mot, la collaboration intercommunale ne doit pas devenir le domaine réservé des exécutifs communaux ».

⁹¹ On prétend parfois que cette disposition ne fait que garantir que les droits politiques communaux ne soient pas totalement vidés de leur substance par la collaboration communale (cf. Komm. GG BE-FRIEDERICH [1999], N 5 ad art. 133 LCo BE; apparemment dans ce sens, CONSEIL-EXÉCUTIF BE [2007], p. 32). Toutefois, l'art. 110 al. 4 est inspiré – ou plutôt « suit la voie tracée » par – d'autres constitutions cantonales antérieures qui tendaient au développement de droits politiques intercommunaux, comme l'art. 108 al. 4 Cst. AG qui prévoit que « [l]es électeurs des communes associées ont dans les unions de communes, conformément à la loi, les droits de vote, de plainte et de décision » et, surtout, l'art. 48 al. 2 Cst. BL qui prévoit lui que « [l]es droits de participation des citoyens dans les syndicats de communes doivent être préservés » (cf. COMM. CONSTC BE [1991], p. 78). Dès lors, la disposition tend également – même si ce n'est peut-être pas son objectif principal – à ce que les communes veillent à prévoir des droits de participation intercommunaux pour les citoyens bernois domiciliés sur le territoire de ces communes lorsqu'elles rédigent les statuts d'un syndicat [intercommunal] (OFFICE JURIDIQUE BE [2004], p. 56; voir d'ailleurs Komm. GG BE-FRIEDERICH ([1999], N

L'absence de base constitutionnelle. – À vrai dire, l'introduction et la consécration de droits populaires intercommunaux ne sont pas toujours l'œuvre des constituants, mais souvent l'œuvre originelle – et originale – des législateurs cantonaux. C'est ainsi que des cantons, comme ceux du Jura et du Valais, connaissent des droits politiques intercommunaux alors même que leurs constitutions sont totalement muettes sur ce point. Dans ces deux cantons, personne ne semble s'être demandé si l'introduction de tels droits politiques nécessitait une base constitutionnelle expresse ou si elle contrevenait à la constitution cantonale qui règle pourtant, de manière passablement détaillée, les droits politiques, notamment communaux⁹². Une situation similaire prévaut encore dans une certaine mesure dans le canton de Fribourg s'agissant des droits politiques existant au sein des agglomérations. Ces droits ont été introduits – et sont actuellement prévus – par la LAgg FR, mais pas par la constitution cantonale⁹³.

481

En somme, on semble considérer que l'introduction de droits politiques intercommunaux ne représente pas forcément une mesure légale violant la constitution, ni une mesure de rang constitutionnel (sur la question, *supra* N 456 s.).

L'absence de base constitutionnelle : suite. – Par le passé, d'autres cantons, comme les cantons de Vaud et de Neuchâtel, avaient déjà procédé de la sorte jusqu'à l'adoption de la nouvelle constitution cantonale qui fournit désormais une base constitutionnelle expresse aux droits politiques intercommunaux préexistants, afin de permettre une certaine consolidation de ceux-ci⁹⁴. Là aussi, le

482

5-10 ad art. 133 LCO BE, lequel consacre deux pages à expliquer pourquoi aucun droit politique intercommunal n'est obligatoire dans les associations de communes au sens de la constitution cantonale). C'est d'ailleurs l'interprétation donnée à l'art. 106 Cst. SH, lequel a été inspiré de la disposition bernoise (cf. SPAHN [2004], § 106 Cst. TG, p. 302 s.), et à l'art. 71 Cst. LU, qui est pratiquement calqué sur cette dernière (« *Die Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten sind zu wahren.* »; voir Komm. KV LU-LAUBER [2010], N 7 ad § 71 Cst. LU).

⁹² Voir GOUVERNEMENT JU (2009), p. 487; CONSEIL D'ÉTAT VS (2003), p. 333 s. et 359.

⁹³ On concédera que sous l'empire de la constitution cantonale en vigueur au moment de l'adoption de la LAgg FR, les droits communaux étaient uniquement réglés par la loi (sur le fait que les droits politiques communaux ont été hissés au rang constitutionnel lors de la dernière révision totale de la constitution cantonale, cf. CONSEIL D'ÉTAT FR [2006], p. 129; DILLIER [2005], p. 197).

⁹⁴ En particulier, DILLIER (2005), p. 197 s., à propos du raisonnement de la constituante au sujet de la réglementation constitutionnelle des droits politiques au sein des associations de communes fribourgeoises qui étaient déjà aménagés en partie par la LCo FR au moment de la révision totale de la constitution cantonale; aussi, pour la situation en droit lucernois, Komm. KV LU-LAUBER (2010), N 7 ad § 71 Cst. LU, et REGIERUNGSRAT LU (1977), p. 254 s.

plus souvent, personne ne s'était interrogé sur la constitutionnalité ou sur l'exigence d'une base constitutionnelle expresse à de tels droits⁹⁵. Tout au plus avait-on considéré à Neuchâtel que le droit constitutionnel ne réglait alors pas exhaustivement les droits politiques dans le canton⁹⁶.

III. L'aménagement des droits politiques

483 *Introduction.* – Les droits politiques intercommunaux ou intercantonaux qui peuvent ou pourraient exister au sein d'une organisation régionale conventionnelle doivent être aménagés dans le respect des règles constitutionnelles fédérales applicables aux droits politiques cantonaux et communaux. La garantie fédérale des droits politiques ancrée à l'art. 34 Cst. est en effet applicable à l'ensemble des droits politiques⁹⁷. Or, cette garantie limite l'autonomie organisationnelle des cantons et des communes sous deux aspects au moins.

D'une part, les cantons et les communes doivent respecter certaines cautions lorsqu'ils fixent les conditions d'exercices des droits populaires qu'ils instituent afin de ne pas les vider de leur substance (A). D'autre part, ils doivent mettre en place des droits politiques et organiser des scrutins qui respectent l'égalité des citoyens, en l'occurrence le principe d'égalité des droits politiques (B).

A. Les conditions d'exercice des droits populaires

484 *La problématique.* – Si chaque citoyen pouvait à lui seul demander qu'un référendum ait lieu contre une loi ou que les citoyens se prononcent sur l'introduction de n'importe quelle nouvelle règle de droit, les droits populaires risqueraient de paralyser l'activité étatique. Les constituants ainsi que les législateurs

⁹⁵ Voir en particulier CONSEIL D'ÉTAT VD (1975), p. 184 et 188, qui, pourtant, a refusé d'introduire un droit d'initiative populaire au niveau intercommunal simultanément au droit de référendum intercommunal, parce qu'il nécessitait, selon lui, une révision constitutionnelle; également, pour un exemple récent, dans le canton de Lucerne, REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 27.

⁹⁶ Voir CONSEIL D'ÉTAT NE (1979), p. 1999, lequel considérait ce qui suit au moment de l'introduction des droits politiques intercommunaux sous l'empire de l'ancienne constitution: « La Constitution ne prévoit le droit de référendum que pour les décisions émanant du Grand Conseil. Elle renvoie à la loi pour régler la forme sous laquelle s'exerce ce droit. Mais puisque la loi sur l'exercice des droits politiques a elle-même étendu le droit de référendum à l'échelon communal, nous estimons qu'elle peut aussi l'étendre à l'échelon du syndicat. »

⁹⁷ Notamment BSK BV-TSCHANNEN (2015), N 8 ad art. 34 Cst.; SG Komm. BV-STEINMANN (2014), N 9 ad art. 34 Cst., qui souligne que la garantie des droits politiques « *schliesst sämtliche staatliche Ebenen ein, d.h. Bund, Kantone, Gemeinde sowie öffentlich-rechtliche Körperschaften* »; voir en lien avec ATF 120 Ia 194, consid. 1.

cantonaux posent donc certaines conditions pour qu'une demande de référendum ou qu'une initiative populaire soit valablement déposée et aboutisse à un vote populaire. Généralement, ils prévoient que les référendaires ou les initiants doivent récolter, dans un délai déterminé, un nombre minimal de signatures qui atteste que leur démarche est soutenue par une part non négligeable des citoyens et n'est donc pas dénuée de chance de succès (pour le détail, *infra* N 488 ss).

L'interdiction des conditions prohibitives. – Personne ne conteste que les cantons jouissent d'une marge de manœuvre assez large dans l'aménagement des conditions d'exercice des droits populaires cantonaux et communaux. Une telle marge de manœuvre découle typiquement de leur autonomie d'organisation⁹⁸. Il n'en demeure pas moins qu'en fixant les conditions d'exercice des droits populaires, les cantons et, le cas échéant, les communes – lorsque celles-ci disposent d'une autonomie dans l'aménagement des droits politiques communaux – doivent respecter l'art. 34 al. 1 Cst. qui garantit l'exercice effectif des droits politiques. Il serait contraire à cette disposition de rendre factice un droit populaire en compliquant son exercice à un point tel qu'il n'existe aucune chance pour les citoyens de le concrétiser. Relevons en outre que le procédé heurterait aussi les principes de la proportionnalité et de la bonne foi (« *Fairness* ») que doit respecter l'État⁹⁹.

485

Autrement dit et pour reprendre la formulation développée par le Tribunal fédéral, le canton ou la commune qui prévoit ou aménage un droit populaire ne doit pas poser des conditions « prohibitives » à son exercice. De telles conditions doivent au contraire être « cohérentes » et offrir des « chances réelles » de concrétiser les droits populaires en question¹⁰⁰. Ce principe s'applique évidemment à la question de la détermination du nombre de signatures à récolter en vue de l'aboutissement d'une initiative populaire ou d'une demande de référendum et du délai pour le faire.

Le nombre de signatures requis. – Vu ce qui précède, il n'est pas possible de conditionner l'aboutissement d'une demande de référendum ou d'initiative à la réunion d'un nombre excessif de signatures. Par exemple, la doctrine considère assez généralement qu'exiger que la moitié des électeurs soutienne une initiative ou une demande de référendum viderait ces droits politiques de tout leur sens¹⁰¹. Le Tribunal fédéral a quant à lui déjà eu l'occasion de juger qu'il

486

⁹⁸ Voir, entre autres, ATF 140 I 58, consid. 3.3.1; aussi ATTINGER (2016), p. 54; BUSER (2011), N 279; MARTENET (1999), p. 220.

⁹⁹ ATF 140 I 58, consid. 3.3.2.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 42 ad art. 51 Cst.; SG Komm. BV-RUCH (2014), N 13 ad art. 51 Cst.; TÖNDURY (2003), p. 296-298; MARTENET (1999), p. 220; TSCHAN-NEN (1995), N 60; AUER (1978), p. 48; mais d'un autre avis apparemment, AUER (2016), N 589. À cet égard, selon cette même doctrine, le texte clair de l'art. 51 al. 1 Cst. qui prévoit

était admissible de demander qu'un référendum communal soit signé par un dixième des électeurs communaux, la fixation d'un pourcentage fixe en droit cantonal permettant de tenir compte des différences de population des communes¹⁰². Il a néanmoins reconnu au passage qu'il s'agissait là de « *eher hohen gesetzlichen Hürden für die Ergreifung eines Referendums* » dans une commune relativement grande, comme celle d'Aarau dont il est question dans l'arrêt¹⁰³.

Les opinions de TSCHANNEN et SALADIN. – S'agissant du nombre de signatures nécessaires à l'aboutissement d'une initiative populaire au niveau cantonal, TSCHANNEN soutient qu'au niveau cantonal, fixer un nombre de signatures allant au-delà de 10% du corps électoral contredirait le « *gefestigten gemeineidgenössischen Standard* »¹⁰⁴. SALADIN trouve quant à lui « quelque chose de plaisant » à l'idée selon laquelle les cantons devraient se limiter à demander un nombre de signatures proportionnel aux 100 000 exigées au niveau fédéral, nombre qui correspond à un peu moins de 2% du corps électoral suisse¹⁰⁵.

487 *Le délai de récolte des signatures.* – Selon une logique similaire, il n'est pas possible de conditionner l'aboutissement d'une demande de référendum ou d'une initiative populaire à la réunion d'un nombre de signatures dans un délai excessivement court. Évidemment, la question du caractère excessivement court du délai ne peut s'apprécier qu'en lien avec celle du nombre de signatures requis. La cohérence des conditions d'exercice s'examine de manière globale. Plus le nombre de signatures est important, plus le délai pour les récolter doit l'être. Cela dit, les cantons et, le cas échéant, les communes jouissent d'une marge d'appréciation importante, dont ils peuvent notamment se prévaloir lorsqu'ils entendent éviter un recours trop facile aux droits populaires. Dans l'arrêt déjà mentionné ci-avant, le Tribunal fédéral a considéré qu'un délai de trente jours pour récolter 1 376 signatures – nombre qui correspondait à un dixième des électeurs de la Ville d'Aarau – était certes « *anspruchsvoll* », mais admissible¹⁰⁶.

À l'exception de cette jurisprudence fédérale, il n'existe cependant aucune pratique judiciaire portant sur la question de l'admissibilité des conditions d'exercice des droits populaires. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral s'est même vu contraint d'utiliser une approche pragmatique – ou empirique – en relevant

qu'une initiative constitutionnelle doit pouvoir aboutir « si la majorité du corps électoral le demande » n'a qu'une valeur historique, datant notamment de l'époque des *Landsgemeinde* (pour un aperçu détaillé de la question, TÖNDURY [2007], p. 12-15). Dans l'ATF 140 I 58, consid. 4.1.1, le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ ATF 140 I 58, consid. 4.1.3.

¹⁰⁴ TSCHANNEN (1995), N 60; aussi TSCHANNEN (2016), N 17 ad § 18.

¹⁰⁵ Comm aCst.-SALADIN (1986), N 70 ad art. 6 aCst.

¹⁰⁶ ATF 140 I 58, consid. 4.2.1.

que, par expérience, l'aménagement des droits politiques communaux opéré par le législateur argovien n'avait pas empêché que des référendums aboutissent dans la commune d'Aarau¹⁰⁷.

La réglementation actuelle du droit d'initiative cantonale. – Vu l'absence de pratique judiciaire, il paraît important d'exposer ici la pratique constitutionnelle et législative relative aux conditions d'exercice des droits populaires.

S'agissant par exemple de l'exercice du droit d'initiative populaire visant une révision partielle de la constitution cantonale ou une simple révision législative, les constituants cantonaux ont généralement fixé un nombre minimal de signatures oscillant entre 2% et 5% du corps électoral, signatures à récolter dans un délai de trois à six mois en moyenne¹⁰⁸. Les cantons romands s'inscrivent parfaitement dans cette norme, même s'ils présentent la tendance à se montrer légèrement plus exigeants que les cantons alémaniques s'agissant du nombre de paraphes requis¹⁰⁹, mais, dans ces mêmes cantons romands, les délais de récolte de signatures, lesquels passent de quatre mois à une année, apparaissent un peu plus longs que la moyenne suisse¹¹⁰. Il est logique que les constituants qui ont fixé les seuils minimaux de signatures les plus élevés soient en général ceux qui autorisent les délais de récolte les plus longs et *vice versa*.

La réglementation actuelle du droit de référendum cantonal. – Le nombre de signatures requis pour soulever un référendum contre un acte du parlement

¹⁰⁷ *Ibidem*, consid. 4.2.2.

¹⁰⁸ Voir en particulier sur la question, SCHMITT (2014), p. 247-258, et TSCHENTSCHER (2012), p. 211; aussi AUER (2016), N 1053-1055.

¹⁰⁹ Cf. art. 56 et 57 Cst-GE, qui prévoient que 4% ou 3% du corps électoral est nécessaire selon que l'initiative est de rang constitutionnel ou législatif; art. 100 et 31 Cst. VS, qui prévoient que 6 000, respectivement 3 000 électeurs sur environ 212 000 doivent signer (ce qui représente à peu près 2.8% et 2.1%); art. 102 et 40 Cst. NE, qui prévoient que 6 000 électeurs, respectivement 4 500 électeurs sur environ 110 600 doivent signer une initiative constitutionnelle, respectivement une initiative législative populaire pour qu'elle aboutisse (c'est-à-dire à peu près 4.3% et 4% du corps électoral); art. 79 Cst-VD, qui prévoit que 12 000 électeurs sur environ 420 000 doivent signer (à peu près 2.8% des citoyens); art. 42 Cst. FR, lequel dispose que 6 000 citoyens sur à peu près 191 000 doivent signer une initiative populaire (environ 3.1% du corps électoral); art. 75 al. 1 Cst. JU, qui prévoit que 2 000 citoyens sur environ 51 500 doivent signer (environ 4% d'entre eux); art. 58 al. 2 ConstC BE qui dispose que 30 000, respectivement 15 000 citoyens sur environ 724 000 doivent signer selon que l'initiative vise la révision de la constitution cantonale ou la révision d'une loi (soit environ 4.2% et 2.1% du corps électoral).

¹¹⁰ Cf. art. 59 Cst-GE (4 mois); art. 110 LcDP VS (1 an); art. 40 Cst. NE (6 mois); art. 79 al. 2 Cst-VD (4 mois); art. 42 al. 2 Cst. FR (90 jours); art. 89 de la loi jurassienne sur les droits politiques du 26 octobre 1978 (LDP JU; RSJU 161.1; 12 mois); art. 58 al. 2 ConstC BE (6 mois); aussi AUER (2016), N 1061 s.

cantonal oscille quant à lui entre un 1.5% et 4% du corps électoral¹¹¹. Précisons qu'à nouveau, les cantons romands ont tendance à fixer des conditions plus strictes que les cantons alémaniques¹¹². Les référendaires doivent pour le reste récolter les signatures dans un délai qui s'échelonne entre quarante jours dans les cantons de Genève et de Vaud, soixante jours dans le canton du Jura et nonante jours dans les autres cantons. Ces délais qui sont à compter dès la publication de l'acte attaqué s'inscrivent ici dans la tendance générale des cantons suisses de prévoir des délais de référendum se situant entre un mois et trois mois¹¹³.

490

La réglementation des droits populaires communaux. – Enfin, l'aboutissement d'initiatives populaires communales ou de référendums populaires en matière communale requiert, lui, en règle générale, un nombre de signatures ne dépassant pas 10% du corps électoral communal¹¹⁴. Quant au délai de récolte des signatures, il ne descend en principe pas plus bas que trois mois pour les initiatives populaires communales, respectivement trente jours pour les demandes de référendum¹¹⁵. Un délai de vingt jours – comme il existait auparavant dans le canton le canton de Vaud – doit être considéré comme « très court »¹¹⁶.

De manière générale, s'agissant des conditions d'exercice des droits populaires communaux, les cantons romands font preuve d'un certain consensus¹¹⁷,

¹¹¹ Cf. art. 67 et 68 Cst-GE (3% du corps électoral en 40 jours); art. 31 Cst. VS (3 000 citoyens en 90 jours); art. 42 Cst. NE (4 500 électeurs en 90 jours); art. 84 al. 3 Cst-VD (12 000 électeurs en 40 jours); art. 46 Cst. FR (6 000 citoyens en 90 jours); art. 78 Cst. JU et 94 LDP JU (2 000 signatures en 60 jours); art. 62 al. 2 ConstC BE (10 000 électeurs en 3 mois).

¹¹² Cf., sur ce point, AUER (2016), N 1022, et BUSER (2011), N 332.

¹¹³ Cf., sur ce point, AUER (2016), N 1023, et BUSER (2011), N 332.

¹¹⁴ Voir notamment art. 115 de la loi neuchâteloise sur les droits politiques du 17 octobre 1984 (LDP NE; RSN 141); art. 51^{ter} et 52 LCo FR; art. 102 et 105 LDP JU; art. 116 et 117 ConstC BE; voir également les dispositions citées ci-après.

¹¹⁵ Cf. art. 71 al. 3 et 77 al. 2 Cst-GE et art. 59 Cst-GE (4 mois pour les deux droits populaires); art. 70 al. 5 LCo VS (60 jours pour demande le référendum, pas de règle de droit cantonal pour le délai d'initiative populaire); art. 116 et 130 LDP NE (6 mois pour l'initiative et 40 jours pour le référendum); art. 106i et 110a de la loi vaudoise sur l'exercice des droits politiques du 16 mai 1989 (LEDP VD; RSV 160.1; 3 mois, respectivement 30 jours); art. 139 et 137 de la loi fribourgeoise sur l'exercice des droits politiques du 6 avril 2001 (LEDP FR; RSF 115.1; 90 et 30 jours); art. 106 LDP JU (30 jours pour la demande de référendum); art. 14 et 19 LCo BE (6 mois pour l'initiative et 30 jours pour le référendum).

¹¹⁶ CONSEIL D'ÉTAT VD (2011/II), p. 13.

¹¹⁷ On exceptera ici la législation valaisanne qui pose la règle subsidiaire selon laquelle, en l'absence de réglementation communale contraire, la quote-part de signatures nécessaire s'élève à un cinquième des électeurs communaux, soit à 20% de ceux-ci (cf. art. 64 et art. 70 LCo VS). Enfin, l'on mentionnera également la solution retenue par les cantons formés de communes de grandeur extrêmement variables. Ainsi, les citoyens genevois qui entendent

étant précisé que quelques constituants ou législateurs – comme le constituant genevois ou les législateurs neuchâtelois et vaudois – ont plutôt eu la tendance, ces dernières décennies, à abaisser le nombre de signatures requis. En effet, on constate en général qu'il est de plus en plus difficile de récolter des signatures malgré l'augmentation de la population, notamment parce que la vie sociale est devenue plus anonyme, que les bureaux de vote ont tendance à disparaître au profit du vote par correspondance et parce qu'il existe une sorte de baisse d'intérêt à la vie politique¹¹⁸.

Le seuil de 10% et la sévérité du droit vaudois. – Aujourd'hui, la réglementation qui peut s'avérer la plus restrictive *de facto* est l'œuvre du législateur vaudois qui, dans les communes de moins de cinquante mille électeurs, contraint les citoyens référendaires à réunir en trente jours un nombre de signatures correspondant à quinze pour cent du corps électoral communal. On peut même se demander si une telle réglementation n'empêche pas à l'excès l'exercice du droit de référendum communal.

491

À titre de comparaison, le Tribunal fédéral a considéré que l'obligation de réunir en trente jours un nombre de signatures représentant 10% du corps électoral de la commune d'Aarau – qui compte environ 14 000 électeurs – était certes admissible, mais plutôt sévère (« *eher streng* »)¹¹⁹. Le Conseil d'État fribourgeois semble se rallier à cette opinion. Selon lui, un nombre de signatures correspondant au dixième des citoyens est conforme au droit constitutionnel, mais il s'agit là d'un seuil « relativement élevé »¹²⁰. Il faut tenir compte du fait que les fusions de communes ont pour effet que le nombre de signatures à récolter a augmenté en chiffres absolus. Le fameux « dixième » apparaît ainsi comme un seuil maximal selon les autorités fribourgeoises.

faire aboutir une initiative ou un référendum doivent rallier à leur cause 20% de leurs concitoyens s'ils habitent dans une commune comptant moins de 5 000, mais seulement 5% de leurs concitoyens si cette dernière en compte plus de 30 000 (cf. art. 71 et 77 Cst-GE). Quant aux citoyens vaudois, s'ils vivent dans une commune abritant moins de 50 000 électeurs, ils doivent convaincre 15% de leurs concitoyens de signer leur initiative ou leur demande de référendum (cf. art. 106g et 110a LEDP VD).

¹¹⁸ CONSTITUANTE (COMM. 2) GE (2010), p. 6; CONSEIL D'ÉTAT VD (2005/II), p. 8437; COMM. LÉGISLATIVE NE (2006) : « [A]vec ses 15% d'électeurs inscrits, le canton de Neuchâtel est d'une excessive rigueur sur le plan de l'initiative et du référendum en matière communale. Cela pose un problème d'accès aux outils démocratiques voulus par le législateur. »; aussi HOTTELIER/TANQUEREL (2014), p. 367, lesquels soulignent que les exigences constitutionnelles, autrefois valables dans les plus petites communes genevoises, de réunir des signatures correspondant à 30% du corps électoral dans un délai de 21 jours étaient « extrêmement élevés », étant précisé que le pourcentage requis se monte aujourd'hui à 20%.

¹¹⁹ ATF 140 I 58, consid. 4.3.

¹²⁰ CONSEIL D'ÉTAT FR (2016/II), p. 3.

B. L'égalité des droits politiques

492 *La problématique.* – Au sens de l'art. 34 Cst., dès lors qu'un droit politique a été accordé aux citoyens, ces derniers peuvent exiger non seulement que l'exercice de ce droit soit effectif, mais aussi qu'il permette une expression fidèle et sûre de leur volonté. Or, le respect d'une certaine égalité de traitement dans l'aménagement de ce droit est essentiel si l'on veut qu'une telle exigence soit observée. L'expression des citoyens ne peut être fidèle et sûre que si elle est représentative du corps électoral et il n'y a pas de représentativité du corps électoral sans égalité des citoyens. Le principe, qui est expressément consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹²¹, fait l'objet de nombreux rappels dans la jurisprudence¹²² et a été largement développé par la doctrine¹²³.

L'égalité des droits politiques n'est donc pas seulement un principe résultant de la règle générale d'égalité postulée à l'art. 8 al. 1 Cst., mais bien un principe démocratique constitutionnel indépendant que doivent respecter tous les systèmes électoraux qui se prétendent démocratiques¹²⁴. Dans la mesure où le principe vise à assurer une représentativité du corps électoral la plus parfaite possible, il implique plus que le respect de l'adage « *one man – one vote* »¹²⁵. Il présuppose le respect d'autres postulats fondamentaux, parmi lesquels figurent notamment le « sous-principe » de l'égalité du poids électoral (1) et celui de l'égalité des chances des droits politiques (2).

1. L'égalité du poids électoral

493 *En général.* – Tout d'abord, le principe de l'égalité du poids électoral (*Stimmkraftgleichheit* ou *Repräsentationsgleichheit*) tend à ce que la voix d'un votant ou d'un électeur ait le même poids – ou la même importance théorique –

¹²¹ Cf. art. 25 let. b du Pacte ONU II ratifié par la Suisse le 13 décembre 1991 (RS 0.103.2) : « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'art. 2 et sans restrictions déraisonnables (...) (d) voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs. »

¹²² Cf. ATF 129 I 185, consid. 7.2, et ATF 131 I 74, consid. 3.1.

¹²³ Sur le lien important entre la garantie des droits politiques et l'égalité des droits politiques, voir, entre autres, pour un résumé, HANGARTNER (2005), p. 224-225; PUKELSHEIM/SCHUHMACHER (2004), p. 506; STEINMANN (2003), p. 487-489.

¹²⁴ Cf. à ce sujet ATF 129 I 185, consid. 3.1, qui souligne le fait qu'historiquement, c'est l'art. 8 Cst. ou, plutôt, l'art. 4 aCst. qui a puisé son origine dans la nécessité de garantir l'égalité des droits politiques, non l'inverse; aussi BSK BV-TSCHANNEN (2015), N 14 ad art. 34 Cst.; SG Komm. BV-STEINMANN (2014), N 7 ad art. 34 Cst.

¹²⁵ Voir AUER (2016), N 891.

que celle des autres membres du corps électoral, et ce non seulement au sein d'une même circonscription, mais aussi en comparaison des votants ou des électeurs des éventuelles autres circonscriptions¹²⁶. Le principe entraîne notamment avec lui l'interdiction d'aménager des votations à la majorité qualifiée de même que l'obligation d'aménager des cercles électoraux équivalents.

L'interdiction des majorités qualifiées. – Bien évidemment, le principe de l'égalité du poids électoral exclut qu'une minorité relative d'électeurs puisse imposer son choix¹²⁷. Cette prééminence logique de la majorité est parfois rappelée expressément par la loi¹²⁸. Elle est tout particulièrement valable lors de votation, en ce sens que c'est la majorité des gens qui ont voté de manière valable qui doit l'emporter¹²⁹. Par conséquent, le fait d'exiger pour une révision constitutionnelle ou législative cantonale une majorité qualifiée des votants constituerait une atteinte à l'égalité du poids électoral, car le procédé octroierait une sorte de droit de veto à une minorité des citoyens du canton.

Dans la même logique, le fait d'exiger, lors d'une votation cantonale, non seulement la majorité des votants, mais également celle de structures infracantonales, comme les communes ou les districts, constituerait aussi une atteinte à l'égalité du poids électoral¹³⁰. Inconnue en droit cantonal, une telle règle qui avantagerait évidemment les électeurs des petites structures territoriales et qui pourrait conduire à négliger la volonté d'une majorité de la population – parfois extrêmement large – représenterait une violation trop importante et, partant, injustifiable de l'égalité des droits politiques. C'est en tous les cas ce que retient la doctrine majoritaire et ce qu'aurait déjà considéré l'Assemblée fédérale en 1852 lorsque cette dernière a refusé de garantir une vieille règle grisonne qui

494

¹²⁶ Cf., pour une vision approfondie, POLEDNA (1988), p. 66 ss.

¹²⁷ SANTSCHY (1982), p. 88.

¹²⁸ Voir, pour un exemple, art. 20 al. 3 LCo BE.

¹²⁹ HANGARTNER/KLEY (2000), N 405. En matière d'élection, le calcul de la majorité absolue ne peut pas être fixé librement non plus à la lumière de l'art. 34 al. 2 Cst. Il n'existe toutefois pas de méthode précise de calcul de la majorité absolue imposée aux cantons par le droit fédéral (cf. ATF 108 Ia 243, consid. 3b; Tribunal fédéral, arrêt 1C_210/2016 du 24 août 2016, consid. 3.2).

¹³⁰ GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 188; TSCHANNEN (2016), N 64a ad § 52; Komm. KV ZH-TÖNDURY (2007), N 19 ad art. 19 Cst. ZH; GRISEL (2004), N 27; TÖNDURY (2004), p. 293; HANGARTNER/KLEY (2000), N 1357; MARTENET (1999), p. 104 et 362; SALADIN (1983), p. 286: « *Noch tiefer in die bisherige Staatstruktur der Kantone würde eine vierte Lösung eingreifen: das Erfordernis eines Mehrs von Amtsbezirken (oder vergleichbaren "Segmenten") zusätzlich zum Mehr der Stimmenden, also eine Art innerkantonalen "Ständemehr". Ob diese Lösung den Sonderinteressen der "Betroffenen" besonders dienen würde, ist allerdings fraglich. (...) Im Übrigen wäre (...) die Vereinbarkeit mit Art. 6 BV sorgfältig zu prüfen.* »; AUBERT (1967), N 571; pour un avis plus nuancé, voir BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 39 ad art. 51 Cst.

exigeait que toutes les lois soient approuvées par la majorité des communes du canton¹³¹.

495 *L'équivalence des cercles électoraux.* – Le principe de l'égalité du poids électoral tend également à ce que chaque électeur ait non seulement le même poids que les autres électeurs de la circonscription à laquelle il appartient, mais qu'il ait aussi le même poids électoral que les électeurs des éventuelles autres circonscriptions. Cela signifie qu'en cas d'élection, le nombre de mandats attribués à chacune des circonscriptions électorales doit présenter un rapport égal avec le nombre d'habitants de chacune des circonscriptions. Autrement dit, dans un système de circonscriptions uninominales, celles-ci doivent avoir la même importance démographique et, dans un système de circonscriptions plurinominales, le rapport existant entre le nombre des sièges à pourvoir dans chacune des circonscriptions et la population de celles-ci doit être aussi équilibré que possible¹³².

496 *Les « inégalités » justifiées.* – Compte tenu notamment de l'autonomie des cantons en matière d'organisation politique et de la difficulté, voire de l'impossibilité systémique d'assurer une égalité parfaite des droits politiques, tant l'Assemblée fédérale – lorsqu'elle est appelée à garantir les constitutions cantonales – que le Tribunal fédéral – lorsqu'il est saisi d'un recours pour violation des droits politiques – reconnaissent que les droits politiques cantonaux et communaux ne doivent pas nécessairement respecter strictement l'égalité des droits politiques (aussi *infra* N 499). Les législateurs respectifs peuvent, entre autres, prévoir un aménagement des droits politiques assurant une représentation un peu plus forte des régions moins peuplées, lesquelles sont le plus souvent économiquement défavorisées et désavantagées par leur éloignement des grands centres. Ils peuvent également garantir aux habitants de ces territoires un nombre minimal de sièges auquel ces habitants n'auraient pas forcément droit d'un point de vue purement proportionnel¹³³.

De tels procédés doivent permettre de compenser dans une certaine mesure les éventuels déséquilibres économiques et démographiques entre les régions, dans un esprit de solidarité, même s'ils engendrent assurément des inégalités de poids électoral entre les citoyens urbains et ruraux.

¹³¹ Cf., entre autres, sur la pratique des Chambres fédérales, HANGARTNER/KLEY (2000), N 1357; AUBERT (1967), N 570.

¹³² Cf. à ce sujet, ATF 140 I 394, consid. 8.3 et, aussi, consid. 13 non publié; KÖLZ (1987), p. 9-10. En revanche, l'égalité du poids électoral n'exige en soi pas que le poids des cercles électoraux, c'est-à-dire le nombre de sièges attribués à chaque circonscription soit identique, étant cependant précisé qu'une telle exigence découle du principe de l'égalité des chances des droits politiques (*infra* N 497 ss).

¹³³ Voir BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 39 ad art. 51 Cst.; HANGARTNER/KLEY (2000), N 1392.

Excursus : Les inégalités lors des votations et élections fédérales. – Lors de l’élection du Conseil des États et de révisions constitutionnelles soumises à un vote à la double majorité des votants et des cantons, un citoyen d’un petit canton jouit d’un droit de vote qui « pèse » plus de trente fois plus que le vote de celui d’un citoyen d’un grand canton. Il s’agit là d’entorses extrêmement importantes au principe démocratique et au principe d’égalité qui ont eu tendance à se renforcer compte tenu de l’évolution démographique en Suisse. Elles sont aujourd’hui remises en question sur un plan juridico-politique, étant précisé que les distorsions qui peuvent exister lors d’élections et de votations en Suisse en faveur des petits cantons sont plus grandes comparées que celles qui peuvent exister dans d’autres États fédéraux¹³⁴. S’il est vrai que des motifs objectifs, notamment historiques et linguistiques, justifient d’admettre une certaine inégalité entre les électeurs des différents cantons, la constitutionnalité du système suisse – où il existe de « *krasse Stimmkraftunterschiede unter den Bürgern* »¹³⁵ – découle uniquement du fait que les inégalités de poids électoral sont prévues directement par la Constitution fédérale, donc sont de même niveau que le principe d’égalité des droits politiques. Sur un plan juridique, il convient donc de ne pas confondre la problématique de l’égalité des droits politiques cantonaux et communaux et la problématique de l’égalité des droits politiques fédéraux.

2. L’égalité des chances électorales

En général. – Le principe de l’égalité des chances des droits politiques (*Erfolgswertgleichheit*) tend à ce que tous les citoyens aient les mêmes chances de contribuer au résultat d’une élection, tant en comparaison des électeurs de leur propre circonscription qu’en comparaison des électeurs qui appartiendraient à d’éventuels autres cercles électoraux. S’il peut paraître vague à première vue, le principe de l’égalité des chances électorales fixe des règles électorales relativement strictes, le Tribunal fédéral jugeant – depuis une quinzaine d’années – toujours plus sévèrement les systèmes électoraux qui ne le concrétisent pas idéalement¹³⁶.

La grandeur des circonscriptions lors d’élections proportionnelles. – Dans un système électoral proportionnel, plus le nombre de sièges attribués à une circonscription est faible, plus le nombre de suffrages qu’une liste doit recueillir pour obtenir un mandat lors de la première répartition est élevé¹³⁷. Ce pourcentage minimal de voix est appelé *quorum naturel* et se calcule simplement selon

¹³⁴ Voir, aussi et entre autres, TSCHANNEN (2016), N 9 ad § 24; LINDER (2012), p. 200-204; HERZOG/MAHON/PAPADOPOULOS (2012), p. 165-169; TSCHENTSCHER (2010), p. 223.

¹³⁵ TSCHANNEN (1995), N 756; aussi, sur l’atteinte porté au principe démocratique, BSK BV-EPINEY/DIEZIG (2015), N 11 ad art. 142 Cst.

¹³⁶ Cf. aussi, du même avis, TSCHANNEN/WYSS (2005), p. 24; également sur l’évolution de la jurisprudence AUER (2016), N 1125-1128.

¹³⁷ Tribunal fédéral, arrêt 1P.671/1992, consid. 3, in: ZBl 1994, p. 479, et ATF 129 I 185, consid. 6.1.

la formule $(100 / [\text{nombre de sièges} + 1])^{138}$. Un *quorum naturel* de 33% ou de 25% – que l'on retrouve lorsque seuls deux ou trois mandats sont attribués à une circonscription – induit souvent qu'une portion égale de suffrages, voire supérieure en raison du multipartisme, ne soit pas représentée par un élu. Dès lors, on peut considérer que l'élection n'est ni représentative, ni égale, puisqu'une part des votants, certes minoritaire, mais non négligeable, n'a en fait aucune chance de voir élire un membre de la liste qu'elle a choisie. Une telle conséquence n'est ni compatible avec l'objectif de représentativité qu'est censé promouvoir le système proportionnel, ni avec l'égalité des droits politiques.

Vu ce qui précède, le Tribunal fédéral retient dans sa jurisprudence qu'un *quorum naturel* supérieur à 10% porte une atteinte en principe inadmissible à l'égalité des droits politiques. Cela signifie très concrètement que, lors d'une élection à la proportionnelle, chaque circonscription devrait en principe jouir d'un nombre minimal de neuf sièges¹³⁹.

499 *Le durcissement de la jurisprudence fédérale.* – Bien sûr, à l'instar de ce qui prévaut en matière d'égalité du poids électoral (*supra* N 496), le Tribunal fédéral a l'habitude de répéter que des motifs historiques, fédéralistes, culturels, linguistiques ou religieux, qui feraient apparaître une circonscription comme un « *Sonderfall* », pouvaient justifier quelques écarts au principe de l'égalité des droits politiques lorsque cela était nécessaire afin d'assurer une protection et représentation minimales des minorités¹⁴⁰. Notre juridiction fédérale suprême a toutefois nettement durci sa pratique ces dix dernières années et jugé qu'il n'était pas – ou plus – conforme au système de l'élection à la proportionnelle – interprété à la lumière du principe de l'égalité des chances des droits politiques – de découper le territoire cantonal en autant de (petites) circonscriptions électorales indépendantes qu'il y a de communes ou de districts, même si un tel découpage est prévu par la constitution cantonale. Peu importe, selon lui, qu'un tel découpage des circonscriptions électorales trouve son origine dans d'importants motifs historiques, fédéralistes, culturels, linguistiques ou religieux¹⁴¹.

En clair, alors même qu'il semblait laisser entendre le contraire par le passé¹⁴², le Tribunal fédéral considère désormais sans ambages qu'en règle générale, les communes ou les districts ne sont pas des « *Sonderfälle* » dont la protection justifie des entorses au principe de l'égalité des droits politiques et à

¹³⁸ Cf., entre autres, Tribunal fédéral, arrêt 1P.671/1992, consid. 3c, in: ZBl 1994, p. 479; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013), N 909.

¹³⁹ ATF 131 I 74, consid. 5.4.

¹⁴⁰ ATF 129 I 185, consid. 3.1; ATF 131 I 74, consid. 3.2 et ATF 136 I 352, consid. 4.1; pour une vue détaillée de la jurisprudence, WEBER (2016), N 362-412.

¹⁴¹ ATF 140 I 107, consid. 4.1.

¹⁴² Cf. ATF 99 Ia 658, consid. 5b.

l'interdiction des quorums naturels supérieurs à 10%, à tout le moins lors d'élections cantonales¹⁴³.

La réforme forcée du système d'élection des parlements. – Le durcissement de la jurisprudence a d'ailleurs contraint de très nombreux cantons et certaines communes à réévaluer et, le cas échéant, à modifier le mode d'élection de leurs députés au parlement¹⁴⁴. Si certains cantons romands – comme le canton du Valais et le canton de Fribourg – se sont fait épingleur par les tribunaux, l'exemple le plus emblématique est celui du canton de Schwyz. En effet, s'alignant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral et confirmant l'avis du Conseil fédéral¹⁴⁵, les Chambres fédérales ont refusé de garantir entièrement la nouvelle constitution cantonale schwyzoise. Celle-ci prévoyait que chaque commune devait former une circonscription lors d'une élection à la proportionnelle alors que vingt-sept d'entre elles avaient droit à moins de dix sièges, treize n'ayant même droit qu'à un seul siège. Lors des débats, quelques parlementaires ont bien essayé d'argumenter que le régime schwyzois correspondait simplement à celui prévu au niveau fédéral : chaque commune constitue une circonscription électorale à Schwyz comme c'est le cas pour chaque canton lors de l'élection du Conseil national¹⁴⁶. La comparaison n'avait pas de pertinence juridique. À l'instar de ce qui prévaut pour les votations fédérales à la double majorité et l'élection du Conseil des États (sur la question, *supra* N 496), le système d'élection du Conseil national – qui n'est pas satisfaisant sur le plan de l'égalité des chances des droits politiques¹⁴⁷ – n'est en réalité constitutionnel que parce qu'il est prévu par la Constitution fédérale elle-même (art. 149 Cst.) et qu'un changement de système exigerait forcément une révision constitutionnelle¹⁴⁸. Pour le reste, même s'il convenait d'examiner l'élection du Conseil national à l'aune du principe d'égalité des chances électorales, il conviendrait de tenir compte du fait qu'historiquement, la Suisse est une « confédération » de cantons, contrairement aux cantons qui ne sont pas des « confédérations » de communes, et que l'existence des cantons a une autre importance que l'existence des communes¹⁴⁹.

¹⁴³ ATF 136 I 352, consid. 4.3. Si le canton entend maintenir de petites circonscriptions électorales assurant une protection des minorités territoriales, tout en garantissant une représentation relativement fidèle des forces électorales, il doit en principe mettre en place un système d'élection qui respecte mieux le principe de l'égalité des droits politiques tout en réservant un ou plusieurs sièges à chaque commune (p. ex. méthode de l'association de circonscriptions, celle du « double Pukelsheim »).

¹⁴⁴ Voir notamment ATF 140 I 107; ATF 136 I 352; ATF 129 I 185; pour un aperçu détaillé des réformes envisagées et entreprises, cf. WEBER (2016), N 440-449.

¹⁴⁵ Voir CONSEIL FÉDÉRAL (2012), p. 7334.

¹⁴⁶ Voir, dans ce sens les propos tenus par MM. Andrea Caroni et Peter Föhn devant le Conseil national, respectivement le Conseil des États (cf. BO 2013 N 188-189 et BO 2013 E 176).

¹⁴⁷ Voir, entre autres, TSCHANNEN (2016), N 21 ad § 31; BSK BV-TURNHERR (2015), N 20-22 ad art. 149 Cst.; aussi SG Komm. BV-LANZ (2014), N 6 ad art. 149 Cst.; aussi de manière détaillée et sur les propositions de réformes, WEBER (2016), N 319-337.

¹⁴⁸ Voir notamment BIAGGINI (2017), N 16 ad art. 149 Cst.

¹⁴⁹ Cf. dans ce sens les propos tenus par Raphaël Comte devant le Conseil des États (cf. BO 2013 E 179). À cela s'ajoute que les partis politiques sont également organisés de manière fédéraliste en Suisse (voir dans ce sens SG Komm. BV-LANZ [2014], N 6 ad art. 149 Cst.).

500

La remise en question des élections à la majoritaire. – Enfin, le principe d'égalité du droit de vote découlant de l'art. 34 Cst. ne s'applique pas seulement au système d'élection à la proportionnelle. L'art. 34 Cst. ne fait pas de distinction entre les différents systèmes électoraux, lesquels doivent tous respecter le principe de l'égalité du vote. C'est à tout le moins ce que considère le Tribunal fédéral. Dans plusieurs arrêts récents, les juges fédéraux ont décidé d'appliquer le principe d'égalité des chances électorales au système d'élection à la majoritaire, lequel conduit de manière systémique à ce qu'une portion importante de suffrages ne soit pas représentée par un élu¹⁵⁰. Ils se sont ralliés à une opinion défendue par le Conseil fédéral et par une partie de la doctrine et ont retenu que le système d'élection à la majoritaire, en particulier lorsqu'il s'applique au sein de plusieurs petites circonscriptions (en l'occurrence un à deux sièges), n'était pas optimal du point de vue de l'égalité des droits politiques¹⁵¹.

Ce faisant, le Tribunal fédéral n'est pas allé jusqu'à dire que le système à la majoritaire serait incompatible avec la Constitution fédérale de manière générale. Toutefois, selon lui, les avantages liés à l'application d'un tel système dans de petites circonscriptions doivent, selon lui, se révéler plus importants que les inconvénients. En l'occurrence, un intérêt suffisant à procéder selon un système majoritaire dans des petites circonscriptions peut exister lorsqu'il s'agit de se conformer à une pratique constante d'élire les candidats moins en raison de leur appartenance politique que pour leur personnalité ou, alors, lorsqu'il s'agit de permettre la représentation de petits territoires aux caractéristiques propres et à l'identité marquée.

IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir

501

Le référendum en cas de révisions de la constitution cantonale. – Dans le présent chapitre, avant de nous lancer dans une définition des règles générales régissant l'organisation régionale conventionnelle, nous avons tenu à mettre en exergue, entre autres, l'exigence constitutionnelle fédérale selon laquelle toute révision de la constitution cantonale devait faire l'objet d'un scrutin populaire.

En pratique, ce droit de référendum concerne des révisions formelles de la constitution cantonale, mais il a également pour objet théorique les révisions matérielles de celle-ci (N 452 ss). La procédure de référendum obligatoire portant sur les conventions de rang constitutionnel que connaissent certains cantons

¹⁵⁰ ATF 140 I 394; Tribunal fédéral, arrêt 1C_511/2015 du 12 octobre 2016, consid. 6, destiné à la publication; aussi AUER (2016), N 1143-1147.

¹⁵¹ CONSEIL FÉDÉRAL (2004/II), p. 1000; aussi notamment TSCHANNEN (2011), N 56a ad § 52; TÖNDURY (2004), p. 258-262; TSCHANNEN (1995), N 751; KÖLZ (1987), p. 37; pour quelques avis critiques, CIP-E (2004), p. 343; BIAGGINI (2016/I), p. 412-419; MÜLLER (2015), p. 103-105; HANGARTNER (2005), p. 217-233.

concrétise d'ailleurs cette idée selon laquelle il convient de procéder à un référendum obligatoire lors de l'adoption d'un acte qui opère une « révision matérielle » de la constitution cantonale (N 462 ss). Soulignons enfin, à titre de comparaison, qu'il existe dans certains cantons une obligation analogue – de rang constitutionnel – de soumettre à référendum obligatoire non seulement les révisions formelles du règlement d'organisation communal, mais également les autres actes communaux qui opéreraient une « révision matérielle » de ce même règlement (N 473 ss).

Une alternance entre questions ouvertes et règles claires. – Nous avons aussi pu voir, à ce stade de la thèse, qu'en l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, il n'existait pas toujours de réponses claires à certaines questions constitutionnelles qui pourraient s'avérer centrales en vue de la définition des règles régissant l'organisation régionale. Ainsi en va-t-il en de la question de savoir si une initiative populaire constitutionnelle doit être conforme au droit intercantonal supérieur (N 446 s.). Il en va de même de celle de savoir si l'introduction de nouveaux droits politiques doit obligatoirement reposer sur une base constitutionnelle cantonale (N 456 s. et 481 s.). 502

Il est en revanche incontestable que les cantons et les communes ne peuvent pas instituer des droits populaires, comme des droits d'initiative et de référendum, et rendre simultanément leur exercice effectif illusoire par le truchement d'exigences prohibitives, en imposant notamment la récolte d'un nombre de signatures excessif par rapport au délai imparti (N 485 ss). Ils ne peuvent pas non plus mettre en place des modalités de scrutins qui créent des inégalités de poids électoral ou de chances électorales entre les citoyens (p. ex. quorum électoral de plus de 10%, votation à la double majorité ; N 484 et 498 s.). Ils violent à défaut le cadre fixé par l'art. 34 al. 1 Cst. que le Tribunal fédéral interprète extensivement et sévèrement.

Chapitre 7 : Le principe de la légalité

I. La réserve de la loi formelle

Introduction. – Le développement des organisations régionales conventionnelles doit évidemment respecter le principe de la légalité, étant entendu que de telles organisations sont appelées à produire des normes juridiques et que leurs activités sont soumises au droit comme le sont celles des entités étatiques traditionnelles. En particulier, le phénomène de l'organisation régionale conventionnelle ne doit pas violer la règle constitutionnelle centrale selon laquelle les décisions et mesures politiquement importantes doivent généralement reposer sur une base légale entendue dans un « sens formel », c'est-à-dire sur un acte normatif démocratique qui est, habituellement, adopté par un parlement et approuvé par le peuple par le biais d'une procédure de référendum. 503

Avant de nous lancer dans une définition des règles générales régissant l'organisation régionale conventionnelle, il nous semble donc important de rappeler les sources, la fonction et la portée du principe de la légalité – et plus spécialement du principe de réserve de la loi formelle (A) – et d'examiner en détail la notion de « loi formelle » qui est propre au droit constitutionnel suisse (B).

A. Les aspects généraux du principe

En général. – Le principe selon lequel les règles les plus importantes de l'État doivent être prévues par une « loi » au sens formel (principe de la « réserve de la loi formelle »¹ ou « *Erfordernis der Gesetzesform* »²) – c'est-à-dire, la plupart du temps, par une loi ordinaire, généralement adoptée par le législateur ordinaire institué par la constitution – fait l'objet de nombreuses consécutions en droit constitutionnel fédéral et cantonal (1). Il est acquis et incontesté sur le plan théorique. L'une des difficultés pratiques de la problématique reste néanmoins 504

¹ TANQUEREL (2011), N 480.

² UHLMANN/FLEISCHMANN (2017), p. 10.

de déterminer à partir de quand l'on doit considérer qu'une règle étatique est à ce point importante qu'elle doit être prévue dans une loi formelle (2).

1. Les sources et la fonction du principe

505 *Les sources du principe en droit constitutionnel fédéral.* – Le principe de la « légalité formelle » ou de la « réserve de la loi formelle » se retrouve de manière récurrente dans les dispositions constitutionnelles fédérales. Ainsi, l'art. 36 al. 1 Cst. dispose que les restrictions graves aux droits fondamentaux doivent pouvoir se fonder sur une « loi » parlementaire ordinaire et non par un acte normatif de rang inférieur. L'art. 127 al. 1 Cst. prévoit, quant à lui, que la qualité de contribuable, de même que l'objet de l'impôt et son mode de calcul, doivent être définis par une « loi »³.

Cela étant dit, comme l'exprime bien l'art. 164 Cst., toutes les règles de droit politiquement importantes doivent être édictées sous la forme d'une « loi ». Cette règle issue du droit fédéral s'applique directement au niveau cantonal comme une concrétisation du principe démocratique⁴ et du principe de la séparation des pouvoirs⁵.

506 *Les sources en droit constitutionnel cantonal.* – Quelques constituants – comme le constituant neuchâtelois – ont renoncé à constitutionnaliser explicitement le principe selon lequel les règles de droit importantes doivent prendre la forme d'une loi au sens formel, dès lors que ce principe constitutionnel fédéral s'applique automatiquement dans tous les cantons⁶.

Il n'en demeure pas moins que de nombreuses constitutions cantonales contiennent des dispositions qui vont dans le même sens que celles de la Constitution fédérale⁷. En droit constitutionnel fribourgeois et bernois, le principe selon lequel les règles de droit d'importance doivent non seulement se fonder sur une base légale, mais également être édictées sous forme de « loi » reçoit un ancrage exprès à l'art. 93 al. 2 Cst. FR, respectivement à l'art. 69 al. 4 ConstC BE. D'autres constituants, comme le constituant vaudois, ont préféré exprimé ce

³ Voir, pour les normes spécifiques exigeant une base légale formelle, SG Komm. BV-TSCHANNEN (2015), N 10 ad art. 164 Cst.

⁴ Cf., dans ce sens, BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 23 ad art. 51 Cst.; AUBERT (2003), N 5 ad art. 51 Cst.; MOOR (1994), p. 251.

⁵ Voir ATF 121 I 22, consid. 3; ATF 118 Ia 245, consid. 3b; aussi LIENHARD (2005), p. 222; FEUZ (2002), p. 200 s. À vrai dire, dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral semble plutôt appliquer directement les conditions minimales de droit fédéral applicables en matière de délégation législative, mais celles-ci concrétisent pour ainsi dire l'exigence de base légale au sens formel (cf. *infra* N 529 ss).

⁶ COMM. « CONSTITUTION » NE (1999), p. 78.

⁷ Voir, entre autres, Komm. KV ZH-HAUSER (2007), N 20 ad art. 38 Cst. ZH.

principe de manière implicite, en prévoyant que certains domaines de l'activité étatique – que l'on pourrait qualifier d'importants – relevaient de la compétence du parlement cantonal ou devaient faire l'objet d'une « loi »⁸. Il existe en effet une présomption que, lorsqu'une constitution cantonale s'est attaché à préciser que l'adoption d'une « loi » est nécessaire dans un domaine donné, le constituant a généralement voulu de cette manière désigner une loi au sens formel⁹.

Les fonctions du principe. – La distinction fondamentale entre la « loi formelle » et la « loi matérielle » est parfois considérée comme un « bagage conceptuel indispensable du juriste » suisse¹⁰. Il est vrai que, dans notre pays, le principe de la légalité de l'activité étatique remplit une fonction qui va au-delà de celle qu'il remplit habituellement dans d'autres systèmes juridiques et, notamment, au sein du système de restriction des droits fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹. En droit constitutionnel suisse, l'exigence d'une base légale formelle tend non seulement à assurer une certaine sécurité et prévisibilité du droit de même qu'une séparation des pouvoirs minimale, mais elle vise également à garantir que les règles politiquement importantes découlent d'un choix politique des citoyens concernés ou de leurs représentants.¹²

En somme, l'exigence de la base légale formelle se justifie par la volonté de concrétiser le principe démocratique et par celle de garantir une légitimité démocratique suffisante au droit¹³.

2. L'objet du principe

En général. – En droit constitutionnel suisse, l'un des nœuds du principe de la légalité est de déterminer à partir de quand l'on doit considérer qu'une règle de droit est importante à un point tel qu'elle doit être contenue dans une loi for-

⁸ Cf., dans ce sens, DÉPRAZ (2004), p. 253, étant précisé que le même raisonnement est applicable en droit constitutionnel jurassien et valaisan.

⁹ Voir, entre autres, ATF 115 Ia 42, consid. 4b en comparaison avec ATF 107 IV 185, consid. 1; Cour constitutionnelle JU, arrêt du 24 avril 2002, consid. 3a, in: RJJ 2002, p. 179; MORITZ (2002), N 9 ad art. 59 Cst. JU; KÄLIN (1995), p. 131 s.

¹⁰ AUER (1981), N 6.

¹¹ Voir, à ce propos, en particulier, SCHMIDT (2011), p. 303 s.; aussi BSK BV-WYTTENBACH/WYSS (2015), N 58 ad art. 164 Cst.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 652; sur les différentes fonctions du principe de la légalité, cf. TANQUEREL (2011), N 450-453.

¹² Notamment, BSK BV-WYTTENBACH/WYSS (2015), N 9 ad art. 164 Cst.; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 531; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 12 ad § 19; Comm. aCst.-SALADIN (1986), N 248 ad art. 3 aCst.; COTTIER (1983), p. 15 s.

¹³ Komm. KV ZH-HAUSER (2007), N 3 ad art. 38 Cst. ZH; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006), N 1769; MÜLLER (1989), p. 750.

melle. Les constituants ne se sont pas forcément attachés à le résoudre expressément. Le droit positif se limite le plus souvent à mentionner quelques domaines dont l'importance intrinsèque présumée impose, en principe, une réglementation au niveau de la législation formelle, s'agissant de ses normes fondamentales à tout le moins. Il ne fixe en revanche pas toujours les critères qui indiqueraient qu'une règle concrète passe pour « importante » ou « fondamentale ».

509 *Les caractéristiques habituelles d'une règle importante.* – Ce sont avant tout la jurisprudence et la doctrine qui ont développé les critères censés mieux définir les situations dans lesquelles il s'avère primordial qu'une réglementation bénéficie d'une bonne légitimité démocratique déduite du processus législatif ordinaire¹⁴.

La nécessité d'une base légale formelle dépend, entre autres, de la grandeur du cercle des personnes et des situations concernées par la réglementation en question de même que de l'intensité ou de la gravité de l'atteinte que cette même réglementation peut porter aux droits fondamentaux. La problématique s'apprécie également à l'aune des implications financières de la réglementation en cause ou, alors, au regard des répercussions que celle-ci peut avoir sur le système politique, en particulier sur la répartition des compétences entre les divers organes étatiques et sur les droits politiques. Il s'agit enfin de tenir compte de la résistance que la réglementation peut éveiller auprès des personnes qu'elle concerne, tout comme de sa réversibilité et de sa nouveauté par rapport à ce qui existait jusque-là.

510 *La marge de manœuvre des autorités politiques.* – La reconnaissance de ces différents critères, qui font appel à des notions indéterminées, laisse une marge de manœuvre assez large aux autorités lorsqu'il s'agit d'apprécier l'importance d'une règle. La question de savoir si une réglementation doit absolument trouver son fondement dans une loi formelle relève donc, en partie, de considérations politiques, dans la mesure où elle dépend d'un jugement de valeur¹⁵.

Nous reviendrons évidemment sur cette problématique lors de l'examen des conditions de la délégation législative qui représentent, en quelque sorte, la face négative du principe de légalité formelle (sur la question, *infra* N 529 ss). Il n'en demeure pas moins que certaines réglementations doivent sans conteste – ou de jurisprudence constante – se fonder sur une base légale au sens formel.

511

¹⁴ Voir, sur cette question, entre autres, UHLMANN/FLEISCHMANN (2017), p. 11; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 354; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 259; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 5 ad § 19; JAAG (2011), p. 646 s.; TANQUEREL (2011), N 480; WIEDERKEHR (2007), p. 32-34; RICHLI (2001), p. 104.

¹⁵ Voir notamment ATF 103 Ia 369, consid. 6, et SG Komm. BV-TSCHANNEN (2014), N 7 ad art. 164 Cst.

Les contributions publiques. – L’art. 127 al. 1 Cst. exige ainsi que les questions de base relatives à la perception de contributions publiques – à l’exception des émoluments de chancellerie en raison de leur montant modique¹⁶ – soient réglées par une loi au sens formel. Il s’agit de la qualité de contribuable, de l’objet de la contribution, de son mode de calcul ou de sa quotité¹⁷. Les exigences liées à la mesure et au barème de la taxe peuvent éventuellement être réduites en ce qui concerne les taxes causales dont la quotité se voit limitée par des principes constitutionnels contrôlables tels que les principes de la couverture des frais et de l’équivalence¹⁸. Au moment d’apprécier s’il est possible d’admettre – et dans quelle mesure – un tel assouplissement du principe de la légalité, il convient cependant de tenir compte de la nature de la taxe causale perçue et de son importance¹⁹.

La pratique jurisprudentielle. – Nous estimons utile de présenter ici un exemple pratique dans la mesure où il concerne un domaine qui fait aujourd’hui l’objet d’une organisation régionale conventionnelle. En 2008, le Tribunal cantonal vaudois a donné raison à une fondation qui contestait l’existence d’une base légale formelle suffisante en droit vaudois pour la perception d’un émolument de Fr. 1 500.- en contrepartie d’un acte relevant de la surveillance des fondations (en l’occurrence un contrôle de l’exercice comptable)²⁰. Il a considéré que le principe de la légalité pouvait certes être appliqué de manière assouplie dans le cas d’espèce dans la mesure où la taxe respectait les principes de la couverture des frais et d’équivalence. Il n’en demeurerait pas moins que l’objet de la taxe et le cercle des personnes assujetties devaient être définis par une base légale formelle suffisamment précise, ce d’autant plus que l’activité de surveillance des fondations n’était, en l’occurrence, pas exercée dans le seul intérêt de celles-ci, mais qu’elle était principalement motivée par la poursuite d’un intérêt public. Or, la loi vaudoise du 18 décembre 1934 chargeant le Conseil d’État de fixer, par voies d’arrêtés, les émoluments à percevoir pour les actes ou les décisions émanant du Conseil d’État ou de ses départements (LEMO VD)²¹ prévoyait la possibilité de prélever une taxe uniquement pour des « actes » de l’administration. Ce texte légal constituait une formulation trop vague pour définir avec suffisamment de précision l’objet de la taxe. Il était donc nécessaire, dans le canton de Vaud, de prévoir une base légale au sens formel énonçant le cercle des contribuables et le plafond

¹⁶ Cf., entre autres, ATF 93 I 708, consid. 3, et art. 69 al. 4 let. b ConstC BE; aussi Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2012.00414 du 28 février 2013, consid. 3, lequel résume et expose de manière systématique les ATF 81 I 351, consid. 4, ATF 75 I 114, consid. 3, ATF 93 I 632, consid. 3 et ATF 109 II 478, consid. 3d.

¹⁷ Cf. ATF 136 I 142, consid. 3.1; Tribunal fédéral, arrêt 2C_122/2011 du 7 juin 2012, consid. 2.3.

¹⁸ ATF 136 I 142, consid. 3.1; ATF 135 I 130, consid. 7.2; ATF 118 Ia 320, consid. 3b; ATF 112 Ia 39, consid. 2a; ATF 99 Ia 535, consid. 4a.

¹⁹ Voir ATF 124 I 11, consid. 6a; ATF 106 Ia 249, consid. 3.

²⁰ Tribunal cantonal VD, arrêt FI.2008.0055 du 27 novembre 2008.

²¹ RSV 172.55.

de l'émolument (entre Fr. 50.- et Fr. 5'500) et ses bases de calcul, afin de permettre à l'autorité de surveillance des fondations de percevoir un émolument de surveillance²².

512 *Le statut des agents de l'État et la responsabilité de l'État.* – De même, les questions les plus importantes du statut des fonctionnaires et des employés de l'État (p. ex. le devoir de fidélité, l'interdiction de grève, le secret de fonction, l'interdiction de travail accessoire, l'obligation de fournir des heures supplémentaires ou de nuit, etc.) doivent être réglées dans une loi formelle, étant précisé que les éléments techniques ou secondaires, comme l'échelonnement du salaire, peuvent obéir à un acte normatif d'exécution inférieur²³. Il s'agit de tenir compte de l'importance d'une réglementation qui s'applique à un grand nombre de personnes, ainsi que du fait qu'un statut de travail de droit public déroge au statut prévu par le législateur fédéral pour les contrats de travail de droit privé. Dans la même logique, le régime de la responsabilité de l'État pour les actes de ses agents doit aussi trouver un fondement dans une loi formelle, dès lors qu'il déroge au régime de droit civil fédéral²⁴.

513 *La délégation de pouvoirs et tâches publiques* – Enfin, l'externalisation d'une tâche publique doit normalement reposer sur une « loi » (sur la question aussi, *supra* N 428).

La portée de cette exigence peut être légèrement relativisée en fonction de l'activité déléguée et de la forme du délégataire, notamment dans le domaine de l'administration de promotion²⁵. Il est ainsi possible qu'une autorité exécutive reçoive du législateur, par avance et de manière implicite, la compétence de déléguer l'exécution de certaines tâches politiquement peu importantes à des entités autonomes²⁶.

²² Voir CONSEIL D'ÉTAT VD (2008/III), p. 1 s.

²³ Cf., ATF 128 I 113, consid. 3f; cf. sur la question générale de l'exigence d'une base légale formelle en matière de droit de la fonction publique, MORARD (2004), p. 202 s., et RICHLI (1996), p. 31 s.

²⁴ Art. 61 al. 1 CO; ATF 96 I 210, consid. 5; aussi TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 7 ad § 60.

²⁵ Komm. KV LU-RICHLI (2010), N 40 ad § 14 Cst. LU; OBERSON (2005), p. 219; BIAGGINI (2002), p. 156 s.; ATF 138 I 378, consid. 7: « *Die Anforderungen an die Bestimmtheit der formell-gesetzlichen Grundlage sind geringer, wenn es um den Bereich der Leistungsverwaltung oder um Tätigkeiten geht, die nach marktwirtschaftlichen Prinzipien geregelt werden (...). Insbesondere im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates kann die gesetzliche Grundlage nicht zu detailliert sein, um die unternehmerische Tätigkeit nicht zu behindern, namentlich dann, wenn damit eine unabhängige staatliche Anstalt betraut wird (...). Die gesetzliche Grundlage muss aber zumindest den Sachbereich umschreiben, in welchem die Tätigkeit erfolgen soll (Spezialitätsprinzip [...])* ».

²⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1547 s.; BSK BV-MÜLLER (2015), N 36 ad art. 178; SG Komm. BIAGGINI (2014), N 33 ad art. 178 Cst.; MAHON (2003), N 10 ad art. 178 Cst.

Il n'empêche que l'adoption d'une base légale formelle précise et explicite s'impose à chaque fois que l'externalisation d'une tâche se fait au profit d'une organisation de droit public à créer dotée d'une personnalité juridique autonome et/ou lorsqu'elle implique la cession d'un pouvoir de puissance publique²⁷. En effet, une délégation de la puissance publique à un organisme décentralisé – comme l'attribution d'une compétence législative ou l'octroi d'une simple compétence décisionnelle – doit s'appuyer sur une base légale suffisante émanant du législateur formel²⁸. Selon le Tribunal fédéral, il s'agit là d'« un principe général du droit public qui exige qu'un acte de décentralisation administrative, de même que toute délégation de l'exercice de pouvoirs de puissance publique à des tiers reposent sur une base légale formelle suffisamment précise, dès lors qu'ils portent atteinte à l'unité organique de l'administration et constituent une entorse au monopole de l'État »²⁹.

B. La notion de « loi » au sens formel

La problématique. – Les constitutions et législations – qu'elles soient fédérales ou cantonales – se gardent d'explicitier clairement ce qu'est une « loi » au sens formel³⁰. Se conformant à l'art. 51 al. 1 Cst. qui les contraint à se doter d'une organisation cantonale démocratique, les cantons connaissent cependant tous une procédure législative ordinaire de type parlementaire qui aboutit à l'adoption d'une « loi » cantonale, laquelle est généralement soumise à référendum. À

514

²⁷ ATF 104 Ia 440, consid. 4c; aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 726.

²⁸ Cf., notamment, ATF 138 II 134, consid. 5.1; ATF 137 II 409, consid. 6.3; ATF 135 II 38, consid. 4.4; cf., en ce qui concerne le droit jurassien, Cour constitutionnelle JU, arrêt du 11 avril 2003, consid. 6, in: RJJ 2003, p. 1: « Ainsi, seule une base légale au sens formel peut prévoir une délégation de tâches au sens de l'art 100 Cst. JU. Cette exigence est d'ailleurs très généralement admise dans les constitutions cantonales qui autorisent la délégation de compétences »; en ce qui concerne le droit bernois, cf. Tribunal administratif BE, arrêt du 14 novembre 2006, consid. 4.5.1, in: JAB 2007, p. 145: « *Nach Art. 95 Abs. 1 Bst. c der Verfassung des Kantons Bern (...) kann der Kanton öffentliche Aufgaben an Private und Institutionen ausserhalb der Verwaltung übertragen. Nach Art. 95 Abs. 2 Bst. d KV sind Art und Umfang der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe im (formellen) Gesetz zu regeln, sofern sie eine bedeutende Leistung zum Gegenstand hat oder zur Einschränkung von Grundrechten oder zur Erhebung von Abgaben ermächtigt. Die Verfassung unterscheidet dabei nicht zwischen hoheitlichen und anderen Aufgaben (...).* »; en ce qui concerne le droit fribourgeois, cf. OBERSON (2005), p. 219.

²⁹ ATF 138 I 196, consid. 4.4.3. On va parfois jusqu'à prétendre que la délégation de la compétence d'adopter des recommandations peut conduire à restreindre certains droits fondamentaux et qu'une telle délégation devrait être fondée sur une base légale formelle (dans ce sens, Komm. GG BE-FRIEDERICH [1999], N 8 ad art. 68 LCo BE).

³⁰ Très exceptionnellement, il existe des définitions de la « loi au sens formel » en droit de la protection des données (sur la question, voir *infra* N 525).

partir de là, les tribunaux et la doctrine ont logiquement pris l'habitude de qualifier les actes qui auraient été adoptés selon cette procédure ordinaire de « lois au sens formel » (1)³¹. Il existe toutefois d'autres actes qui, sans suivre la procédure législative ordinaire au niveau cantonal, sont assimilés à des lois au sens formel (2)³².

1. La notion habituelle de « loi formelle »

515 *L'adoption par un organe « parlementaire ».* – La première caractéristique habituelle des lois formelles ordinaires est qu'elles ont été adoptées par un organe démocratique représentatif des citoyens. Il n'y a ici rien de surprenant puisque l'art. 51 al. 1 Cst. exige que les cantons prévoient au moins un système de démocratie indirecte en ce qui concerne l'adoption de leurs lois³³.

On considère en règle générale qu'un organe est représentatif et démocratique et peut être qualifié de « parlementaire » si ses membres sont élus directement par les citoyens et, surtout, s'ils 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.)³⁴. Le parlement cantonal, dont les débats parlementaires sont publics et les membres libres de voter

³¹ Cf., entre autres, ATF 98 Ia 637, consid. 3b; AUER (2016), N 641; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 281; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 2 ad §13; AUER/MALINVERNI/HOTTE-
LIER (2013), N 1509; TANQUEREL (2011), N 305; TÖNDURY (2004), p. 222; MAHON (2003),
N 8 ad art. 36 Cst.; AUER (1981), N 10.

³² Nous avons déjà exposé une partie des considérations qui suivent dans un article publié en
2014 et intitulé *La notion de « législateur formel »: Quelle mise en œuvre au niveau régional ?*
(voir JEANNERAT [2014], p. 156-159).

³³ Cf., entre autres, BIAGGINI (2017), N 12 ad art. 51 Cst.; BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015),
N 23 ad art. 51 Cst.; AUER (1991), p. 22.

³⁴ On part parfois du principe que les parlements cantonaux ne pourraient être composés de
moins de vingt-cinq membres, au risque sinon d'apparaître comme peu représentatifs ou dé-
mocratiques à l'aune de l'art. 51 al. 1 Cst. (cf., entre autres, TÖNDURY [2004], p. 256; HAN-
GARTNER/KLEY [2000], N 1378; sur la question de manière générale, HIRTER [2004], p. 4 s.).
Actuellement, même si la tendance est à la réduction du nombre de parlementaires, une bonne
moitié des cantons connaît un parlement cantonal d'une centaine de membres ou plus. En
2011, le rapport entre le nombre d'élus et la population résidente du canton se situait dans les
cantons entre 0.13 pour mille résidents dans le canton de Zurich et 3.11 pour mille résidents
dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures (cf. pour plus de détails, www.badac.ch > Ta-
bleaux thématiques > Cantons, consultés le 31 mai 2015).

comme ils l'entendent (libre mandat des élus)³⁵, apparaît ainsi comme le « principal représentant du peuple » appelé à exercer le pouvoir législatif ordinaire³⁶. En comparaison, un gouvernement – même s'il est élu directement par le peuple – n'est pas un organe clairement représentatif de la population cantonale et ses actes ne peuvent en principe pas constituer des lois au sens formel (voir cependant *infra* N 519 et 522)³⁷.

La soumission à référendum – L'autre caractéristique traditionnelle des lois 516
formelles est que celles-ci sont en principe soumises à référendum³⁸. En effet, tous les cantons suisses – à l'instar de la Confédération – connaissent l'institution du référendum législatif obligatoire ou facultatif.

L'« alternativité » des critères ? – La question reste évidemment de savoir 517
s'il suffit qu'un acte normatif remplisse l'un des deux critères susmentionnés ou s'il doit les remplir les deux pour valoir comme une loi formelle. Au sens du droit cantonal, la réponse est en principe claire : lorsque le droit constitutionnel cantonal exige qu'une réglementation repose sur une loi – du moins dans ses grandes lignes – et qu'il faut entendre par là une loi au sens formel, il s'agit forcément d'une loi à la fois adoptée par le parlement cantonal et munie d'une clause référendaire³⁹. Il est cependant important d'être conscient que l'on se trouve là face à une exigence découlant du droit constitutionnel cantonal uni-

³⁵ Cf., notamment, art. 82 al. 1 ConstC BE; art. 96 al. 2 et 3 Cst. FR; art. 96 et 99 Cst-VD; art. 48 et 50 Cst. VS; art. 54 et 65 Cst. NE; art. 84 al. 1 et 86 al. 4 Cst-GE; art. 88 al. 1 Cst. JU; voir VON WYSS (2000), p. 57-82, et SANTSCHY (1982), p. 98-105 et p. 115-119; voir aussi sur le rôle de la publicité pour la représentativité, REGIERUNGSRAT ZH (2006), p. 8; aussi au niveau fédéral BSK BV-THURNHERR (2015), N 3 ad art. 158 Cst. et N 3 s. ad art. 161 Cst.

³⁶ Art. 82 al. 1 Cst. JU. En comparaison, un gouvernement – même s'il est élu directement par le peuple – n'est pas un organe clairement représentatif de la population cantonale et ses actes ne peuvent en principe pas constituer une loi au sens formel (expressément, AUBERT [1991], p. 193-202, p. 193; MÜLLER [1989], 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* »).

³⁷ Expressément, AUBERT (1991), p. 193-202, p. 193; MÜLLER (1989), 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* ».

³⁸ Cf. pour un exemple ATF 106 Ia 249, consid. 2.

³⁹ Il s'agit ici de tenir compte du fait que les constituants cantonaux ont généralement prévu que l'acte adopté par le parlement seul, non soumis à référendum, prend le titre de « décret » ou d'« ordonnance ». La terminologie et la systématique constitutionnelles sont alors assez claires pour conclure qu'une « loi » au sens formel est une loi parlementaire soumise à référendum au sens du droit cantonal (aussi sur cette question, WIEDERKEHR/RICHLI [2012], N 537).

quement. En comparaison, le droit constitutionnel fédéral laisse les cantons partiellement libres de déterminer ce qu'ils entendent par « loi au sens formel », sous réserve de l'art. 51 al. 1 Cst. qui exige une « constitution démocratique »⁴⁰.

518 *L'acte parlementaire non soumis à référendum.* – Nous venons de le dire : le droit fédéral n'exige pas que les lois cantonales soient soumises à référendum, même si toutes les constitutions cantonales le prévoient aujourd'hui. En toute logique, le Tribunal fédéral admet donc, de jurisprudence constante, qu'un acte adopté par un parlement cantonal, mais non soumis à référendum, puisse équivaloir à une loi formelle au sens du droit fédéral. Il l'admet non seulement lorsque la constitution cantonale prévoit une compétence législative directe du parlement en la matière, mais également lorsque cette même constitution autorise – expressément ou tacitement – le législateur cantonal à déléguer une partie de ses compétences législatives au parlement⁴¹.

Cela signifie très concrètement que la notion de « loi formelle » cantonale peut s'avérer différente – et moins restrictive – du point de vue du droit fédéral que celle prévalant à l'aune du droit cantonal⁴². Le Tribunal fédéral n'a ainsi pas hésité à qualifier un décret du Grand Conseil bernois de « loi formelle » au sens du droit fédéral, alors même qu'un tel décret ne représentait pas une loi formelle au sens du droit cantonal⁴³. Les ordonnances ou les décrets parlementaires sont vus comme une « *flexible Rechtssetzung mit erhöhter politischer Legitimation* »⁴⁴.

519 *L'acte non parlementaire soumis à référendum.* – Quant à la question de savoir s'il suffit qu'un acte normatif soit soumis à référendum pour être qualifié de « loi formelle » au sens du droit fédéral – c'est-à-dire celle de savoir si un acte normatif soumis à référendum doit de toute manière être considéré comme

⁴⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 657.

⁴¹ ATF 132 I 157, consid. 2.2: « *Doch können auch vom Parlament allein beschlossene Erlasse die Funktion des formellen Gesetzes erfüllen, wenn die kantonale Verfassung selber für die betreffende Materie die abschliessende Zuständigkeit des Parlaments vorsieht oder aber Raum dafür lässt, dass der Gesetzgeber die betreffende Rechtssetzungskompetenz an das Parlament delegiert.* »; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 282; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 3 ad §13; TANQUEREL (2011), N 313.

⁴² Voir sur la question également AUER (2016), N 649-654.

⁴³ ATF 124 I 216, consid. 3: « *Indessen können auch allein vom Parlament beschlossene Erlasse die Funktion des formellen Gesetzes erfüllen, wenn die betreffende kantonale Verfassungsordnung dies so vorsieht, sind doch die Kantone von Bundesrechts wegen nicht gehalten, ihre Gesetze dem Referendum zu unterstellen (...). Aus diesem Grunde kann für die vorliegend interessierende Frage, ob nach dem 1. Januar 1995 eine Erhöhung der Motorfahrzeugsteuer in der Form einer Dekretsänderung zulässig war, aus dem bundesrechtlichen Legalitätsprinzip im Abgaberecht nichts abgeleitet werden* »; cf. aussi ATF 128 I 327.

⁴⁴ Cf. sur l'utilité du décret et de l'ordonnance parlementaire, STALDER (1990), p. 317.

une loi au sens formel quel que soit l'organe qui l'a adopté –, elle demeure ouverte à notre connaissance et n'a été que peu (ou pas) traitée par la doctrine.

Il est probable que l'on doit répondre par l'affirmative si l'acte en question est obligatoirement soumis à la sanction populaire, en regard de ce qui prévaut, de manière plus ou moins similaire, pour les actes adoptés par une *Landsgemeinde*⁴⁵. La réponse semble en revanche plus délicate si l'acte – adopté par un organe non représentatif (p. ex. par un exécutif cantonal) – n'a été soumis qu'à référendum facultatif. Une réponse positive n'est cependant pas exclue si, à l'instar d'AUER, l'on devait retenir que « le critère décisif permettant de définir la loi formelle et son corollaire l'ordonnance est le référendum »⁴⁶.

2. Les actes équivalant à une « loi formelle »

En général. – La plupart du temps, la jurisprudence fédérale se plaît à mettre en exergue les critères traditionnels qui définissent la notion de « loi formelle » et que nous venons d'exposer ci-dessus (procédure parlementaire et soumission à référendum) lors d'affaires concernant des actes normatifs cantonaux que l'on pourrait qualifier d'« ordinaires » (loi, ordonnance, décret, etc.). Il n'en demeure pas moins que le Tribunal fédéral reconnaît qu'un acte normatif d'un type particulier ou d'un autre niveau institutionnel peut aussi équivaloir à une loi au sens formel, du point de vue du droit fédéral, lorsqu'il « offre les mêmes garanties, du point de vue de la légitimité démocratique, qu'une loi cantonale »⁴⁷.

Les règlements communaux parlementaires. – Prenons un premier exemple simple et fréquent : de jurisprudence constante, les règlements communaux équivalent à des lois formelles cantonales lorsqu'ils ont été adoptés par le corps électoral, soit lors d'une assemblée communale, soit lors d'un scrutin, ou lorsqu'ils l'ont été par un parlement communal⁴⁸. Le principe prévaut dans ce

⁴⁵ Plus critique sur la question de la soumission à référendum obligatoire comme condition suffisante, voir MARTENET (1999), p. 294 s., lequel semble cependant envisager un système dans lequel il n'y aurait même plus aucun parlement, la plupart des « lois » étant préparées par le gouvernement cantonal.

⁴⁶ AUER (1981), N 9.

⁴⁷ ATF 131 I 333, consid. 4.3.

⁴⁸ Cf., entre autres, ATF 127 I 60, consid. 2e; ATF 120 Ia 265, consid. 2a; ATF 118 Ia 320, consid. 3; Tribunal administratif BE, arrêt du 25 août 2008, in: JAB 2004, p. 117, consid. 2a; BAUMANN (2017), p. 107 s. ; FRIEDERICH (2013), N 52. Il en va de même s'agissant d'éventuels règlements paroissiaux (cf. Tribunal fédéral, arrêt 2P.187/2001 du 19 avril 2002, consid. 2.2.3) ou de règlements d'autres corporations de droit public, comme des coopératives ou des syndicats d'améliorations foncières (voir, notamment, Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2006.00313 du 7 mars 2007, consid. 4.1).

dernier cas même si le règlement n'est pas soumis à référendum facultatif⁴⁹, étant entendu que les législateurs cantonaux se sont en principe assurés du fait que les parlements communaux puissent se prévaloir d'une certaine légitimité démocratique du fait de leur représentativité⁵⁰.

522

Les règlements communaux non parlementaires ? – On peut même se demander si les règlements adoptés par l'exécutif communal, mais exceptionnellement soumis à référendum facultatif, ne devraient pas équivaloir également à des lois formelles au sens du droit fédéral (sur la question au niveau cantonal, *supra* N 519). En tout cas, certains auteurs de doctrine l'admettent et la pratique va dans ce sens dans le canton de Berne⁵¹. Le Tribunal fédéral, qui n'a jamais dû se prononcer expressément sur la question, ne semble quant à lui pas l'exclure, bien au contraire, car il considère régulièrement qu'un règlement communal équivaut à une loi formelle « *wenn er von der nach dem kantonalen Recht ermächtigten Gemeindelegislative (Gemeindeversammlung, Gemeindeparlament) beschlossen wurde oder aber dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum unterstand* »⁵².

⁴⁹ Conseil-exécutif BE, décision du 24 avril 2002, in: JAB 2003, p. 145, consid. 3a; aussi ATF 127 60, consid. 2e, et AUER (2016), N 767.

⁵⁰ Par exemple, 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 exception. Il semble qu'en termes absolus, le nombre plancher pour considérer qu'un organe communal soit représentatif se situe entre quinze et vingt élus, étant entendu qu'avec moins de neuf à dix élus, même un parlement d'une très petite commune peinerait à être représentatif (cf., entre autres, GOUVERNEMENT JU [2000/I], p. 510; art. 27 LCo FR et art. 24 de la loi bernoise sur les communes [LCo BE, RSB 170.11]; 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 [9 élus jusqu'à 600 habitants aussi à Genève; art. 5 LAC GE]; art. 21 al. 2 LCo VS selon lequel il faut au moins 20 membres et art. 86 al. 2 LCom JU selon lequel il en faudrait au moins 21 membres [25 élus jusqu'à 1000 habitants en droit vaudois; art. 17 LC VD]). Selon certains auteurs, rien ne s'oppose à ce qu'un parlement communal ne compte que quinze à vingt membres (cf. Komm. GG BE-MÜLLER [1999], N 7 ad art. 24 LCo BE; SCHAFFHAUSER [1978], p. 248, qui s'oppose cependant à ce qu'il n'en compte que sept). En 2012, la Suisse comptait toutefois six communes-villes dont le parlement comptait entre quinze et vingt élus (Coire GR [15]; Davos GR [17]; Münsingen BE [19]; Chênes-Bougeries GE [20]; Neuhausen am Rheinfall [17]; Plan-les-Ouates GE [18] [voir les chiffres complets sur www.badac.ch > Tableaux thématiques > Villes, consulté le 31 mai 2015]).

⁵¹ Voir FRIEDERICH (2013), N 55, et FRIEDRICH/WICHTERMANN (1997), p. 36-38.

⁵² ATF 127 I 60, consid. 2e, et Tribunal fédéral, arrêt 2C_840/2009 du 20 juin 2010, consid. 2.2.2; pour une opinion critique de la pratique bernoise, AUER (2016), N 774, lequel se fonde notamment sur l'ATF 139 I 280, consid. 5.4.2, arrêt se rapportant toutefois à un acte adopté par un exécutif communal thurgovien et non soumis à référendum.

Les conventions de droit public. – Prenons un autre exemple habituel : de pratique constante, le Tribunal fédéral a toujours considéré que les conventions de droit public normatives – du moins celles approuvées par le parlement cantonal ou communal et/ou par le corps électoral – pouvaient servir de bases légales formelles⁵³. On pourrait pourtant douter qu’une telle convention équivaille toujours à une loi cantonale en termes de légitimité démocratique, même si elle est approuvée par un parlement ; en règle générale, celui-ci ne peut en effet que l’accepter en bloc et ne peut influencer sur son contenu que dans une mesure limitée (sur la question, *supra* N 226), si bien qu’il ne jouit dans de tels cas pas de la liberté qui devrait caractériser en principe l’activité législative parlementaire⁵⁴. À titre de comparaison, c’est ce manque de liberté du législatif qui conduit le Tribunal fédéral à dénier la qualité de « loi formelle » aux ordonnances des exécutifs cantonaux approuvées par les législatifs cantonaux⁵⁵. Manifestement, les juges de Lausanne font donc preuve de souplesse lorsque le besoin de coopération et de décentralisation l’exige.

La coutume. – Relevons enfin que le Tribunal fédéral a déjà eu l’occasion de souligner que l’on pouvait « tenir compte, selon les circonstances, de l’élément de l’usage de longue durée, qui, dans un certain sens, remplace une réglementation légale formelle »⁵⁶. La coutume peut ainsi passer pour une base légale formelle dans la mesure où elle bénéficie d’une forte légitimité démocratique

⁵³ Cf. notamment, s’agissant des conventions intercantionales, ATF 137 I 31, consid. 6.3; Tribunal fédéral, arrêt 2C_335/2012 du 27 septembre 2012, consid. 3.2-3.3; Tribunal fédéral, arrêt 1A.183/1998 du 30 mars 1999, consid. 3d, in: SJ 1999 I, p. 433; aussi ATF 135 I 233, consid. 2.1, s’agissant d’un règlement intercommunal valaisan qui aurait été adopté par l’organe législatif de chacune des communes concernées; Tribunal fédéral, arrêt 2C_404/2010 du 20 février 2012, consid. 4, où il considère qu’un contrat de concession conclu entre une commune et une coopérative de droit public relatif à l’approvisionnement en eau d’une commune peut représenter une base légale formelle dès lors qu’il a été approuvé par le législatif communal, même s’il a été négocié par l’administration communale exclusivement; également Tribunal fédéral, arrêt 2C_518/2012 du 23 novembre 2012, consid. 2.1.

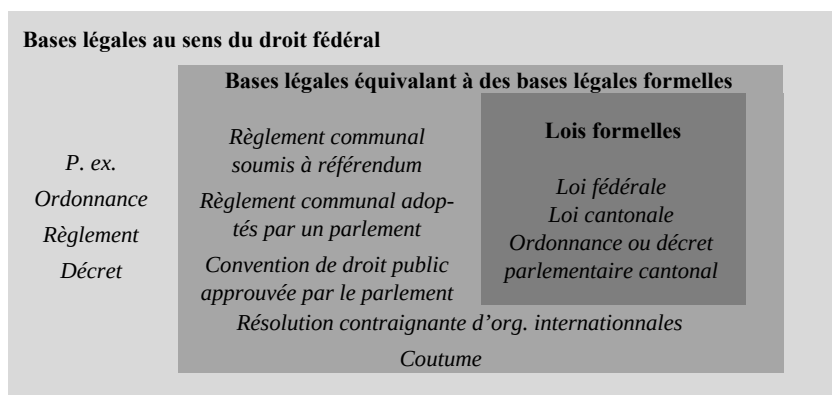
⁵⁴ Sur cette question, voir entre autres, REGIERUNGSRAT ZH (2006), p. 9; TANQUEREL (2001), p. 21 s.; BOEGLI (1998), p. 28-31.

⁵⁵ Le Tribunal fédéral nie en effet la qualité de « loi formelle » aux ordonnances adoptées par un gouvernement cantonal, mais approuvées par le parlement cantonal, précisément parce que, dans un tel cas, le parlement n’exerce pas 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 au surplus tenté de ménager le pouvoir du gouvernement (ATF 106 Ia 249, consid. 2; ATF 100 Ia 60, consid. 2c; cf. aussi JAAG [2011], p. 639; UHLMANN [2010], p. 5 s.).

⁵⁶ JdT 2011 I, p. 96, traduction de l’ATF 136 I 376, consid. 5.2.

qui résulte, dans ce cas, d'un consensus et d'une acceptation politique implicite⁵⁷.

525 *Les rares définitions légales.* – Il existe pour le reste des dispositions légales qui, à l'instar de la jurisprudence, élargissent également la notion traditionnelle de « loi au sens formel ». C'est le cas notamment de l'art. 3 let. j de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD)⁵⁸ qui assimile à des « lois au sens formel » les « résolutions d'organisations internationales contraignantes pour la Suisse » et les « traités de droit international approuvés par l'Assemblée fédérale et comportant des règles de droit »⁵⁹.



526 *La « loi formelle » comme norme suffisamment démocratique ?* – En somme, ces quelques exemples démontrent bien que la pratique et la doctrine n'ont jamais considéré 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 équivaloir à une « loi au sens formel », du moins au sens du droit constitutionnel fédéral. Il est 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 un type particulier de base légale formelle du fait

⁵⁷ Voir l'arrêt précité ainsi que MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 666, et COTIER (1983), p. 13.

⁵⁸ RS 235.1.

⁵⁹ Autre exemple: l'art. 14 let. j CPDT-JUNE précise qu'au sens de cette convention intercantonale, on entend par « loi au sens formel, les textes législatifs soumis au référendum obligatoire ou facultatif, ainsi que les règlements adoptés en assemblée communale ».

de la légitimité démocratique dont il bénéficie⁶⁰. À y regarder de plus près, peut-être serait-il plus adéquat de parler de « base légale suffisamment démocratique » lorsque l'on veut parler de « base légale formelle ».

II. La délégation législative

Introduction. – Exiger que l'ensemble des règles de droit fasse l'objet d'une loi au sens formel serait pousser loin le principe de la séparation des pouvoirs et le principe démocratique, tout en ignorant nombre de nécessités pratiques. C'est pourquoi l'attribution de compétences normatives à un autre organe que le législateur cantonal ou communal ordinaire est généralement admise, sous réserve de certaines cautions (A). Cette possibilité de déléguer le pouvoir législatif est centrale pour le développement des organisations régionales conventionnelles. Celui-ci passe forcément par la cession de compétences législatives et réglementaires à divers organes étatiques, notamment intercantonaux (B). 527

A. Les conditions de la délégation législative

Plan. – Dans la mesure où elle concerne le pouvoir d'adopter ce que l'on appelle des « normes primaires », l'attribution de compétences normatives à un autre organe que le législateur ordinaire doit généralement respecter quelques limites juridiques déterminées (1). Celles-ci peuvent cependant être appliquées de manière nuancée selon les circonstances (2). 528

1. Quelques aspects généraux

Les sources. – Comme nous l'avons déjà vu, il appartient essentiellement au droit constitutionnel cantonal de concrétiser le principe de séparation des pouvoirs au niveau cantonal (sur la question, *supra* N 382 ss). À partir de là, la question de savoir si – et dans quelle mesure – le législateur cantonal peut déléguer son pouvoir législatif à d'autres organes devrait, en théorie, s'examiner 529

⁶⁰ Dans un sens similaire, WICHTERMANN, N 7 ad art. 50-60 LCo BE, selon lequel « [e]in Gesetz im formellen Sinn liegt (...) vor, wenn bestimmte Anforderungen an das Erlassverfahren bzw. das über den Erlass beschliessende Organ erfüllt sind », en l'occurrence « eine genügende demokratische Legitimation von Gesetzen in formellem Sinn, welche mindestens die Möglichkeit der Mitsprache eines Legislativorgans verlangt ». Dans un autre registre, les juges de Mon-Repos ont déjà expressément reconnu qu'une information et une participation adéquates de la population lors de la procédure d'élaboration du plan d'affectation – qui représente un acte au poids politique important – pouvaient compenser le fait que son adoption soit soustraite à l'organe législatif (voir, TF du 25 août 1998, consid. 2b, in: RDAF 1999 I, p. 56).

exclusivement à l'aune de ce même droit constitutionnel cantonal. Néanmoins, le Tribunal fédéral a développé certaines conditions minimales que doit respecter toute délégation législative et qui s'imposent directement aux cantons et aux communes⁶¹. Il a voulu s'assurer que ceux-ci respectent le principe démocratique ancré à l'art. 51 al. 1 Cst., de même que le principe de la séparation des pouvoirs fixé par les constituants cantonaux. En pratique, ces règles de droit constitutionnel fédéral non écrit constituent les seules règles pertinentes en matière de délégation législative, le droit constitutionnel cantonal les ayant souvent reprises à son compte⁶².

530 *Les conditions de la délégation législative.* – En l'occurrence, selon la jurisprudence fédérale, une délégation législative doit remplir au moins quatre conditions pour être valable⁶³ :

1. La délégation ne doit *pas être exclue par le droit* (constitutionnel) cantonal ;
2. Elle doit être contenue dans *une loi formelle* ;
3. Elle doit se limiter à un *domaine précis* ;

⁶¹ Voir, entre autres, ATF 118 Ia 305, consid. 2b; aussi, pour la situation au niveau communal, WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 598. MARTENET (1999), p. 305, déduit les restrictions en matière de délégation législative directement de l'art. 51 al. 1 Cst., idée considérée comme séduisante par MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (cf. [2012], p. 285).

⁶² Voir, entre autres, Tribunal fédéral, arrêt 1P.27/2002 du 31 mai 2002, consid. 5.1, lequel évoque l'existence d'un « *gemeineidgenössisches kantonales Staatsrecht* »; AUER (2016), N 711; KÄLIN (1995), p. 146; pour le droit vaudois en particulier, DÉPRAZ (2004), p. 255; aussi EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 23, qui parlent d'un « *gesamtschweizerischer Kanon* », ainsi que MARTENET (1999), p. 305, lequel qualifie l'art. 69 al. 4 ConstC BE, qui réglemente pourtant de manière assez détaillée la délégation législative au niveau cantonal, de « remarquable œuvre de synthèse des exigences de la Constitution fédérale ».

⁶³ Cf. la jurisprudence et la doctrine citées ci-avant et ci-après. On réservera la question du droit de veto du parlement que connaissent certains droits cantonaux. En Suisse romande, seules les constitutions cantonales valaisanne et fribourgeoise reconnaissent un tel droit. Si l'art. 57 al. 2 Cst. VS prévoit que seules les ordonnances de substitution du gouvernement peuvent être subordonnées à l'approbation du parlement cantonal, l'art. 93 al. 3 Cst. FR consacre le principe selon lequel le parlement cantonal peut opposer son veto aux actes normatifs de substitution pris par n'importe quelle autorité délégataire. Partant de l'idée que le texte constitutionnel laisse entièrement ouverte la question de la forme et des modalités du droit de veto, le législateur a cependant prévu que le parlement cantonal doit impérativement insérer une clause de veto dans l'acte qui délègue des compétences législatives s'il souhaite se réserver le droit de contrôler l'usage qui sera fait de la délégation octroyée (cf. art. 177 al. 1 LGC FR; art. 89 al. 2 LOCRP VS; cf. aussi BUREAU DU GC FR [2006], p. 11; SCYBOZ [2005], p. 247 s.; de manière générale, AUER [2016], N 725 s.). Autrement dit, le parlement cantonal peut renoncer tacitement à son droit de veto sans violer la constitution cantonale.

4. La norme de délégation doit contenir les *principes importants* de la réglementation à adopter.

L'importance et la fonction des conditions. – La première condition fixée par la jurisprudence – celle du respect du droit constitutionnel cantonal – ne pose en général pas de problème particulier. En effet, il est plutôt rare que les constitutions cantonales interdisent la délégation législative⁶⁴ ; il leur arrive tout au plus de limiter le cercle des délégataires possibles ou d'ajouter certaines conditions à la subdélégation législative (sur la question, *infra* N 542).

531

Quant aux trois autres conditions, elles reviennent à mettre en œuvre le principe selon lequel les normes importantes doivent être fixées dans une loi au sens formel, c'est-à-dire le principe de la réserve de la loi formelle (*supra* N 504 ss)⁶⁵. En tout cas, la jurisprudence et la doctrine considèrent régulièrement que les exigences découlant du principe de la légalité formelle et celles découlant du principe de délégation législative se recouvrent très largement sur ce point⁶⁶. Les unes et les autres représentent, en un sens, les deux facettes d'une même règle, tantôt exprimée positivement, tantôt négativement. Le principe de légalité définit les normes qui doivent être adoptées par le législateur formel du fait de leur grande importance alors que les règles de délégation législative délimitent celles qui peuvent éventuellement ne l'être que partiellement du fait de leur moindre importance.

Le pouvoir d'adopter des règles secondaires. – Vu ce qui précède, le problème de la délégation législative ne se pose logiquement pas lorsqu'un autre

532

⁶⁴ SCYBOZ (cf. [2005], p. 244) précise à ce propos qu'« [i]l faut se garder d'interpréter les renvois à la loi que contient la Constitution comme des interdictions absolues de recourir à la délégation ». La mention de la « loi » peut avoir en effet bien d'autres fonctions que celle d'exclure la délégation (p. ex. contraindre le législateur à légiférer, insister sur le fait que la règle constitutionnelle doit être complétée et précisée, etc.).

⁶⁵ Voir, entre autres, BIAGGINI (2017), N 13 ad art. 164 Cst.; BÜRKI (2011), p. 39; JAAG (2011), p. 645 s.; HAUSER (2007), N 40 ad art. 38 Cst. ZH; LIENHARD (2005), p. 198; FEUZ (2002), p. 86.

⁶⁶ Cf., notamment, ATF 118 Ia 305, consid. 2a; ATF 105 Ia 134, consid. 5c; aussi Tribunal fédéral, arrêt 1P.27/2002 du 31 mai 2002, consid. 5.1, où il considère que « *Legalitätsprinzip und Delegationsvoraussetzungen [hängen] eng zusammen, indem zumindest die Frage was notwendiger Inhalt von Gesetzen zu sein hat, und die Frage der Übertragung von gesetzgeberischen Befugnissen miteinander verknüpft sind* »; aussi UHLMANN/FLEISCHMANN (2017), p. 17 s.; TSCHANNEN (2016), N 32 ad § 27; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 377; BSK BV-WYTTEBACH/WYSS (2015), N 54 ad art. 164 Cst.; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 545; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 288 et 686; WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 1376; TANQUEREL (2011), N 492. Les deux exigences ne se recouvrent pas toujours puisqu'il est possible qu'une réglementation satisfasse au principe de légalité formelle – parce qu'elle peut être reconnue elle-même comme une base légale formelle – mais qu'elle ne respecte pas les conditions spéciales de délégation législative fixées par le droit constitutionnel fédéral et cantonal (cf., pour un exemple, ATF 124 I 216, consid. 3).

organe que le parlement doit ou entend adopter des règles qui ne sont pas considérées « importantes », mais comme des normes dites secondaires, c'est-à-dire comme une simple réglementation « d'exécution ». En effet, de telles normes se rapportent étroitement à la matière de la loi qu'elles exécutent et qu'elles ne peuvent ni abroger, ni modifier⁶⁷. Elles restent donc dans le cadre tracé par la loi en question en se limitant à préciser la réglementation dont celle-ci pose le fondement. Dans cette mesure, elles ne contiennent aucune règle importante si bien que, par définition, il n'est même pas nécessaire qu'elles se fondent sur une base légale formelle contenant les principes de la réglementation à adopter.

Très concrètement donc, pour jouir du pouvoir d'adopter de telles règles secondaires d'exécution, il suffit qu'un organe puisse se prévaloir d'une base constitutionnelle ou légale qui lui en donne la compétence générale⁶⁸. Le fondement légal peut même s'avérer implicite. On admet par exemple qu'une organisation autonome peut établir, dans certaines situations, les règles secondaires d'exécution indispensables à la bonne exécution de sa tâche, même si elle ne peut se prévaloir d'aucune base légale lui déléguant expressément un tel pouvoir. Le pouvoir réglementaire en question peut découler des dispositions légales définissant les tâches et la vocation de l'organisation⁶⁹.

2. Quelle application des conditions de délégation ?

533 *La délégation législative comme acte politico-juridique.* – Le problème reste de définir ce qu'est une réglementation « importante » et, donc, ce qui mérite de se trouver dans une loi formelle ou dans la norme de délégation législative, du moins dans les grandes lignes. Le fait est que la question peut s'examiner au regard de facteurs très différents. Nous avons déjà évoqué ce point (*supra* N 508 ss). En outre, la notion d'importance relève, par définition, d'un jugement de valeur qui dépend du « *Zeitgeist* » et des priorités politiques⁷⁰.

⁶⁷ Pour un arrêt récent, voir, notamment, TAF, arrêt A-6331/2010 du 3 février 2012, consid. 7.3.3; aussi WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 418 s.

⁶⁸ ATF 124 I 127, consid. 3a; UHLMANN/FLEISCHMANN (2017), p. 18; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 96-102; DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 534 s. ; voir en particulier, sur l'application de ce principe en droit cantonal, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 283 s.

⁶⁹ Voir notamment ATF 121 I 22, consid. 4a; ATF 98 Ib 301, consid. 2a; aussi Verwaltungsgericht ZH, arrêt du 1^{er} mars 2006, consid. 2.2, in: RB 2006 n° 21; cf., sur la question de manière plus générale, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 11-119 et 1669-1684; VOGEL (2008), p. 294; MOOR (1992), p. 358; MAHON (1985), p. 181 et p. 261-264.

⁷⁰ Kantonsgericht BL, arrêt du 3 septembre 2003, consid. 3c, in: ZBl 2004, p. 602; aussi ATF 103 Ia 369, consid. 6: « *Es geht somit um eine Wertung, die darnach ausgerichtet sein muss, das Wesentliche vom weniger Wesentlichen zu unterscheiden, und die, unter Berück-*

À partir de ce constat, reconnaissons que déterminer la constitutionnalité d'une délégation législative – notamment lorsqu'il s'agit de s'interroger si cette dernière définit suffisamment les mesures importantes à régler – est une question juridique délicate qu'il appartient en premier lieu au pouvoir politique législatif de résoudre. Celui-ci jouit dans ce cadre d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet de tenir compte de l'ensemble des circonstances entourant la délégation législative qu'il entend opérer⁷¹.

Les critères justifiant une large délégation législative. – Le fait qu'il appar- 534
tienne en priorité aux autorités politiques d'apprécier l'étendue des pouvoirs législatifs qui méritent d'être délégués ne signifie bien évidemment pas qu'une application souple des conditions de délégation législative puisse se justifier – du moins officiellement – sur la base de simples contingences politiques. Il n'est pas admissible que la clause de délégation reste imprécise simplement parce que le législateur ne veut pas se donner la peine de concevoir des solutions appropriées, parce qu'il n'a pas trouvé un consensus à son niveau ou parce qu'il craint que la formulation d'une solution précise compromette l'acceptation de la norme par le peuple⁷².

En revanche, la pratique judiciaire et la doctrine reconnaissent des critères objectifs qui permettent aux pouvoirs politiques de justifier des exigences assouplies (« *herabgesetzte Anforderungen* ») en matière de délégation⁷³. Il s'agit notamment de tenir compte du risque que l'exigence d'une base légale formelle entre en contradiction avec les exigences pratiques et, partant, avec la réalité juridique, et ce de manière insoluble⁷⁴. Les critères en question – qui peuvent justifier une application particulièrement souple des règles de délégation – se rapportent tant à la matière ou l'objet à régler qu'aux particularités de l'autorité délégataire.

L'existence d'un rapport de droit spécial. – L'on applique tout d'abord 535
moins sévèrement les exigences en matière de délégation législative lorsqu'il s'agit de régler le statut de personnes qui se trouvent dans un rapport de droit spécial avec l'État⁷⁵. On considère traditionnellement que les fonctionnaires, les

sichtung aller Elemente und unter Ausgleich sich widerstreitender Interessen, zu einer gewissen Auswahl führen muss. Diese Wertung obliegt zunächst den gesetzgebenden Organen - dem Parlament und dem Volk. »

⁷¹ Cf., dans ce sens, notamment, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 677-686; JAAG (2011), p. 646; WIEDERKEHR (2007), p. 28.

⁷² ATF 103 Ia 369, consid. 6; Cour constitutionnelle JU, arrêt du 11 avril 2003, consid. 7, in: RJJ 2003, p. 1; voir également, sur cette question, MÜLLER/UHLMANN (2013), N 233.

⁷³ Tribunal administratif fédéral, arrêt B-4685/2013 du 25 février 2014, consid. 10.3.25; aussi ATF 128 II 247, consid. 3.2.

⁷⁴ ATF 130 I 113, consid. 2.2; ATF 106 Ia 249, consid. 3.

⁷⁵ ATF 139 I 280, consid. 5.3.1; aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 452-455.

militaires, les détenus, les écoliers et les étudiants se trouvent dans un rapport de droit spécial avec l'État⁷⁶. La création de tels rapports de droit spécial requiert bien évidemment l'existence d'une base légale formelle expresse, en principe adoptée par le législateur ordinaire. En revanche, l'aménagement concret du rapport en question peut être largement réglé par un autre organe auquel on aurait délégué un tel pouvoir⁷⁷.

L'assouplissement du principe de légalité se justifie ici par le fait que l'essentiel de la réglementation découle d'une façon prévisible (« *in voraussehbarer Weise* ») de la création du rapport de droit spécial ainsi que de son but, de sorte que la personne concernée peut d'une certaine façon s'y attendre⁷⁸. L'argument convainc à cet égard spécialement lorsqu'une personne a consenti, voire voulu la création du rapport de droit spécial avec l'État (p. ex. en décidant de travailler pour l'État ou en choisissant une école non obligatoire). Dans ce dernier cas, le consentement lui-même permet d'assouplir les règles liées au principe de la légalité⁷⁹.

536 *L'existence d'un certain usage.* – La jurisprudence fédérale reconnaît ensuite que l'on peut appliquer de manière souple les exigences en matière de délégation législative lorsque l'on peut supposer, d'une part, que l'autorité délégataire suit ou suivra une certaine pratique auquel elle se sent liée dans son activité réglementaire et, d'autre part, que cette pratique correspond à un certain usage au niveau national⁸⁰. L'usage remplace dans cette mesure une base légale formelle (voir aussi, pour la coutume, *supra* N 524)⁸¹.

La logique qui sous-tend cette jurisprudence est convaincante : la délégation effectuée s'inscrit en réalité dans un cadre juridique hypothétique (« *ein hypo-*

⁷⁶ Pour une partie de la doctrine dont l'opinion semble séduire la pratique judiciaire, il ne faut admettre l'existence d'un rapport de droit spécial que lorsqu'un administré se trouve personnellement, spécialement et « bureaucratiquement » dans la sphère de subordination de l'État (« *bürokratisch-hierarchisch* ») ou d'une de ses organisations (cf. Tribunal administratif fédéral, arrêt C-6123/2009 du 20 juin 2001, consid. 3.2.3; pour un développement de la notion, voir MÜLLER M. [2003], p. 134-164).

⁷⁷ Voir, entre autres, ATF 135 I 79, consid. 6.2; ATF 129 I 12, consid. 8.5; ATF 128 I 113, consid. 3f; pour le détail de la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir MÜLLER M. (2003), p. 39-44.

⁷⁸ ATF 139 I 280, consid. 5.3.1.

⁷⁹ Cf., dans ce sens, ATF 129 I 16, consid. 2.2; Verwaltungsgericht SG, arrêt du 19 octobre 2006, consid. 2c, in: GVP-SG 2006, n° 1; aussi, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 729-731; MÜLLER M. (2003), p. 22.

⁸⁰ ATF 130 I 113; ATF 104 Ia 113, consid. 4; ATF 121 I 273, consid. 3b et 5a; ATF 106 Ia 249, consid. 3; aussi WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 429 s. et 1408.

⁸¹ ATF 125 I 173, consid. 9e.

thetischer Rahmen ») en ce sens que l'on peut imaginer avec une certaine assurance que l'autorité délégante partait du principe que l'autorité délégataire respectera(it) le cadre fixé par l'usage⁸².

Les nécessités pratiques. – De même, il convient de faire preuve de mansuétude dans l'application des conditions de délégation législative lorsque le destinataire de celle-ci se révèle mieux à même que l'autorité délégante d'adopter une norme et, le cas échéant, de procéder à sa révision⁸³. Il existe en effet un certain nombre de situations où le législateur ordinaire n'apparaît pas comme l'autorité appropriée pour assumer la fonction législative. Il en va ainsi lorsqu'il s'agit d'adopter des normes techniques nécessitant des connaissances et compétences particulières qu'un organe législatif ne possède en principe pas. Il en va également ainsi lorsque la réglementation en question doit pouvoir être adoptée ou adaptée rapidement et facilement. Le Tribunal fédéral résume sa pratique en ce sens qu'« *[i]n weitergehendem Umfange zulässig ist die Delegation namentlich dann, wenn es um die Regelung untergeordneter Einzelheiten technischer oder organisatorischer Natur geht (...) oder wenn eine häufige Anpassung an sich rasch ändernde, schlecht voraussehbare Verhältnisse notwendig ist* »⁸⁴.

Exemples en droit bernois et jurassien. – Certains constituants cantonaux – comme le constituant bernois – consacrent en quelque sorte partiellement cette idée en reconnaissant parfois eux-mêmes qu'il convient d'octroyer au gouvernement cantonal des compétences législatives importantes – mais temporaires – lorsqu'il s'agit d'adopter des dispositions qui sont nécessaires à l'introduction du droit supérieur, lesquelles devront simplement être remplacées sans retard en suivant la procédure ordinaire⁸⁵. De même, la Cour constitutionnelle jurassienne a souligné que le besoin d'expérimentation dans un domaine donné pouvait justifier que la densité normative de la clause de délégation ne soit pas trop forte, temporairement du moins. Cela permet en effet à l'autorité délégataire d'élaborer progressivement, au gré des expériences faites, les normes précises que le législateur ordinaire n'est pas capable de prévoir compte tenu d'une réalité complexe et parfois inconnue⁸⁶.

⁸² ATF 120 Ia 1, consid. 3g; aussi ATF 106 Ia 249, consid. 3a, et Tribunal fédéral, arrêt 2C_501/2015 du 17 mars 2017, consid. 4.3.3, destiné à la publication.

⁸³ Voir entre autres BSK BV-WYTENBACH/WYSS (2015), N 11 ad art. 164 Cst.; WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 1404 s. et 1413.

⁸⁴ Tribunal fédéral, arrêt 2P. 111/1995 du 22 mars 1996, consid. 5d, in: ZBl 1997, p. 75; aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 359-363.

⁸⁵ Voir art. 88 al. 3 ConstC BE; dans ce sens, MÜLLER/UHLMANN (2013), N 244. L'art. 56 al. 2 Cst. LU prévoit le remplacement de telles normes dans un délai de deux ans maximum. La pratique bernoise connaît des délais de plusieurs années (cf. BOLZ [1995], N 10 ad art. 88 ConstC BE).

⁸⁶ Cf. Cour constitutionnelle JU, arrêt du 13 mars 2000, consid. 4b, in: RJJ 2000, p. 41; aussi MORITZ (2002), N 16 ad art. 59 Cst. JU.

La légitimité démocratique du délégataire. – Quatrièmement et enfin, la légitimité démocratique dont bénéficie le délégataire peut justifier une application généreuse des conditions de délégation législative. Une telle conception découle du fait que les règles de délégation législative tendent, entre autres, à préserver le principe démocratique et la légitimité démocratique des règles de droit importantes et qu'elles ont été essentiellement développées pour les cas de délégation en faveur d'organes exécutifs⁸⁷. C'est ainsi que la jurisprudence apprécie avec une certaine indulgence – pour ne pas dire plus – les délégations législatives aux organes bénéficiant d'une forte légitimité démocratique⁸⁸. Selon une jurisprudence initiée par le Tribunal fédéral, les délégations faites par un législateur cantonal au parlement cantonal ou au parlement communal n'ont même pas besoin de contenir les principes importants de la réglementation à adopter⁸⁹. Dans une logique similaire, la Confédération opère en pratique des délégations législatives extrêmement larges en faveur des cantons dans des domaines relevant normalement de sa compétence⁹⁰.

D'une certaine manière, de telles délégations législatives – que MARTENET et TSCHANNEN qualifient de « verticales »⁹¹ – peuvent passer pour des règles de répartition de compétences (*Kompetenzaufteilungsregeln*), lesquelles ne portent atteinte ni au principe de séparation des pouvoirs, ni au principe démocratique, du moins dans sa forme républicaine⁹². Dans un tel cas, du point de vue du droit fédéral, il suffit simplement que la délégation législative soit expressément prévue dans une loi formelle et que la constitution cantonale ne l'exclue pas⁹³.

⁸⁷ Voir aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 282. D'ailleurs, on considère que le principe démocratique peut justifier, selon la même logique, une application plus stricte des conditions de la délégation législative, notamment lorsque le destinataire de celle-ci n'a pas été élu par le peuple, contrairement au gouvernement cantonal (voir notamment MARTENET [1999], p. 308).

⁸⁸ ATF 128 I 113, consid. 3f où le Tribunal fédéral souligne l'importance que peut avoir le fait qu'un règlement du personnel ait été adopté après avoir été discuté avec les syndicats ou les représentants employés en matière de délégation législative; critique mais relevant cette pratique, BSK BV-WYTENBACH/WYSS (2015), N 21 ad art. 163 Cst. et N 55 ad art. 164 Cst.

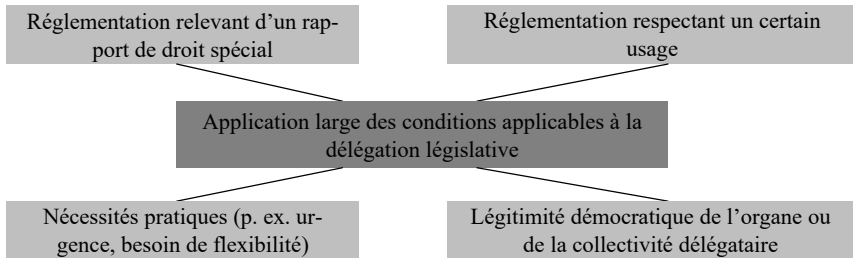
⁸⁹ Cf., à l'origine, ATF 106 Ia 201, consid. 2c; aussi, entre autres, ATF 122 I 305, consid. 5; ATF 128 I 327, consid. 4.1; Tribunal administratif BE, arrêt VGE 17584 du 5 septembre 1988, consid. 3b, in: JAB 1989, p. 85.

⁹⁰ Voir, entre autres, HÄFELIN ET AL. (2016), N 1155-1157.

⁹¹ MARTENET (1999), p. 306; TSCHANNEN (2016), N 18 ad § 21; aussi MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 664.

⁹² Cf., entre autres, ATF 104 Ia 336, consid. 4b.

⁹³ ATF 127 I 60, consid. 2d. Et, si le droit constitutionnel cantonal – comme les droits bernois et jurassien – impose malgré tout le respect de certaines conditions de manière générale, rien n'empêche à ce que l'on interprète celles-ci plus souplesment lorsqu'il est question de déléguer des compétences législatives à un organe bénéficiant d'une certaine légitimité démocratique, comme un organe parlementaire (cf. MORITZ [2002], N 55, 58 et 61-64 ad art. 59 Cst. JU,



B. Le destinataire de la délégation législative

Problématique. – Au-delà de la question des conditions générales que doivent 539
respecter les délégations législatives, il s’agit encore de s’interroger sur les destinataires potentiels de celles-ci et sur les limites spéciales qu’imposent théoriquement le droit constitutionnel fédéral et le droit constitutionnel cantonal en la matière (1), en particulier lorsque les cantons envisagent de déléguer une partie de leurs compétences législatives à un organe intercantonal (2).

1. Quelques aspects généraux

En général. – Comme nous venons de le voir, au sens de la jurisprudence fédérale, la nature du destinataire d’une délégation législative peut avoir une influence 540
sur l’étendue possible de celle-ci (*supra* N 538). Il n’est en revanche pas possible de déduire du droit constitutionnel fédéral des règles limitant, sur le principe, le destinataire final d’une délégation législative opérée par le législateur cantonal ou communal. Il aurait d’ailleurs été étonnant que le constituant fédéral impose des limites sur ce point aux cantons alors même qu’il n’en fixe pas pour le législateur fédéral, sauf peut-être en cas de délégations législatives faites à des personnes ou des organisations privées⁹⁴.

Sur le principe donc, les cantons jouissent d’une marge de manœuvre pour déterminer les destinataires d’une éventuelle délégation législative, celle-ci

lequel met en plus en exergue qu’une telle conception correspond à la pratique adoptée; BOLZ [1995], N 2 ad art. 75 ConstC BE).

⁹⁴ Voir, entre autres, BSK BV-WYTTEBACH/WYSS (2015), N 39-41 ad art. 164 Cst.; voir d’ailleurs, s’agissant de l’admissibilité de la subdélégation législative par le Conseil fédéral et de son cadre légal, art. 48 LOGA.

pouvant être faite en faveur de n'importe quelle autorité ou de n'importe quelle organisation de droit public⁹⁵.

541 *Les limites dans les droits cantonaux.* – Si, au sens du droit fédéral, les cantons sont libres de déterminer les destinataires d'une éventuelle délégation législative, ils ont quelquefois décidé – de leur propre initiative – de limiter le cercle des destinataires des éventuelles délégations législatives. Ainsi, quelques constitutions cantonales alémaniques interdisent expressément de déléguer les compétences législatives du corps électoral cantonal à d'autres autorités que le parlement cantonal ou le gouvernement cantonal⁹⁶.

Les constitutions des cantons romands ne vont cependant pas aussi loin. Elles autorisent expressément ou implicitement – en l'absence de toute réglementation contraire – la délégation législative à un organe ou une organisation autre que le gouvernement cantonal et, notamment, à une entité décentralisée, en tout cas lorsque celle-ci est organisée sur la base du droit public⁹⁷. Il en va également ainsi de la constitution cantonale bernoise. Celle-ci prévoit certes, à son art. 69 al. 1, que les compétences du corps électoral ne peuvent être déléguées à aucune autre autorité que le parlement et le gouvernement, mais son art. 95 al. 2 autorise parallèlement la délégation législative à des organisations externes aux cantons dans la mesure où elles sont chargées de l'exécution de tâches publiques⁹⁸.

542 *La question de la subdélégation législative.* – Il appartient aussi au droit cantonal de régler la problématique d'une éventuelle subdélégation législative de la part du destinataire de la délégation législative initiale (délégation de la

⁹⁵ Cf., entre autres, WIEDERKEHR/RICHLI (2012), N 603; Komm. KV ZH-HAUSER (2007), N 42 ad art. 38 Cst. ZH; MARTENET (1999), p. 308 s.; voir, aussi et notamment, ATF 118 Ia 305, consid. 2b, évoquant la faculté d'opérer des délégations législatives à des « *Verwaltungsbehörden* ».

⁹⁶ Cf., par exemple, art. 68 al. 1 Cst. AR; art. 49 al. 1 Cst. SH.

⁹⁷ Cf., notamment, art. 59 Cst. JU; art. 93 Cst. FR; MORITZ (2002), N 23 ad art. 59 Cst. JU. Les constituants vaudois, neuchâtelois et genevois n'ont, quant à eux, pas réglé la question de la délégation de compétence. À titre de comparaison, l'art. 45 al. 3 Cst. LU permet explicitement une délégation législative à une autre autorité ou à un autre organe que le gouvernement cantonal. Quoi qu'il en soit, une base constitutionnelle explicite est tout au plus nécessaire lorsque la délégation est opérée en faveur d'un organisme privé (cf. ATF 136 I 316, consid. 2.4.1).

⁹⁸ Sur le rapport des deux normes, cf. BOLZ (1995), N 2 ad art. 69 ConstC BE, selon lequel on peut tout au plus déduire de cette apparente contradiction l'idée selon laquelle le constituant a entendu que le législateur ne délègue ses compétences à d'autres organes que le gouvernement que de manière restrictive; voir cependant aussi AUER (2016), N 714, semblant adopter une position plus restrictive.

délégation législative)⁹⁹. À partir de là, une telle subdélégation est parfois limitée, notamment si le droit constitutionnel cantonal prévoit que la délégation des compétences du gouvernement cantonal doit être prévue dans la constitution ou la loi. C'est notamment le cas en droit constitutionnel jurassien et bernois¹⁰⁰. Dans les autres cas, on peut éventuellement imaginer déduire d'éventuelles restrictions implicites à la subdélégation du silence de la constitution cantonale, de l'importance de la délégation législative initiale ou de la pratique en matière de délégation législative¹⁰¹.

2. La délégation législative à un organe intercantonal

Le principe. – Bien qu'elle ait fait un temps l'objet de quelques controverses doctrinales, l'admissibilité des délégations législatives à des organes intercantonaux n'est, de manière générale, plus contestée aujourd'hui¹⁰². Ce type de délégation est même devenu monnaie courante¹⁰³. On part du principe que les cantons qui opèrent une telle délégation usent simplement de leur autonomie d'organisation. Dans ce cadre, la délégation législative en faveur d'un organe intercantonal – bien que particulière – ne se distingue pas de celle faite en faveur d'une autre autorité cantonale interne¹⁰⁴. C'est d'ailleurs de cette prémisse que part depuis une dizaine d'années la réglementation constitutionnelle fédérale.

Les conditions fixées à l'art. 48 al. 4 Cst. – En effet, conformément à l'un des objectifs généraux de la RPT qui était celui de favoriser et d'intensifier les collaborations efficaces entre les cantons, le constituant a estimé opportun

⁹⁹ En effet, comme le droit constitutionnel fédéral ne pose pas d'exigence précise s'agissant du destinataire des délégations législatives, il n'en pose pas davantage s'agissant d'une éventuelle subdélégation législative de la part du destinataire de la délégation législative initiale (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], p. 288; MARTENET [1999], p. 308 s.; voir aussi ATF 141 II 169, consid. 3.5). À partir de là, la jurisprudence fédérale reconnaît logiquement que la subdélégation du pouvoir de légiférer est, sur le principe, admissible, même en l'absence de base légale formelle expresse contenue dans la norme de délégation (ATF 120 II 137, consid. 2a; ATF 118 Ia 245, consid. 3c; voir aussi AUER [2016], N 717; HÄFELIN ET AL. [2016], N 1877; TANQUEREL [2011], N 499).

¹⁰⁰ Voir art. 59 al. 1 Cst. JU ainsi qu'art. 69 al. 3 ConstC BE; Commission cantonale de la protection des données JU, arrêt du 13 avril 2005, in: RJJ 2005, p. 285, spéc. 290; Tribunal administratif BE, arrêt VGE 21983 du 10 mars 2005, consid. 3.6, in: JAB 2005, p. 506; MORITZ (2002), N 66 ad art. 59 Cst. JU; BOLZ (1995), N 7 ad art. 69 ConstC BE; aussi AUER (2016), N 717 s.

¹⁰¹ Cf., notamment, Komm. KV LU-SEILER (2010), N 21 ad § 56 Cst. LU; HOTTELIER (1999), N 5-6; LIENHARD (2005), p. 198, lequel considère quant à lui que l'exclusion de toute possibilité de subdélégation législative devrait être expressément prévue dans la loi.

¹⁰² Voir, notamment, BRUNNER (2000), p. 130.

¹⁰³ Cf., entre autres, BIAGGINI (2017), N 14 ad art. 48 Cst.

¹⁰⁴ Dans ce sens, MARTENET (1999), p. 286; aussi TANQUEREL (2001), p. 27.

d'ancrer expressément dans la Constitution fédérale la possibilité de créer des organes intercantonaux dotés de pouvoirs législatifs (sur la question, *supra* N 87 s.). L'art. 48 Cst. a par conséquent été complété d'un quatrième alinéa qui dispose que les cantons peuvent, par une convention, habiliter un organe intercantonal à édicter pour sa « mise en œuvre » des dispositions contenant des règles de droit, à condition que cette convention :

1. soit adoptée selon la procédure applicable aux lois (let. a);
2. fixe les grandes lignes de ces dispositions (let. b).

545 *Les conditions fixées à l'art. 48 al. 4 Cst. : suite.* – Le constituant fédéral a voulu signifier à l'art. 48 al. 4 Cst. que la délégation législative à un organe *intercantonal* devait respecter plus ou moins les mêmes conditions que celle faite en faveur d'un organe *intracantonal*¹⁰⁵. Ce faisant, il n'a pas voulu imposer des conditions plus restrictives à l'égard des délégations législatives faites en faveur d'organes intercantonaux.

546 *La faculté d'adopter des normes primaires.* – Au sens de l'art. 48 al. 4 Cst., des organes intercantonaux peuvent – en cas d'habilitation expresse en ce sens – adopter non seulement des normes « secondaires » (sur la notion, *supra* N 532), mais aussi des normes juridiques dites « primaires », c'est-à-dire des règles de droit qui imposent des droits ou des obligations à des personnes ou fixent des principes d'organisation ou de procédure. Soulignons qu'il s'agissait là du but maintes fois avoué du complément constitutionnel apporté¹⁰⁶. L'art. 48 al. 4 Cst. est également compris ainsi par la pratique et par la doctrine, notamment parce qu'à défaut, la révision constitutionnelle opérée en vue d'élargir la marge de manœuvre des cantons perdrait en grande partie de son sens¹⁰⁷.

À vrai dire même, cette disposition constitutionnelle s'applique uniquement à la problématique des règles primaires, car la compétence d'adopter des normes secondaires de pure exécution ne doit généralement pas respecter les conditions strictes de la délégation législative (sur la question, *supra* N 532)¹⁰⁸. Le fait que

¹⁰⁵ Voir, entre autres, CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2323; ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 46; BIAGGINI (2017), N 14 ad art. 48 Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 52 ad art. 48 Cst.; aussi AUER (2016), N 844, selon lequel les conditions sont reprises « *cum grano salis* ».

¹⁰⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2323; CONSEIL FÉDÉRAL (2002), p. 6 ; ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 45 s.; ORG. DE PROJET RPT (1999/II), p. 7; BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 60 ad art. 48 Cst.

¹⁰⁷ Entre autres, ZRK (2013), p. 4; CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2006), p. 2; ROTH (2011), p. 157; GRISEL (2005), N 16.

¹⁰⁸ Voir aussi TSCHANNEN (2016), N 15 ad § 25; dans le même sens, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 64 ad art. 48 Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 53 ad art. 48 Cst.

les Chambres fédérales aient tenu à apporter l'adjonction selon laquelle un organe intercantonal ne pouvait adopter que des normes « *qui mettent en œuvre une convention intercantonale* » n'y change rien. Cette précision ne permet pas de conclure que le constituant a entendu limiter les pouvoirs réglementaires des organes intercantonaux à l'adoption de normes secondaires d'exécution seulement, à l'exclusion de toute norme primaire, même si cette idée a été exprimée par PFISTERER lors des débats parlementaires¹⁰⁹.

La notion de « mise en œuvre ». – L'adjonction selon laquelle la délégation doit porter sur l'adoption de dispositions servant à la « mise en œuvre » de la convention intercantonale, visait uniquement à, comme PFISTERER l'a lui-même également souligné devant le Conseil des États, « *diese interkantonale Ebene auf das sachlich-funktionell Notwendige zurückzustutzen* »¹¹⁰.

547

Autrement dit, cette modification intervenue lors de la procédure parlementaire tendait à préciser que des organes intercantonaux ne pouvaient pas légiférer sur n'importe quel sujet, mais qu'ils ne pouvaient édicter que des normes nécessaires à la « mise en œuvre » de la convention¹¹¹. Dans cette mesure, le Parlement a, pour ainsi dire, consacré un principe général de droit constitutionnel non écrit que nous avons déjà traité dans la présente thèse, en l'occurrence le *principe de spécialité*, lequel est valable lors de toute délégation de tâches (sur la question, *supra* N 430 s.). Ce faisant, il n'a pas nécessairement voulu empêcher une interprétation large et autonome de la notion de « mise en œuvre » (« *Umsetzung* » dans la version en langue allemande) et interdire aux cantons de déléguer à des organes intercantonaux la faculté d'édicter des règles de droit primaires, contrairement à ce que retient ZEHNDER¹¹².

En tous les cas, en tant que norme limitant l'autonomie organisationnelle des cantons, l'art. 48 al. 4 Cst., dont la formulation n'est pas des plus limpide, peut à notre sens être interprété largement ou, pour reprendre la formule de

¹⁰⁹ PFISTERER, in: BO 2002 E 841; dans le même sens que la présente thèse, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 60 ad art. 48 Cst., lesquels y verraient une contradiction avec les conditions de la délégation législative, lesquelles portent forcément sur l'adoption de normes primaires.

¹¹⁰ Cf. PFISTERER, in: BO 2002 E 841.

¹¹¹ INDERKUM, in: BO 2002 E 863: « *Mit dieser Ergänzung will sie [die Kommission] zum Ausdruck bringen (...), dass interkantonale Organe natürlich nicht beliebig rechtsetzende Bestimmungen erlassen können, sondern nur solche, die der Umsetzung des entsprechenden Vertrages dienen bzw. hierzu erforderlich sind. Anders ausgedrückt: Die durch interkantonale Organe erlassenen Bestimmungen müssen durch den betreffenden interkantonalen Vertrag, der zudem die Voraussetzungen gemäss Absatz 5 Buchstaben a und b erfüllen muss, abgedeckt sein.* »

¹¹² Dans un sens similaire, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 60 ad art. 48 Cst.; voir en effet, pour un avis contraire, ZEHNDER (2007), p. 28 s. Les parlementaires se sont d'ailleurs gardés d'utiliser le terme d'« exécution » (« *Vollziehung* »).

WALDMANN et SCHNYDER VON WARTENSEE, « *in einem etwas weitergehenden Sinne (als dies bei reinen Ausführungsvorschriften der Fall ist)* »¹¹³.

L'interprétation systématique en particulier. – Une interprétation large de l'art. 48 al. 4 Cst. aurait aussi le mérite de correspondre à la notion de « mise en œuvre » (« *Umsetzung* ») telle que mentionnée maintes fois par la Constitution fédérale, notamment à l'art. 46 al. 2 Cst., qui concerne la « mise en œuvre » (« *Umsetzung* ») du droit fédéral par les cantons, ainsi qu'à l'art. 141a Cst. qui porte sur la « mise en œuvre » (« *Umsetzung* ») des conventions internationales. Une telle « mise en œuvre », qui doit être entendue dans un sens large, implique l'adoption de normes primaires – de niveau législatif – par les cantons ou par la Confédération¹¹⁴.

548

Le rapport de l'art. 48 al. 4 Cst. avec le droit cantonal. – L'art. 48 al. 4 Cst. fixe uniquement une réglementation minimale subsidiaire que les cantons doivent respecter lors d'une délégation législative faite en faveur d'un organe intercantonal. Ce faisant, la Constitution fédérale n'empêche pas les cantons d'adopter des règles plus restrictives en matière de délégation législative au niveau intercantonal¹¹⁵. Le droit constitutionnel fédéral n'a ainsi pas de portée constitutive et les cantons ne peuvent pas directement se fonder sur lui pour justifier une délégation qui, pour une raison ou une autre, ne serait pas permise au sens du droit cantonal.

¹¹³ BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 60 ad art. 48 Cst. Remarquons à cet égard que certains tribunaux ont déjà eu l'occasion de juger que la notion similaire d'« *Ausführung* » – plus large que celles de « *Vollziehung* » – incluait l'adoption de normes dites primaires (voir Tribunal administratif BE, arrêt VGE 17584 du 5 septembre 1988, consid. 3b, in: JAB 1989, p. 85, reprenant l'ATF 45 I 55, consid. 3, et repris dans Tribunal administratif BE, arrêt VGE 19396 du 3 juillet 1995, consid. 3c, in: JAB 1996, p. 296: « *Demnach muss nach dem Willen des Verfassungsgebers der Begriff der "näheren Ausführung" hinsichtlich des materiellen Inhalts weitergehen als derjenige der "Vollziehung"* »). Voir, également, art. 83 al. 2 Cst. JU, qui permet au législateur jurassien de laisser au parlement cantonal le soin d'édicter des « dispositions d'exécution importantes ».

¹¹⁴ Voir notamment BSK BV-WALDMANN/BORTER (2015), N 16 s. ad art. 46 Cst.; SG Komm. BV-EGLI (2014), N 11 ad art. 46 Cst.

¹¹⁵ Cf., dans le même sens, BIAGGINI (2017), N 14 ad art. 48 Cst. : « *BV 48 Abs. 4 hindert die Kantone nicht, in ihrem Recht zusätzliche Anforderungen vorzusehen; die (Schein-) "Ermächtigung" gemäss Abs. 4 vermag bestehende kantonale Erfordernisse nicht zu beseitigen.* »; aussi AUER (2016), N 715 et 844; BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 64 ad art. 48 Cst., lesquels voient dans le respect du droit cantonal une véritable condition supplémentaire de la délégation législative, ce qui est probablement inexact dans la mesure où le droit intercantonal prime le droit cantonal; d'un autre avis, considérant que le droit cantonal ne peut exclure la délégation législative à un organe intercantonal, SG Komm. BV-ABDERHALDEN (2008), N 47 ad art. 48 Cst.

III. Le « renvoi législatif » externe

Introduction. – Il n'est pas rare que les conventions organisatrices régionales contiennent des dispositions qui renvoient à des lois fédérales, cantonales ou communales existantes, lesquelles sont appelées à s'appliquer à titre de droit supplétif à la convention. Le procédé permet notamment d'éviter de surcharger la convention de règles ou de devoir déléguer certains pouvoirs réglementaires à un organe régional.

549

Partant de ce constat, nous jugeons qu'il n'est pas inutile de rappeler la notion, la fonction et les limites du procédé du renvoi législatif externe qu'il convient de distinguer soigneusement d'autres procédés légistiques (A). Au regard de leur utilisation dans le cadre de la collaboration intercantonale, il s'agit en particulier de rappeler les problèmes que posent – et les limites que doivent normalement respecter – les renvois externes à des normes de droit fédéral (B).

A. Les aspects généraux

La notion de « renvoi législatif externe ». – On qualifie de « renvoi législatif externe » le procédé consistant à se référer, dans un acte législatif, à une réglementation existante appartenant à un autre acte normatif et à renoncer, par là-même, à créer de nouvelles normes de droit¹¹⁶.

550

Il peut effectivement arriver que lors de la conception d'un nouvel acte normatif, son auteur estime qu'une ou des normes déjà existantes doivent être utilisées afin de régler la problématique en cause, mais qu'il ne souhaite pas pour différentes raisons la ou les retranscrire *in extenso* au sein de l'acte à adopter. L'auteur insère alors au sein de son acte législatif une norme spéciale – qualifiée de « norme de renvoi » – qui prévoit qu'une autre norme ou un autre ensemble de normes – qualifié d'« objet du renvoi » – est applicable à une situation donnée.

La fonction et l'effet du renvoi. – Les fonctions des renvois sont diverses, spécialement en ce qui concerne les renvois externes¹¹⁷. Principalement et originellement, les renvois législatifs externes permettent de raccourcir et de simplifier les actes normatifs. Le renvoi législatif permet à la norme de renvoi de s'approprier l'objet du renvoi. Exprimé autrement, l'acte ou la norme auquel il est renvoyé se voit introduit de manière fictive dans l'acte législatif qui contient le renvoi¹¹⁸.

551

¹¹⁶ Voir en particulier OFJ (2007), N 892 et 895.

¹¹⁷ Sur l'utilité des renvois législatifs, OFJ (2007), N 894, 898 et 904; MÜLLER/UHLMANN (2013), N 362 et 365; SCHENKE (1980), p. 743.

¹¹⁸ MÜLLER/UHLMANN (2013), N 360.

Dans le cadre d'un renvoi externe à une norme d'un autre ordre juridique, la nature de celle-ci est modifiée, car la norme qui fait l'objet du renvoi appartient alors à part entière à l'ordre juridique de la norme de renvoi. Par exemple, si le droit cantonal renvoie au droit fédéral, la norme ou l'ensemble des normes fédérales auquel il est renvoyé doit être considéré comme du droit cantonal¹¹⁹. De même, si une norme communale renvoie au droit cantonal, alors l'objet du renvoi doit être considéré comme du droit communal.

552 *Les renvois statiques et dynamiques.* – On distingue de nombreux types de renvois législatifs externes selon leur nature et leur fonction¹²⁰. Tout d'abord, on peut procéder à une classification selon la nature du renvoi. Celui-ci peut être « statique », auquel cas il renvoie à une ou des normes au contenu déterminé et immuable, ou « dynamique », auquel cas il renvoie à une ou des normes dont le contenu peut être modifié. En principe, le renvoi est statique dès lors qu'une norme prévoit qu'une autre est applicable dans la teneur qu'elle avait lors de l'entrée en vigueur de la norme de renvoi. Le renvoi est en revanche dynamique lorsqu'une norme prévoit qu'une autre est applicable dans sa teneur actuelle, c'est-à-dire au moment où elle doit être appliquée.

553 *Les renvois spéciaux ou généraux.* – On peut aussi procéder à une classification des renvois législatifs en tenant compte de leur étendue ou de leur portée. À cet égard, on oppose parfois le renvoi législatif « spécial » au renvoi législatif « général ». Le premier type renvoie à une norme ou à un acte législatif précis. Le second renvoie de façon générique au droit fédéral, à un droit cantonal ou à un droit communal dans son ensemble.

554 *Les renvois directs ou médiats.* – Le renvoi opéré est le plus souvent « direct », c'est-à-dire qu'une norme renvoie à un ensemble déterminé de normes. Toutefois, lorsque le renvoi est général ou qu'il porte sur un acte législatif dans son ensemble, on peut imaginer, en théorie, qu'il soit également « médiate »¹²¹. Il pourrait en effet arriver qu'un renvoi soit le résultat d'un autre renvoi, c'est-à-dire qu'il résulte d'un renvoi que l'on pourrait qualifier de « réflexe ». C'est le cas lorsque des normes auxquels il serait renvoyé dans un premier temps renverraient elles-mêmes à d'autres normes que l'on envisagerait alors d'appliquer

¹¹⁹ Pour une jurisprudence allemande dans ce sens, cf. Bundesverwaltungsgericht (Allemagne), arrêt 5 C 1.12 du 19 juillet 2012, consid. 1.

¹²⁰ Pour d'autres présentations des divers types de renvois, cf. OFJ (2007), N 895; MÜLLER/UHLMANN (2013), N 360-370.

¹²¹ Le « renvoi médiate » doit être distingué du « renvoi indirect ». Ce dernier désigne les cas où la loi, en se référant à des « standards actuels » (tel l'état de la science et de la technique), prévoit l'application de règles – en principe techniques et de nature privée – qui concrétisent ces standards (pour un exemple, cf. ATF 123 I 112).

par effet de ricochet. On qualifie parfois également ce type de renvoi médiateur de « renvoi en chaîne » ou de « double renvoi »¹²².

Les problèmes et limites liés à la sécurité du droit. – La technique du renvoi législatif externe n'est pas sans poser quelques problèmes.

Tout d'abord, même s'il permet de restreindre la dimension des actes législatifs, le renvoi législatif externe prêterait, par nature, la publicité, la déterminabilité et la clarté du droit. La publication d'un acte normatif qui contient un renvoi ne permet pas toujours au justiciable de déterminer « à quelle sauce » il sera mangé sans devoir effectuer d'autres recherches¹²³. Cela vaut en particulier lorsqu'un acte de renvoi – par exemple cantonal ou communal – renvoie de manière générale et dynamique à l'ensemble des normes d'une autre collectivité publique (*globale Pauschalverweisung*)¹²⁴. De même, les renvois externes emportent avec eux le risque de doubles renvois (renvoi à un autre renvoi ou renvois « en chaîne »), lesquels peuvent compliquer inutilement la définition des règles applicables (aussi *infra* N 560)¹²⁵. Il se peut aussi qu'une formulation floue du renvoi prêterait la sécurité du droit, comme c'est le cas pour un renvoi qui prévoirait qu'une norme d'une autre loi ou qu'une autre loi est applicable « par analogie »¹²⁶.

C'est ainsi que l'on considère parfois que le renvoi externe à des normes « dans leur état actuel » empêche l'administré de se faire une idée du droit qui lui est véritablement applicable (celui valable au moment de l'application de la norme de renvoi ou celui valable au moment de l'adoption de celle-ci), de sorte qu'un tel renvoi n'est pas forcément conforme au principe de la sécurité du droit¹²⁷.

Les limites au « renvoi » équivalant à une délégation législative. – Sur un plan dogmatique, le renvoi législatif externe se distingue de la délégation législative. D'un côté, en procédant à un renvoi, le législateur intègre des règles existantes au sein de l'acte normatif qui contient le renvoi. De l'autre, en procédant à une délégation législative, le législateur autorise l'édiction de nouvelles règles de rang inférieur à l'acte qui contient la délégation¹²⁸.

Malgré cette différence formelle et théorique, le renvoi externe, lorsqu'il est effectué de manière dynamique, peut menacer le principe démocratique de la même manière que le fait une délégation législative. La collectivité – ainsi que

¹²² OFJ (2007), N 906; POLEDNA (1999), p. 214.

¹²³ Voir, sur cette question, POLDENA (1999), p. 215 s.; SCHENKE (1980), p. 744.

¹²⁴ POLEDNA (1999), p. 215.

¹²⁵ OFJ (2007), N 906.

¹²⁶ Dans ce sens, OFJ (2007), N 906; BUNDESKANZLERAMT (Autriche, 1990), p. 19.

¹²⁷ Dans ce sens, Bundesverwaltungsgericht (Allemagne), arrêt 7 C 21.08 du 29 octobre 2009, consid. 2b; POLEDNA (1999), p. 216.

¹²⁸ Voir notamment OFJ (2007), N 893; pour un exemple, cf. ATF 133 V 96, consid. 4.4.5.

sa population – peut en effet se voir soumise à des règles à l'élaboration desquelles elle n'a pas participé¹²⁹. Plus précisément, le principe de la légalité formelle – qui suppose que les réglementations importantes soient adoptées par un organe représentatif de la population concernée et/ou soumise à l'approbation de celle-ci (sur la question, *supra* N 505 ss) – peut être mis à mal par un renvoi dynamique effectué en faveur de normes adoptées par des organisations privées, voire par d'autres collectivités ou organisations publiques (canton voisin, organisation internationale, etc.), de la même manière qu'il peut l'être par une délégation législative¹³⁰.

Ainsi, même si les normes de renvoi externe dynamique et les normes de délégation législative divergent sur le plan rédactionnel, les deux procédés – qui sont *de facto* substituables – sont soumis aux mêmes restrictions¹³¹ ; il ne doit pas être possible de contourner les limites valables en matière de délégation de compétences législatives par le biais d'un renvoi législatif¹³².

557 *Le « renvoi » comme norme de rattachement.* – Vu ce qui précède, il paraît essentiel de ne pas mélanger les normes de renvois législatifs avec les normes de rattachement, que nous avons déjà évoquées dans cette thèse, par lesquelles les collectivités publiques de même rang règlent, en réalité, d'éventuels conflits – le plus souvent positifs – de compétences et de droits applicables (sur cette notion, *supra* N 345).

Les deux types de normes ne divergent le plus souvent pas sur le plan rédactionnel, mais se distinguent quant à leurs fonctions. Les normes de rattachement permettent de régler un conflit de souveraineté ou de lois entre plusieurs collectivités, peu importe que ce conflit soit réel ou potentiel ou qu'il soit négatif ou positif. Contrairement aux véritables normes de renvoi législatif, elles ne s'approprient pas les règles d'un ordre juridique auquel elles n'appartiennent

¹²⁹ OFJ (2007), N 905.

¹³⁰ MÜLLER/UHLMANN (2013), N 370.

¹³¹ Voir dans ce sens, Tribunal fédéral, arrêt 1C_829/2013 du 1^{er} mai 2014, consid. 2.3, qui va jusqu'à envisager l'application des conditions de la délégation législative à des renvois législatifs externes dynamiques en faveur de lois adoptées par la même collectivité; MÜLLER/UHLMANN (2013), N 370. Nous relèverons encore que le renvoi opéré implique – certes non nécessairement, mais probablement – l'application analogique de la jurisprudence des autorités judiciaires de la collectivité qui a adopté la norme initialement (sur le problème du renvoi et de la jurisprudence rendue à propos de l'objet du renvoi, cf. aussi OFJ [2007], N 905; SUBILIA-ROUGE [2003], p. 298). L'OFJ va jusqu'à douter de la constitutionnalité d'un renvoi dynamique au droit d'un autre canton, voire tout simplement à proscrire – en l'état actuel de la Constitution fédérale – le renvoi direct et dynamique à des normes du droit européen (cf. OFJ [2002], p. 8; OFJ [2007], N 905).

¹³² ATF 136 I 316, consid. 2.4.1; Tribunal fédéral, arrêt 1C_35/2013 du 16 mai 2014, consid. 6.4; voir aussi pour un tel raisonnement, MÜLLER/UHLMANN (2013), N 370; MORITZ (2002), N 124 ad art. 59 Cst. JU; SCHENKE (1980), p. 745; voir, spécialement, Oberverwaltungsgericht (Nordrhein-Westfalen), arrêt 14 A 2973/02 du 25 novembre 2004.

pas. Elles tendent simplement à reconnaître à la collectivité au droit de laquelle il est « renvoyé » la compétence de régler, de manière exclusive et souveraine, un état de fait qui présente un lien avec son territoire¹³³. Dans le cas d'un « renvoi » effectué par une norme de rattachement, le droit désigné conserve sa nature propre et s'applique directement, sans devoir être intégré au sein de l'ordre juridique de la collectivité ou des collectivités qui procèdent au « renvoi »¹³⁴.

Le « renvoi » comme clause de réserve. – De même, le renvoi législatif externe doit être distingué d'une éventuelle clause de réserve, que l'on appelle aussi « renvoi improprement dit » ou « renvoi déclaratoire »¹³⁵. À nouveau, les deux procédés peuvent prendre la même forme rédactionnelle, mais se distinguent quant à leurs effets.

Lorsqu'une autorité procède à un véritable renvoi législatif, elle entend que l'on applique une norme ou un ensemble de normes qui ne seraient pas censées s'appliquer en l'absence du renvoi effectué. Celui-ci déploie ainsi un effet constitutif. En comparaison, une clause de réserve ne fait, elle, que rappeler que d'autres normes externes sont ou pourraient être – également et de toute manière – applicables aux situations réglementées par l'acte contenant la norme de « renvoi »¹³⁶. Son effet est uniquement déclaratif.

558

B. Le renvoi externe au droit fédéral en particulier

En général. – Il arrive que le législateur cantonal procède à des renvois législatifs en faveur du droit fédéral. Il faut dire qu'en droit suisse, les normes de renvoi de droit cantonal vers des actes législatifs fédéraux ne sont pas – en ce qui concerne leur principe même – interdites.

559

Cela étant dit, la question de la constitutionnalité des renvois législatifs à des normes adoptées par la Confédération reste une problématique relativement peu explorée par la jurisprudence fédérale et par la doctrine juridique suisse si

¹³³ Dans ce sens, pour des cas où la distinction est exprimée clairement par un tribunal, *Verfassungsgerichtshof* (Autriche), VfSlg. 16.999/2003 du 3 octobre 2003, consid. VI.2b; aussi 7445/1974, consid. 1.

¹³⁴ SCHENKE (1980), p. 749.

¹³⁵ OFJ (2007), N 895; MÜLLER/UHLMANN (2013), N 360-362; voir aussi HÄFELIN ET AL. (2016), N 1158, à propos des « *echte und unechte Vorbehalte* ».

¹³⁶ Pour un exemple d'une telle distinction, cf. ATF 133 V 96, consid. 4.4.5. La distinction n'est malheureusement pas toujours opérée de manière conséquente, ce qui peut mener à des confusions (cf., pour un cas, BERTSCHI [2004], p. 622, qui considère, à tort, que le « renvoi » contenu par un règlement sur le statut du personnel communal vers une loi cantonale sur le personnel – laquelle ne fait que permettre aux communes de lui déroger sur certains points – constitue un renvoi législatif).

bien que les limites juridiques à de tels renvois peuvent s'avérer encore un peu floues¹³⁷.

560

La jurisprudence fédérale en général. – En fait, le Tribunal fédéral a toujours admis que, sur le principe, le droit cantonal pouvait renvoyer au droit fédéral tout en formulant quelques réserves à l'endroit d'un tel renvoi. Une tel procédé légistique n'est admissible que pour autant que le droit cantonal entretienne, sur la question à régler, un rapport de connexité direct et particulier avec l'objet du renvoi, c'est-à-dire avec le droit fédéral¹³⁸. Il faut aussi que le renvoi soit effectué clairement, sans ambiguïté, conformément aux principes de sécurité et de déterminabilité du droit¹³⁹.

Le Tribunal fédéral n'impose pas un « *allzu strengen Masstab* » en matière de clarté du renvoi si bien qu'un renvoi législatif général à une loi fédérale dans son entier est envisageable dans son principe¹⁴⁰. Il n'en demeure pas moins qu'un éventuel renvoi médiate, c'est-à-dire un « double renvoi », n'est pas admissible normalement (sur la notion de renvoi médiate, *supra* N 554)¹⁴¹.

¹³⁷ Pour un même constat, cf. POLEDNA (1999), p. 214. La question a également été longtemps délaissée par la pratique judiciaire et la doctrine allemandes jusqu'à la fin des années septante avant d'être largement explorée par elles (voir, sur la question, SCHENKE 1980, p. 744). Quant au Tribunal fédéral, il a parfois tendance à confondre le renvoi législatif externe au droit fédéral avec d'autres procédés législatifs qui ne posent pas de problèmes particuliers, comme celui du *rattachement légal* (*gesetzliche Anknüpfung*; à ne pas confondre avec la norme de rattachement, voir *supra* N 557). Il peut en effet arriver qu'un législateur prévoie qu'une réglementation donnée ne s'applique que pour autant qu'une autre réglementation s'applique également ou qu'une décision se fondant sur elle ait été rendue. La distinction entre « renvoi législatif » et « rattachement légal » est toutefois difficile à opérer (voir notamment ATF 138 I 367, consid. 5.4, qui qualifie – à tort à notre sens – de « norme de renvoi » une norme cantonale selon laquelle « lors de la passation des marchés [publics], il y a lieu de respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail »; voir également sur la question et l'importance de la distinction, Bundesverwaltungsgericht (Allemagne), arrêt 7 C 21.08 du 29 octobre 2009, consid. 2b; aussi Verfassungsgerichtshof [Autriche], arrêt VfSlg 16.999/2003, consid. VI.2b: « *Entscheidendes Kriterium für eine – verfassungsrechtlich zulässige – tatbestandliche Anknüpfung an fremde Normen oder Vollzugsakte (im Gegensatz zur verfassungswidrigen dynamischen Verweisung) ist, dass die zum Tatbestandselement erhobene (fremde) Norm nicht im verfassungsrechtlichen Sinn vollzogen, sondern lediglich ihre vorläufige inhaltliche Beurteilung dem Vollzug der eigenen Norm zu Grunde gelegt wird (...)* »).

¹³⁸ ATF 128 II 112, consid. 7; Tribunal fédéral, 2A.517/1998 du 13 avril 2000, partiellement publié dans ATF 126 171; Tribunal fédéral, arrêt 2A.58/2004 du 25 mai 2004, consid. 3.3; aussi ATF 96 I 24, consid. 6.

¹³⁹ Voir notamment ATF 124 I 6, consid. 4a.

¹⁴⁰ Voir, entre autres, Tribunal fédéral, arrêt 9C_720/2008 du 7 décembre 2009, consid. 5 et la jurisprudence citée.

¹⁴¹ ATF 134 I 179, consid. 6.3-6.4.

Les renvois dynamiques et les réserves du Tribunal fédéral. – Les renvois dynamiques du droit cantonal vers le droit fédéral posent, dans certaines circonstances, non seulement des problèmes de sécurité du droit, mais ils se trouvent aussi en porte-à-faux avec le principe démocratique et la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons¹⁴². Le Tribunal fédéral s'en sort en principe de manière pragmatique, en considérant que les renvois dynamiques mis en cause devant eux se rapprochent *de facto* de renvois statiques dans la mesure où la loi fédérale qui est l'objet du renvoi n'a jamais été révisée. Ce faisant, notre Haute Cour semble se réserver le droit de limiter la portée des renvois au droit fédéral si une règle fédérale importante à laquelle le droit cantonal renverrait devait être modifiée dans un sens inattendu¹⁴³.

La comparaison avec les jurisprudences allemande et autrichienne. – La position du Tribunal fédéral consistant à ne pas interdire, par principe, les renvois dynamiques à des lois adoptées par une collectivité supérieure tout en reconnaissant, apparemment, certaines limites à de tels renvois se rapproche en fait de la jurisprudence développée par le *Bundesverfassungsgericht* allemand et, dans une certaine mesure, de celle développée par le *Verfassungsgerichtshof* autrichien. L'un et l'autre n'interdisent pas en soi le renvoi législatif dynamique à des règles appartenant à un autre ordre juridique, tout en fixant un certain cadre à un tel procédé. Par exemple, la Cour constitutionnelle autrichienne admet les renvois dynamiques aux normes européennes, mais impose qu'un tel renvoi indique clairement l'objet du renvoi. Une norme de droit interne ne peut ainsi renvoyer de manière générale à l'ensemble du droit communautaire¹⁴⁴. Quant au *Bundesverfassungsgericht* allemand, sans interdire les renvois dynamiques qui peuvent exister dans ce pays

¹⁴² ATF 96 I 24, consid. 6, et ATF 133 V 96, consid. 4.4.5: « Immerhin ist auf die Bedenken insbesondere hinsichtlich der dynamischen Verweisung bezüglich Gewaltenteilung, Rechtssicherheit, Demokratie und Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen (...) hinzuweisen, wonach auf Bundesebene eine dynamisch-direkte Verweisung auf Grund der geltenden verfassungsrechtlichen Lage grundsätzlich als unzulässig erachtet wird. »

¹⁴³ Tribunal fédéral, arrêt 2P.313/1998 du 21 février 2001, consid. 4b: « [Dynamische Verweisungen] sind in der Tat – besonders im Lichte des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots wie auch der demokratischen Zuständigkeitsordnung – problematisch, soweit das Recht, auf das verwiesen wird, Normen enthält, die aufgrund ihrer Bedeutung für die Rechtsstellung des Bürgers rechtssatzmässig festgelegt bzw. demokratisch legitimiert sein sollten. Das gilt jedenfalls dann, wenn der verweisende Gesetzgeber mit gewissen Änderungen des anderen Rechts nicht rechnen musste oder konnte. Die Rüge der Beschwerdeführer wäre daher möglicherweise begründet, wenn die Haftung des Arbeitgebers erst nach dem Erlass des kantonalen Kinderzulagengesetzes als völlig neue Regelung in das Recht der Alters- und Hinterlassenenversicherung eingeführt worden wäre. »

¹⁴⁴ Cf. *Verfassungsgericht* (Autriche), VfSlg 16.999/2003, qui juge anticonstitutionnel un renvoi aux « bestehende Rechtsakte des Rates der Europäischen Gemeinschaft »; aussi arrêt du même tribunal G 104/05-6 du 13 décembre 2005, consid. 3; voir aussi OHLINGER (2009), N 86.

entre le droit fédéral et le droit des Länder, il ne leur impose pas moins certaines cautions¹⁴⁵. Premièrement, les renvois législatifs ne doivent pas conduire à des résultats contraires aux objectifs poursuivis par la norme de renvoi, ce qui signifie, en clair, que l'objet du renvoi doit se trouver dans un rapport de connexité étroite avec la norme de renvoi. Deuxièmement, ils ne doivent pas porter atteinte à la sécurité du droit, c'est-à-dire qu'ils doivent indiquer clairement les normes qui font l'objet du renvoi. Troisièmement, l'adoption de renvois ne doit pas conduire à un transfert voilé de compétence législative, ce qui suppose que l'auteur du renvoi règle lui-même les mesures importantes et n'en délègue en quelque sorte pas la responsabilité à l'auteur de l'objet du renvoi.

562 *L'opinion de la doctrine.* – La jurisprudence fédérale suisse évoquée plus haut fait en partie écho aux réserves formulées par quelques auteurs de doctrine s'agissant de la constitutionnalité des renvois législatifs vers des normes adoptées par d'autres collectivités publiques, du moins lorsque le renvoi est conçu de manière dynamique.

D'une manière générale, la critique adressée aux renvois législatifs à des normes étatiques adoptées par une autre collectivité publique est la même que celle adressée aux renvois législatifs à des normes édictées par des organismes privés : l'autorité abandonne son pouvoir de légiférer à une organisation indépendante d'elle sans savoir ce que celle-ci en fera. On peut y voir un renoncement problématique à l'exercice d'une compétence législative qui représente non seulement un droit, mais également un devoir démocratique¹⁴⁶.

On peut aussi considérer qu'un renvoi dynamique du droit cantonal au droit fédéral contrevient au principe de réserve de la loi formelle, lequel exige que les règles importantes soient élaborées et adoptées par une autorité représentative de la population qui y est soumise. L'exemple extrême consisterait en l'hypothèse selon laquelle un canton renverrait de manière dynamique au droit fédéral en matière d'organisation étatique, afin par exemple de régler le fonctionnement du parlement ou l'articulation des voies de recours judiciaires cantonales¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Voir notamment Bundesverfassungsgericht (Allemagne), BVerfGE 47, 285; pour une vision générale de la jurisprudence, voir Bundesverwaltungsgericht [Allemagne], arrêt 5 C 1.12 du 19 juillet 2012, consid. 1.

¹⁴⁶ MÜLLER/UHLMANN (2013), N 370 (n. 944); sur l'impossibilité d'ailleurs pour la Confédération d'abandonner l'exercice d'une compétence qui lui est attribuée, voir HÄFELIN ET AL. (2016), N 1154. C'est ce genre d'argumentation qui a conduit la Cour constitutionnelle autrichienne à juger que le droit fédéral ne pouvait renvoyer au droit *des Länder* et inversement, un tel renvoi constituant une délégation de compétence contraire à la répartition des compétences prévue par la Constitution fédérale (cf. VfSlg 6290/1970).

¹⁴⁷ MÜLLER/UHLMANN (2013), N 370 (n. 944). L'exemple est théorique. À vrai dire, en Suisse, la controverse s'est pour l'heure essentiellement cristallisée autour de la constitutionnalité des nombreux renvois législatifs aux règles du contrat de travail du CO que contiennent en principe les lois et règlements, cantonaux ou communaux sur le statut de la fonction publique

L'argument de la réversibilité du renvoi ? – Ce qui est certain, c'est qu'il n'est pas possible de justifier un renvoi au droit fédéral en prétendant, comme le font parfois la jurisprudence et quelques auteurs de doctrine, que le législateur cantonal reste de toute manière libre de « reprendre en main » la réglementation du domaine si le système ne devait plus lui paraître satisfaisant¹⁴⁸. Cette argumentation, qui, d'ailleurs, n'a pas cours en matière de délégation législative¹⁴⁹, n'est pas convaincante¹⁵⁰. Premièrement, un tel raisonnement devrait justifier – presque *a fortiori* – le renvoi dynamique en général, ce qui inclut le renvoi dynamique à des normes édictées par des privés envers lequel la jurisprudence se montre pourtant extrêmement méfiante. Secondement et surtout, l'éventuelle réversibilité du renvoi ne change rien au fait que le législateur peut se voir provisoirement imposer une modification législative qu'il n'a pas voulu et que, pendant ce temps, des actes ou des décisions peuvent être pris ou rendus sur cette base peu démocratique¹⁵¹.

Conclusion. – En définitive, un renvoi dynamique du droit cantonal au droit fédéral doit non seulement être clairement déterminé et se justifier par des raisons objectives en lien avec la matière à régler, mais il doit également respecter les règles en matière de délégation législative, comme tout renvoi externe à des normes privées ou étrangères (*supra* N 556)¹⁵². En effet, la population cantonale se voit contrainte, par effet de renvoi, de respecter une réglementation et, surtout, des modifications de celle-ci, alors que ces dernières ont été adoptées par

(voir notamment BERTSCHI [2004], p. 622; POLEDNA [1999], p. 217; plus récemment, ROSELLO [2016], N 273 s., et TANQUEREL [2012], p. 68). On pourrait toutefois considérer que le renvoi au droit fédéral en matière de droit du contrat de travail présente les traits d'une « clause de réserve » dès lors qu'en l'absence de réglementation cantonale, le droit privé s'appliquerait de toute manière directement à titre subsidiaire (notamment MAHON/JEANNERAT [2013/II], N 7 ad art. 342 CO; sur la clause de réserve, *supra* N 558) ou qu'en cas de lacune du droit public, il s'appliquerait à titre de droit public supplétif ou en tant qu'ensemble de principes généraux de droit (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [2016], N 146; DUBEY/ZUFFEREY [2014], N 226; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER [2014], N 9-12 ad §16; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET [2012], p. 70 s. et 144 s.; WIEDERKEHR/RICHLI [2012], N 274 s.; TANQUEREL [2011], N 382).

¹⁴⁸ ATF 128 II 112, consid. 8b; SUBILIA-ROUGE (2003), p. 298; ROTH (2011), p. 181. C'est également un argument invoqué par certains tribunaux allemands lorsqu'ils défendent le principe d'un renvoi dynamique (voir, entre autres, Verwaltungsgerichtshof [Hessen], arrêt 5 A 2112/11 du 25 avril 2012).

¹⁴⁹ SCHENKE (1980), p. 745.

¹⁵⁰ Voir dans le même sens, mais voyant plutôt là une violation de la répartition des compétences, MÜLLER/UHLMANN (2013), N 370 (n. 944).

¹⁵¹ Cf., dans ce sens, Oberverwaltungsgericht (Nordrhein-Westfalen), arrêt 14 A 2973/02 du 25 novembre 2004; SCHENKE (1980), p. 745.

¹⁵² Apparemment dans le même sens, MÜLLER/UHLMANN (2013), N 370; apparemment dans un autre sens, DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 225.

un organe dont les membres sont certes démocratiquement élus, mais pas (uniquement) par la population cantonale en question¹⁵³.

IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir

565 *La légalité : un principe fondamental qui peut être assoupli.* – Lorsqu'ils s'organisent de manière régionale, les cantons et les communes doivent prêter une attention particulière au principe selon lequel toutes les règles de droit importantes doivent reposer, à tout le moins dans les grandes lignes, sur une base légale formelle, soit, habituellement, une loi parlementaire (N 515 ss). Ce principe fondamental maintes fois consacré par le droit constitutionnel vaut, entre autres, en cas de décentralisation de tâches ou de compétences, lors de la réglementation d'un statut du personnel ou, encore, en matière de contributions publiques (N 511 ss).

La jurisprudence reconnaît cependant quelques assouplissements au principe de la réserve de la loi formelle. Le Tribunal fédéral considère tout d'abord que des actes normatifs, qui n'ont pourtant pas été adoptés par le parlement cantonal, peuvent équivaloir à une base légale formelle au sens du droit fédéral dans la mesure où ils ont été adoptés à l'issue d'une procédure démocratique (N 520 ss). Soulignons ensuite qu'au sens de ce même tribunal, il est possible, dans certaines situations, d'appliquer de manière flexible le principe de la légalité formelle et, donc, de repousser un peu plus loin les limites habituelles de la délégation législative. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit d'aménager un rapport de droit spécial (p. ex. entre l'État et ses employés), lorsque l'organe chargé d'adopter des normes importantes à la place du parlement est plus à même de régler une matière donnée ou, alors, lorsqu'il bénéficie, lui aussi, d'une assez bonne légitimité démocratique (N 553 ss).

566 *Les limites du renvoi législatif à un autre droit.* – Il convient enfin de mettre en exergue un autre enseignement tiré du présent chapitre.

Lorsqu'une collectivité telle qu'un canton ou une commune entend insérer, dans une loi ou dans une convention, un renvoi législatif dynamique en faveur de normes adoptées par une commune ou par un canton voisin, elle doit tenir compte du principe de la légalité formelle. Ce faisant, elle doit garder à l'esprit que le « renvoi » opéré – dans la mesure où il n'équivaut pas à une norme de rattachement – doit respecter les mêmes conditions et les mêmes limites que celles qui régissent la délégation législative dont il représente un équivalent

¹⁵³ La doctrine allemande parle parfois de « *parlamentslosen Parlamentsgesetz* » (cf., entre autres, SCHENKE [1980], p. 748).

fonctionnel (N 556 s.). Cette restriction aux renvois législatifs externes prévaut également en cas de renvoi au droit fédéral (N 558 ss).

Chapitre 8 : Les règles en matière d'organisation et de procédure judiciaires

I. Le principe de l'indépendance des juges

Introduction. – Comme nous l'avons déjà évoqué, l'organisation judiciaire est appelée à s'« intercantonaliser » fortement, alors même que, paradoxalement, elle représente un symbole fort de la « souveraineté » des cantons (voir sur ces questions, *supra* N 211 ss et 292 s.). 567

Sur la base de ce constat, il va de soi que certaines règles de droit supérieur se rapportant à la problématique de l'organisation et de la procédure judiciaires méritent un examen spécial dans cette deuxième partie de thèse. Il apparaît notamment utile d'aborder, avant tout, les sources et le champ d'application du principe d'indépendance des tribunaux (A), de rappeler la signification et la portée de ce principe constitutionnel fondamental (B) avant d'examiner la question spécifique de la constitutionnalité d'une nomination des juges par une autorité dite « exécutive » (C).

A. Les sources et le champ d'application du principe

Une émanation du principe de séparation des pouvoirs. – Le justiciable doit pouvoir soumettre sa cause à un tribunal qui statue à l'abri de pressions extérieures, sans recevoir d'instructions ou de recommandations, notamment de la part des autres autorités. À défaut, les droits matériels qui sont garantis à ce justiciable par le constituant ou le législateur pourraient être vidés de leur substance. Ainsi, comme nous l'avons déjà mentionné plusieurs fois, l'indépendance des juges constitue un principe d'organisation majeur dans tout État de droit fondé sur les principes de démocratie et de séparation des pouvoirs. Le principe de l'indépendance des juges, sous son angle institutionnel, représente 568

d'ailleurs une des composantes du principe de la séparation des pouvoirs qui n'a, sur ce point, pas de portée propre (*supra* N 387)¹.

569 *Des sources extrêmement diverses.* – Compte tenu de son importance, le principe d'indépendance des autorités judiciaires est consacré par un grand nombre de normes juridiques. Le droit international lui-même garantit l'indépendance des autorités judiciaires, interférant par là même exceptionnellement dans la liberté d'organisation des États. Le principe se retrouve en effet à l'art. 6 par. 1 CEDH et à l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II. Ensuite, le principe de l'indépendance des autorités judiciaires est également consacré de différentes manières par la Constitution fédérale. D'un côté, il l'est comme un droit fondamental à l'art. 30 al. 1 Cst. De l'autre, il l'est également comme un principe général d'organisation judiciaire à l'art. 191c Cst. Enfin, la plupart des constitutions cantonales garantissent également le principe de l'indépendance des autorités judiciaires, tout comme le droit constitutionnel à un juge indépendant. C'est d'ailleurs le cas de toutes les constitutions cantonales romandes, bernoise y compris².

570 *Le champ d'application matériel.* – À l'origine, le droit à un tribunal indépendant tel que garanti par les dispositions précitées n'existait que lorsqu'un litige à trancher par un tribunal portait sur une accusation en matière pénale ou sur des droits ou des obligations à caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. La question restait de déterminer ce que représentaient des « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » ou des « accusations en matière pénale »³. L'opération a perdu de son importance pratique depuis que la garantie

¹ Entre autres, ATF 140 I 271, consid. 8.4.2.

² Cf. art. 28 et 126 Cst-VD; art. 29 et 46 al. 2 Cst. NE; art. 101 Cst. JU; art. 36 et 87 al. 1 ConstC BE; art. 31 al. 1 et 121 al. 1 Cst. FR; art. 60 Cst. VS; 117 Cst-GE.

³ Il s'agit bien sûr des procédures de droit civil et de droit pénal entendues au sens du droit suisse, mais pas seulement. Il s'agit aussi de certaines procédures relevant, selon le droit suisse, de la procédure administrative. On pensera notamment à certaines sanctions administratives et disciplinaires importantes, aux retraits de permis de conduire ou d'autorisation de pratiquer une profession ou une activité lucrative, aux litiges relatifs à des prestations d'assurances sociales ou de l'aide sociale ainsi qu'au paiement de cotisations aux assurances sociales et, enfin, depuis quelques années maintenant, de manière presque absolue aux litiges découlant d'un rapport de travail de droit public (cf., notamment, pour toutes ces questions, dans l'ordre, ATF 135 I 313, consid. 2.2.1 [sanction disciplinaire]; ATF 131 II 331, consid. 4.2 [retrait de permis de conduire] et 132 V 6, consid. 2.5.1 [limitation de l'activité lucrative]; Tribunal fédéral, arrêt 8C_522/2012 du 2 novembre 2012, consid. 2.3 [assurances sociales et aide sociale]; Cour EDH, arrêt n° 63235/00, *Vilho Eskelinen c. Finlande*, du 19 avril 2007, ch. 50-64 [rapport de travail de droit public]). Il s'avère souvent difficile de délimiter proprement le champ d'application matériel de l'art. 6 par. 1 CEDH (pour un aperçu détaillé de la jurisprudence et pour la même constatation, cf. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI [2013], N 77-82, et HAEFLIGER/SCHÜRMANN [1999], p. 132 s.).

constitutionnelle à un procès équitable ancrée à l'art. 30 al. 1 Cst. a été complétée par l'art. 29a Cst., lequel élargit, sauf cas exceptionnel, le droit d'accès à un juge indépendant pour toute contestation juridique.

Autrement dit, aujourd'hui, le droit à un tribunal indépendant tel que garanti par l'art. 30 al. 1 Cst. et, probablement, par les constitutions cantonales, s'applique, en principe, à n'importe quel litige juridique, quelle que soit sa nature.

Le champ d'application procédural. – L'exigence d'indépendance s'applique à toute autorité ou à tout magistrat qui exerce des fonctions juridictionnelles. Autrement dit, le droit à tribunal indépendant doit être observé par chaque instance qui se prétend « juridictionnelle », c'est-à-dire devant tout tribunal, qu'il soit de première ou de seconde instance. Bien entendu, il est essentiel que les instances d'appel et de recours – notamment suprêmes – soient indépendantes et impartiales, à défaut de quoi la garantie d'indépendance et d'impartialité serait en quelque sorte vidée au fur et à mesure de la procédure⁴. Il n'empêche que cette garantie – notamment dans la mesure où elle est consacrée par la Constitution fédérale – concerne aussi, sinon d'abord, les juridictions de première instance⁵ qu'elles soient civiles, pénales ou administratives⁶.

571

⁴ Voir CourEDH 9186/80, arrêt de *De Cubber c. Belgique*, du 26 octobre 1984, ch. 32.

⁵ *Ibidem*; cf. aussi Commission EDH, arrêt du 12 octobre 198, *Zand c. Autriche*, in: D.R. 15, p. 87; ATF 112 Ia 290, consid. 5b; HAEFLIGER/SCHÜRMANN (1999), p. 162.

⁶ Voir entre autres SG Komm. BV-STEINMANN (2014), N 9 ad art. 30 Cst.; MAHON (2003), N 3 ad art. 30 Cst. Certes, en matière de juridiction administrative, la Cour EDH reconnaît que l'art. 6 par. 1 ne fait que consacrer le droit à ce que, à un moment ou à un autre, la cause soit examinée de manière libre par un tribunal sans interdire, par principe, « l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions » (Cour EDH, arrêt 6878/75 et 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, du 23 juin 1981, ch. 51). Autrement dit, la Cour reconnaît que les exigences de la convention puissent être garanties au regard de l'ensemble de la procédure en cause envisagée « en bloc » (Cour EDH, arrêt 10563/83, *Ekbatani c. Suède*, du 26 mai 1988, ch. 23-33). Ainsi, l'art. 6 CEDH n'interdit pas d'instaurer comme autorité de première instance ou comme première autorité de recours un tribunal ou une commission juridictionnelle ne répondant pas aux exigences de la CEDH pour autant qu'une autre instance de recours juridictionnelle puisse revoir la cause librement en fait et en droit (cf., notamment, Cour EDH, arrêt 10328/83, *Belilos c. Suisse*, du 29 avril 1988, ch. 68-72; arrêts 7299/75 et 7496/76, *Albert et Le Compte c. Belgique*, du 10 février 1983, ch. 29; HERZOG [1995], p. 312 s.; Soyer/de Salvia [1999], p. 263). Ce tempérament ne devrait pas trouver application en matière d'organisation judiciaire cantonale, car le Tribunal fédéral ainsi que la doctrine se montrent moins souples dans l'interprétation de l'art. 30 al. 1 Cst. (cf. HAEFLIGER/SCHÜRMANN [1999], p. 162 s.; ATF 124 I 255, consid. 5: « Falls jedoch die BVK nach kantonalem Recht als richterliche Behörde konstituiert wurde, muss sie justizorganisatorisch den Anforderungen von Art. 58 BV genügen (...). Da die BVK nach bernischem Recht als Justizbehörde konstituiert ist, vermag auch der Beschwerdeweg an das kantonale Verwaltungsgericht die Verletzung von Art. 58 BV nicht zu heilen. »; aussi ATF 127 I 196 consid. 2b; Tribunal fédéral, arrêt 2C_187/2011 du 28 juillet 2011 consid. 3.1, non publié in: ATF 137 II

B. La notion de « tribunaux indépendants »

572 *En général.* – L'indépendance d'un tribunal s'entend comme le fait de pouvoir rendre une décision sans qu'aucune entité externe au tribunal en question ne puisse influencer ou s'ingérer dans – ou exercer des pressions sur – le processus décisionnel⁷. En pratique, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) et le Tribunal fédéral se fondent sur différents critères et sur les circonstances de chaque cas d'espèce pour établir si un tribunal est « indépendant ». Ils prennent en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres ainsi que l'existence d'une protection contre les pressions extérieures⁸.

573 *Une notion unique ?* – Sur ce point, le contenu normatif de la notion d'« indépendance » judiciaire ne varie pas selon que cette dernière est consacrée par le droit international, le droit fédéral et le droit cantonal. Jusqu'à présent, la pratique judiciaire et la majorité de la doctrine ont toujours eu tendance à partir de l'idée que les portées normatives des différentes garanties se superposaient presque parfaitement. Autrement dit, elles considèrent que si une autorité doit être qualifiée d'indépendante au sens de l'une des normes en question, elle doit également l'être au sens des autres⁹. Cette confusion trouve son origine dans le fait que le Tribunal fédéral a toujours souligné la règle selon laquelle les principes que la Convention européenne des droits de l'homme consacrait devaient entrer en considération pour l'interprétation et l'application de la garantie constitutionnelle correspondante en droit suisse en tant qu'ils la concrétisaient¹⁰.

Rien ne s'opposerait cependant à ce que les tribunaux distinguent le principe d'indépendance garanti par droit international – qu'ils pourraient considérer comme un simple « standard minimum » – du principe d'indépendance garanti par le droit suisse, qu'ils pourraient appliquer en fonction des particularités et des traditions juridiques de ce pays¹¹.

42, et arrêt 2C_952/2014 du 9 juillet 2013, consid. 2.3; voir aussi, dans ce sens, à propos de la publicité des débats, ATF 120 V 1, consid. 3a; BIAGGINI [2017], N 4 ad art. 30 Cst.).

⁷ Cf., au lieu de plusieurs, Cour EDH, arrêt 15287/89, *Beaumartin c. France*, du 24 novembre 1994.

⁸ Voir notamment ATF 126 I 228, consid. 2a; Cour EDH, arrêt 17214/05, *Savino et autres c. Italie*, du 28 avril 2009, ch. 100.

⁹ ATF 126 I 228, consid. 2a; ATF 120 Ia 184, consid. 2f; ATF 119 Ia 221, consid. 3.

¹⁰ Cf. notamment ATF 115 Ia 293, consid. 3; 111 Ia 81 consid. 2b; KIENER (2001), p. 43.

¹¹ D'ailleurs, une partie de la doctrine considère que les autorités suisses – notamment judiciaires – devraient éviter un tel schématisme et reconnaître à l'art. 30 al. 1 Cst. une portée indépendante de celle de l'art. 6 par. 1 CEDH (cf. MÜLLER/SCHERER [2008], p. 937; KIENER [2001], p. 44-50). Elle souligne – à juste titre – que la CEDH n'a été conçue que pour garantir un standard minimum censé s'appliquer de manière subsidiaire et qu'elle ne tend précisément pas à limiter les droits fondamentaux qui pourraient être reconnus conformément aux lois des

L'indépendance des tribunaux spécialisés. – Telle que définie, l'indépendance des tribunaux n'exige pas que ceux-ci revêtent toujours la forme d'une autorité judiciaire classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays. Selon la jurisprudence, il n'est pas contraire à l'exigence d'indépendance d'instaurer des tribunaux spécialisés dont l'activité se limite à un domaine déterminé, pour autant que leur compétence et leur organisation soient établies par des normes de caractère général et abstrait et qu'il existe des justifications (comme par exemple l'exigence de connaissances techniques particulières) à leur mise en place¹². Autrement dit, des tribunaux spécialisés peuvent constituer des « tribunaux indépendants ». On notera toutefois qu'une trop forte spécialisation des juges emporte des inconvénients avec elle, comme le fait de séparer les juges entre eux tout en augmentant le danger d'une impression de trop grande proximité entre les juges et les acteurs du domaine soumis à sa juridiction. L'isolement qui peut en résulter peut rendre les juges plus vulnérables aux influences, du moins en apparence, ce qui peut suffire à remettre en cause leur indépendance¹³.

574

L'importance de l'« apparence d'indépendance ». – Le manque d'indépendance que l'on peut éventuellement reprocher, sur la base des apparences, aux autorités judiciaires spécialisées peut s'avérer problématique d'un point de vue juridique. La Cour EDH et le Tribunal fédéral ont en effet toujours souligné le principe selon lequel il importait dans une société démocratique que les tribunaux inspirent confiance aux justiciables¹⁴. À partir de là, l'absence d'indépendance ne doit pas forcément être établie pour qu'il y ait violation du principe

575

États contractants en fonction des particularités et des traditions juridiques nationales. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs déjà fait (cf. Tribunal fédéral, arrêt 2P. 231/1997 du 19 mai 1998, consid. 2a; aussi TRIBUNAL FÉDÉRAL [2001], p. 5625, qui prend en compte l'usage politique suisse pour analyser l'indépendance; sur la question dans son ensemble, KIENER [2001], p. 234).

¹² Cf. entre autres ATF 140 I 271, consid. 8.2.

¹³ CCJE (2012), N 19 s. et N 59; RÜEFLI (2013), N 30-32; aussi la note du Prof. Etienne Poltier sur l'ATF 140 I 271, in: RDAF 2015 I, p. 283, où celui-ci remarque que les tribunaux spécialisés et autres commissions de recours ont fréquemment une « position institutionnelle relativement fragile »

¹⁴ Cour EDH, arrêt 8790/79, *Sramek c. Autriche*, du 22 octobre 1984, ch. 42, et les références qui suivent. On soulignera ici que les apparences jouent également un rôle s'agissant de la garantie d'impartialité que reconnaissent tant l'art. 6 par. 1 CEDH que le droit constitutionnel suisse. En effet, il peut s'agir de se demander si, indépendamment de la conduite personnelle des juges, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ces derniers par rapport à l'une des parties au litige. Cela signifie concrètement – pour reprendre les termes de la Cour EDH – que « même les apparences peuvent revêtir de l'importance ». À partir de là, on comprend aisément que, bien que différentes, les notions d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liées dans la mesure où, comme nous l'avons déjà dit, l'« apparence d'indépendance » est également un critère central de la notion d'indépendance. La Cour EDH

d'indépendance des autorités judiciaires. Il suffit simplement que le tribunal en question ne passe pas pour – ou ne soit apparemment pas – indépendant compte tenu, notamment, de « *gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur* »¹⁵.

Les doutes ressentis quant à l'indépendance du tribunal doivent néanmoins reposer sur des éléments objectifs. Autrement dit, ils doivent être « objectivement justifiés ». Si l'optique d'une partie ne joue ainsi pas un rôle décisif¹⁶, elle entre en ligne de compte dans la mesure où il ne faut pas partir du point de vue d'une personne rompue à la problématique de l'organisation judiciaire¹⁷. L'idée est de se mettre à la place d'une partie à la procédure et d'apprécier si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, celle-ci peut raisonnablement douter de l'indépendance du tribunal devant lequel elle procède.

Exemple jurisprudentiel. – La Cour EDH a ainsi considéré que l'on pouvait douter de l'indépendance et de l'impartialité objective d'une autorité de recours, dès lors que cette dernière était appelée à trancher des litiges liés à l'application de règlements adoptés par un organe parlementaire auquel certains de ses propres membres appartenaient¹⁸. C'est ainsi que, dans cet arrêt du 28 avril 2009 prononcé à l'unanimité, la Cour a souligné les problèmes que pouvait soulever la conjonction de compétences juridictionnelles et de compétences normatives en termes d'apparence d'indépendance.

C. La nomination des juges par une autorité dite « exécutive »

576 *Un principe admis.* – Comme nous l'avons déjà mentionné, le mode de désignation des juges est l'un des critères pertinents lorsqu'il s'agit d'apprécier l'indépendance d'un tribunal donné (*supra* N 572). Ce critère ne se révèle cependant pas déterminant à lui seul¹⁹. Il présente surtout de multiples facettes, comme la question de l'organe de désignation des juges, celle des conditions

les examine le plus souvent ensemble (cf., notamment, Cour EDH, arrêt 39343/98, *Affaire Kleyn et autres c. Pays-Bas*, du 6 mai 2003, ch. 192; Cour EDH, arrêt 17214/05, *Savino et autres c. Italie*, du 28 avril 2009, ch. 102).

¹⁵ ATF 139 I 121, consid. 5.1; ATF 137 I 227, consid. 2.1.

¹⁶ Cour EDH, arrêt 39343/98, *Affaire Kleyn et autres c. Pays-Bas*, du 6 mai 2003, ch. 194; ATF 139 I 121, consid. 5.1; ATF 137 I 227, consid. 2.1.

¹⁷ Voir, en particulier, KIENER (2001), p. 72. Pour reprendre la formulation de la Cour, « l'optique d'une partie entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif » (Cour EDH, arrêt 39343/98, *Affaire Kleyn et autres c. Pays-Bas*, du 6 mai 2003, ch. 194).

¹⁸ Voir Cour EDH, arrêt 17214/05, *Savino et autres c. Italie*, du 28 avril 2009, ch. 102.

¹⁹ Le Tribunal fédéral rappelle régulièrement que « *[d]ass die Mitglieder der Rekurskommission von der kantonalen Regierung gewählt werden, stellt für sich allein ihre Unabhängigkeit nicht in Frage* » (ATF 119 V 375, consid. 4; cf. aussi Tribunal fédéral, arrêt 8C_315/2007 du 2 avril 2008, consid. 2); Cour EDH 38240/02, *Zolotas c. Grèce*, du 2 juin 2005, ch. 24, où la Cour retient que « la seule désignation du président de la Cour de cassation par l'exécutif ne saurait entacher son indépendance ».

requis pour accéder à ce poste et celle de la procédure de sélection proprement dite.

Sur le principe donc, les constituants ou les législateurs bénéficient d'une marge de manœuvre lorsqu'il s'agit de choisir l'organe compétent pour nommer des juges. En soi, ils peuvent pratiquement retenir n'importe quelle solution : l'élection des juges peut ainsi incomber au peuple, au parlement, à un tribunal supérieur ou à une autorité spéciale. Une telle compétence peut également appartenir à une autorité exécutive²⁰. Il suffit que les juges ainsi nommés soient, compte tenu de l'ensemble des circonstances, libres de toute pression et de toute influence – et apparaissent comme tels – lorsqu'ils exercent leur rôle judiciaire.

Quelques critères pertinents. – La jurisprudence admet l'indépendance des autorités judiciaires nommées par des autorités exécutives en procédant à une appréciation concrète de la situation.

577

Il est à cet égard important que les juges nommés par une autorité exécutive ne puissent pas être révoqués par celle-ci durant leur période de fonctionnement. Il ne faut toutefois pas forcément que la loi prévoie expressément l'absence de révocabilité des juges. Il peut suffire qu'en l'absence de réglementation expresse, l'inamovibilité soit reconnue en pratique²¹. Par ailleurs, l'indépendance des juges nommés par une autorité exécutive peut être renforcée si leur nomination suit des critères objectifs et une procédure de nomination spécifique (p. ex. procédure de consultation des milieux concernés)²². Dans cette mesure, la nomination des juges par une autorité exécutive permet éventuellement d'améliorer la compétence des instances judiciaires²³.

Enfin, un minimum d'indépendance peut encore être assuré par le fait que l'autorité exécutive nomme, au sein d'une autorité judiciaire spécialisée, des personnes qui exercent déjà la fonction de juges au sein d'un tribunal ordinaire et qui ont été élues à ce poste par une autre autorité, par exemple par le parlement (p. ex. nomination d'un juge cantonal comme membre d'une commission de recours spécialisée)²⁴.

²⁰ Cour EDH, arrêt 8790/79, *Sramek c. Autriche*, du 22 octobre 1984, ch. 38; ATF 108 Ia 178, consid. 4; Tribunal fédéral, arrêt 1P.645/1998 du 8 juin 1999, consid. 3d, in: ZBl 2000, p. 605; KIENER (2001), p. 259; ZIMMERLI/KIENER (1995), p. 182.

²¹ Cour EDH, arrêt 65411/01, *Sacilor Lormines c. France*, du 9 novembre 2006, ch. 67; Cour EDH, arrêt 7819/77, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, du 28 juin 1984, ch. 80.

²² Cf. notamment Cour EDH, arrêt 9405/81, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, du 8 juillet 1986, ch. 202; aussi CONSEIL DE L'EUROPE (2011), par. 47.

²³ KIENER (2001), p. 259.

²⁴ Cf. notamment Cour EDH, arrêt 2312/08, *Maktouf et Damjanovic c. Bosnie-Herzégovine*, du 18 juillet 2013, ch. 51; Comm. EDH, arrêt du 12 octobre 198, *Zand c. Autriche*, ch. 79, in: D.R. 15, p. 87.

578 *Vers un durcissement ?* – Cela étant dit, il s'agit de ne pas négliger que la question de l'indépendance de la justice se pose malgré tout en des termes particuliers lorsque les juges sont nommés par une autorité exécutive. La doctrine a toujours souligné que si le procédé n'était pas anticonstitutionnel dans son principe, il pouvait s'avérer délicat, notamment lorsque les membres de l'autorité judiciaire ainsi nommés étaient censés se prononcer sur des actes adoptés par l'autorité exécutive ou par l'administration qui en dépend²⁵. Parallèlement, l'intérêt à une stricte séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire tend à acquérir une importance croissante dans la jurisprudence de la Cour EDH²⁶, étant précisé que celle-ci se montre sensible à la problématique de l'« apparence d'indépendance » à chaque fois que les requérants reprochaient à une autorité judiciaire des liens organiques ou fonctionnels avec l'autorité exécutive²⁷.

Par le passé, le Tribunal fédéral a, lui aussi, défendu l'idée selon laquelle la nomination de juges par une autorité exécutive – en l'occurrence par le Conseil fédéral – posait des problèmes en termes d'« apparence d'indépendance ».

579 *L'exemple des juges du Tribunal administratif fédéral.* – Lors de la phase de consultation portant sur l'avant-projet de LTAF, les juges de Mon-Repos se sont opposés à l'intention du Conseil fédéral de perpétuer la règle selon laquelle les juges des premières instances juridictionnelles fédérales étaient nommés par lui²⁸. Le Tribunal fédéral s'était en fait rallié à la solution qu'avait déjà préconisée la commission d'experts qui avait été chargée de préparer une révision totale de la loi fédérale d'organisation judiciaire²⁹. Cette commission avait plaidé en faveur de l'élection parlementaire des juges du Tribunal administratif fédéral, considérant qu'il fallait « éviter[r] (...) toute apparence d'un Tribunal administratif fédéral qui serait en réalité une branche détachée de l'administration fédérale, contrôlée par le Conseil fédéral »³⁰. Une des principales faiblesses d'un système de nomination par le Conseil fédéral provenait du fait que les autorités de juridiction administrative fédérale étaient appelées à juger des décisions de l'administration fédérale, voire des décisions du Conseil fédéral lui-même, décisions qui se basaient parfois même sur des actes normatifs adoptés

²⁵ Cf. notamment FISCHBACHER (2006), p. 218; SCHWEIZER [1998], p. 69-73; EICHENBERGER (1960), p. 220-222.

²⁶ Cour EDH 39343/98, *Affaire Kleyn et autres c. Pays-Bas*, du 6 mai 2003, ch. 49. Cf. aussi 65411/01, *Sacilor Lormines c. France*, du 9 novembre 2006, ch. 40; 46295/99, *Stafford c. Royaume-Uni*, du 28 mai 2002, ch. 78.

²⁷ Cf., sur ce constat, KIENER (2001), p. 233.

²⁸ Cf. TRIBUNAL FÉDÉRAL (2001), p. 5625.

²⁹ Voir COMM. D'EXPERTS OJF (1997), p. 47.

³⁰ *Ibidem*.

par l'appareil administratif ou gouvernemental. À cela s'ajoutait que, de manière générale, l'élection des magistrats par une autorité exécutive ne cadrerait pas avec la tradition juridique suisse, que cela soit au niveau fédéral ou au niveau cantonal.

En définitive, considérant que l'avant-projet de LTAF violait probablement la Constitution fédérale, voire la CEDH, le Tribunal fédéral a proposé que les juges fédéraux de première instance soient élus par un autre organe que le Conseil fédéral³¹. L'opposition du Tribunal fédéral a d'ailleurs été suivie par l'Assemblée fédérale qui a finalement décidé qu'elle élirait désormais elle-même l'ensemble des juges fédéraux de première instance.

II. Quelques règles générales d'organisation

Introduction. – Il ne s'agit pas ici de présenter de manière exhaustive la problématique juridique de l'organisation judiciaire cantonale que nous n'entendons pas remettre en question dans la présente thèse. Il n'en demeure pas moins que le développement de l'organisation judiciaire intercantonale doit se faire non seulement dans le respect du principe d'indépendance des tribunaux, mais également dans le respect des règles générales d'organisation judiciaire posées par le droit fédéral et par le droit constitutionnel cantonal.

580

Il convient dès lors de rappeler quelques-unes de ces règles régissant l'organisation judiciaire cantonale. Il s'agit en l'occurrence des règles cantonales prévoyant l'élection des juges par le peuple ou par le parlement (A), des règles consacrant le droit au juge du domicile (B) et, enfin, des règles fixant les compétences des autorités judiciaires cantonales (C).

A. L'élection des juges par le peuple ou le parlement

En général. – Dans la très grande majorité des cantons, les juges sont désignés par la voie de l'élection parlementaire, voire par celle de l'élection populaire. Ils sont alors élus pour une période de durée déterminée – plus ou moins longue – et peuvent être réélus à la même fonction³². En pratique, l'autorité électorale fait en sorte d'assurer une certaine représentation des partis politiques. Certains auteurs considèrent à juste titre que « [ce] mode de désignation des magistrats, qui singularise la Suisse en comparaison internationale, représente une "tradition" »

581

³¹ Cf. TRIBUNAL FÉDÉRAL (2001), p. 5625. Des voix s'étaient cependant déjà élevées contre le système d'élection et un certain déficit d'indépendance des commissions de recours fédérales (cf. notamment, sur le sujet, SCHWEIZER [1998], p. 69-73; BENDEL [1975], p. 229-231).

³² Voir à ce propos AUER (2016), N 272-280.

du système constitutionnel et judiciaire de la Suisse moderne »³³. L'objectif du système électif est d'assurer la même légitimité démocratique aux autorités judiciaires que celle des autres autorités.

582 *Une tradition vivante et vivace.* – Ce système électif des juges est toujours fortement ancré dans les institutions et les mentalités du pays.

Le canton de Fribourg – qui connaissait encore récemment l'élection des juges de première instance par un collège électoral – a généralisé le système d'élection des juges par le parlement cantonal lors de sa dernière révision constitutionnelle en 2004 afin d'augmenter la légitimité démocratique des autorités judiciaires³⁴. Dans le canton de Berne, en 2012, la commission parlementaire chargée de la dernière révision du droit parlementaire a, quant à elle, tenu, à rappeler que « la désignation des membres du troisième pouvoir est un sujet qui fait débat et qui donc revêt une grande importance politique »³⁵.

Il existe d'autres exemples similaires au niveau suisse. On pensera notamment à la réforme du système de nomination des juges suppléants dans le canton de Soleure qui a échoué au stade de la consultation déjà en 2004. Le gouvernement soleurois, qui voulait proposer que ces juges soient désignés par le Tribunal cantonal, s'est heurté à une grosse opposition sur ce point, laquelle se fondait sur la crainte d'un déficit démocratique et d'un risque d'isolement de la fonction judiciaire³⁶.

583 *L'existence d'un fondement constitutionnel.* – Le principe d'une élection des juges par le peuple ou par le parlement est consacré par toutes les constitutions cantonales. Celles-ci le concrétisent cependant d'une manière plus ou moins étendue. Prenons l'exemple des cantons romands, le canton de Berne y compris.

584 *En droit bernois, fribourgeois et genevois.* – Tout d'abord, quelques constituants ont parfois prévu que n'importe quel juge devait être élu soit par le parlement, soit par le peuple, retenant par là même le principe que le gouvernement cantonal – ou toute autre autorité – n'a pas la compétence de nommer des juges³⁷. C'est ce que prévoit précisément l'art. 77 ConstC BE qui dispose que le Grand Conseil élit les « membres des tribunaux » de même que le procureur général, dans la mesure où cette compétence n'est pas attribuée – par une loi – au corps électoral. D'autres fois, la constitution cantonale opère directement un choix exclusif. C'est le cas dans le canton de Fribourg où l'art. 103 al. 1

³³ MAHON/SCHALLER (2013), p. 3.

³⁴ Cf., sur cette question, CLERC (2009), p. 23; RAEMY (2005), p. 275.

³⁵ COMM. RÉVISION LGC BE (2013), p. 30.

³⁶ Cf. REGIERUNGSRAT SO (2004/I), p. 14.

³⁷ Cf., dans ce sens, BOLZ (1995/I), N 6 ad art. 77 ConstC BE, lequel précise toutefois que cela n'exclut pas la possibilité que des juges élus par le Grand Conseil puissent être délégués dans des commissions indépendantes par le Conseil-exécutif ou par la Cour suprême.

let. e Cst. FR dispose qu'il appartient toujours au Grand Conseil d'élire les « membres du pouvoir judiciaire » et ceux du Ministère public. C'est également le cas dans le canton de Genève où, à l'inverse, la constitution cantonale veut généralement que tous les « magistrats du pouvoir judiciaire » et, en particulier, ceux des nouvelles juridictions soient élus par le peuple, sauf les juges prud'homaux³⁸.

La notion de « juge » ou de « magistrat ». – Le Tribunal fédéral n'exclut pas que, dans les cantons précités, l'exécutif ou le Tribunal cantonal puisse nommer, dans certaines situations particulières, des juges qui ne resteraient en fonction que pour une brève période ou pour des tâches bien délimitées³⁹. Il a néanmoins déjà eu l'occasion de souligner qu'en dehors de ces cas spéciaux, la notion de « magistrat du pouvoir judiciaire » doit s'entendre de manière très large et comprendre tous les membres des juridictions, c'est-à-dire tant les juges professionnels que les assesseurs⁴⁰. En particulier, l'élection complète d'un nouveau tribunal doit respecter la règle constitutionnelle de l'élection populaire ou parlementaire au risque sinon de vider cette dernière de sa substance⁴¹. Cette jurisprudence qui portait sur l'interprétation du droit constitutionnel genevois est transposable en droits fribourgeois et bernois⁴². 585

L'élection de la commission de recours de l'Université de Fribourg. – Le législateur fribourgeois – pour ne prendre que lui – tente bien, parfois, de procéder à une interprétation pragmatique de la notion de « membre du pouvoir judiciaire » – laquelle ne couvrirait pas, par exemple et selon lui, les juges-asseesseurs de certaines commissions de recours – et d'attribuer d'autres fonctions judiciaires à des juges déjà élus par lui⁴³. C'est ainsi que jusqu'à la fin 2014, la commission de recours de l'Université de Fribourg, bien qu'elle représentât une autorité judiciaire au sens de la loi, était composée d'un magistrat de l'ordre judiciaire élu ainsi que de deux assesseurs et deux suppléants choisis parmi les membres du corps professoral et nommés pour quatre ans par le Sénat de l'Université. Cette solution suscitait cependant des critiques au regard des exigences constitutionnelles fribourgeoises et du principe d'indépendance d'un tel organe. C'est pourquoi le 27 juin 2014, lors de la dernière révision de la loi fribourgeoise sur l'Université du 19 novembre 1997 (LUni FR)⁴⁴, le Grand Conseil fribourgeois a décidé que la commission de recours

³⁸ Art. 122 et art. 123 Cst-GE.

³⁹ Cf. Tribunal fédéral, arrêt 1P.645/1998 du 8 juin 1999, consid. 3c, in: ZBl 2000, p. 605; Tribunal fédéral, arrêt du 11 septembre 1991, non publié, mais mentionné dans l'arrêt précédent; Tribunal fédéral, arrêt du 17 février 1971, in: SJ 1971, p. 572.

⁴⁰ ATF 130 I 106, consid. 2; aussi art. 4 al. 1 de la loi fribourgeoise sur la justice du 31 mai 2010 (LJ FR; RSF 130.1): « *Les juges sont des personnes qui disposent, seules ou de manière collégiale, d'une compétence décisionnelle en matière judiciaire, y compris les assesseur-e-s et les procureur-e-s.* »

⁴¹ ATF 130 I 106, consid. 3; ATF 97 I 24, consid. 3.

⁴² Voir, pour une définition large de la notion de « membre du pouvoir judiciaire » en droit fribourgeois, CONSEIL D'ÉTAT FR (2010), p. 544, et RAEMY (2005), p. 275.

⁴³ Cf. CLERC (2009), p. 23; pour un exemple, art. 33 al. 1 let. f LUni FR.

⁴⁴ RSF 431.0.1.

serait désormais composée d'un président et d'assesseurs élus directement par lui sur le préavis du Conseil de la magistrature⁴⁵.

586 *En droit jurassien, valaisan et vaudois.* – Certaines constitutions cantonales n'imposent un mode d'élection populaire ou parlementaire que pour les juges du Tribunal cantonal et/ou pour les membres du ministère public. C'est le cas dans les cantons du Jura et du Valais où les constitutions cantonales prévoient que le Parlement, respectivement le Grand Conseil élit les membres du Tribunal cantonal et les procureurs⁴⁶. C'est également le cas dans le canton de Vaud dont la constitution cantonale prévoit que le Grand Conseil élit seulement les juges du Tribunal cantonal ainsi que le procureur général⁴⁷.

L'élection par le parlement en droit jurassien. – L'élection des juges par le Parlement cantonal représente un élément central de l'organisation judiciaire jurassienne. Certes, la loi jurassienne sur l'organisation judiciaire du 23 février 2000 (LOJ JU)⁴⁸ a fait l'objet d'une révision en 2015 en ce sens que, désormais, le Conseil de surveillance de la magistrature émettra un préavis à l'attention du Parlement en vue de l'élection des juges du canton⁴⁹. Le but était de dépolitiser ou d'« objectiviser » quelque peu une procédure lors de laquelle les partis politiques avaient tendance à se répartir les postes. Le Parlement – suivant en cela le Gouvernement – n'est cependant pas allé plus loin et n'a notamment pas souhaité dispenser les juges d'une procédure de réélection, considérant qu'il était prioritaire de conserver la légitimité démocratique dont bénéficient les juges et les procureurs au travers de la procédure parlementaire d'élection et de réélection. Le Gouvernement estimait par ailleurs que la justice représentait l'un des trois pouvoirs de l'État et jouait à ce titre un rôle clé dans l'équilibre entre ceux-ci⁵⁰.

587 *La délégation du pouvoir d'élire les juges ?* – On peut se demander ici s'il est possible pour le corps électoral ou pour le parlement de déléguer son pouvoir d'élire les juges à une autre autorité – par l'adoption d'une disposition légale en ce sens – même lorsque la constitution cantonale ne l'autorise pas expressément.

Le procédé ne semble pas totalement exclu, à tout le moins dans la mesure où il pourrait se fonder sur une norme constitutionnelle générale autorisant la délégation de pouvoirs. On pensera notamment à l'art. 81 al. 2 ConstC BE qui autorise le Grand Conseil bernois à déléguer à une commission parlementaire

⁴⁵ Voir art. 33 al. 1 let. f aLUni FR en lien avec art. 47b LUni FR; aussi CONSEIL D'ÉTAT FR (2014), p. 9.

⁴⁶ Art. 84 let. a Cst. JU; art. 39 al. 2 Cst. VS.

⁴⁷ Art. 106 al. 1, let. b et e, et art. 13, al. 1, Cst-VD.
RSJU 181.1.

⁴⁹ Cf. art. 8a s. LOJ JU.

⁵⁰ Voir GOUVERNEMENT JU (2015), p. 5.

la compétence de prendre certaines décisions qui sont de son ressort⁵¹. On mentionnera aussi l'art. 59 Cst. JU qui autorise le Parlement jurassien à déléguer certaines de ses compétences – notamment électives – par le biais d'une loi⁵².

On remarquera toutefois que les parlementaires, comme certains juristes, se montrent méfiants face à une interprétation extensive des normes de délégation en matière d'élection des juges. S'appuyant sur un avis de droit de TSCHANNEN, la commission parlementaire chargée de la toute récente révision du droit parlementaire bernois a en tout cas considéré que la compétence d'élire les juges ne pouvait pas être déléguée à une commission parlementaire⁵³. Une délégation « vers le bas » supposerait selon elle une modification constitutionnelle.

En droit neuchâtelois. – Enfin, tout en suivant le principe de l'élection des juges par le peuple ou le parlement, d'autres réglementations constitutionnelles cantonales apparaissent relativement flexibles : elles fixent le principe selon lequel les autorités judiciaires sont certes élues par le parlement ou le peuple, mais concèdent que la loi peut prévoir des exceptions. C'est le cas en droit neuchâtelois puisque l'art. 60 Cst. NE dispose que les « magistrats de l'ordre judiciaire » sont en principe élus par le Grand Conseil, mais que la loi peut déroger à cette règle.

588

B. Le droit au « juge du domicile »

La problématique. – Le pacte conclu par les *Waldstätten* en 1291 tendait, entre autres, à affirmer la volonté des Confédérés d'appliquer leur propre droit dans leurs propres affaires, lesquelles devaient être jugées par des juges confédérés sur sol confédéré. C'est ainsi que les Confédérés avaient décidé « de n'accueillir et de n'accepter en aucune façon dans [leurs] vallées un juge qui aurait acheté sa charge, à prix d'argent ou par quelque autre moyen, ou qui ne serait pas habitant de [leurs] vallées ou membre de [leurs] communautés »⁵⁴. D'une certaine

589

⁵¹ Cf., dans ce sens, BOLZ (1995/I), N 6 ad art. 77 ConstC BE.

⁵² Cf. MORITZ (2002), N 24 s. ad art. 59 Cst. JU, selon lequel « la délégation régie à l'article 59 ne concerne pas seulement les compétences législatives, mais toute autre compétence que la Constitution [cantonale] met en mains des organes mentionnés ».

⁵³ Cf. COMM. RÉVISION LGC BE (2013), p. 30, laquelle se réfère à un avis de droit de TSCHANNEN PIERRE, MÖSCHING FABIAN, *Vereinfachung der Richterwahlen durch den Grossen Rat des Kantons Bern. Gutachten vom 25.7.2007 im Auftrag der Justizkommission des Grossen Rates des Kantons Bern*, Berne 2007, p. 16

⁵⁴ Traduction du Pacte de 1291 tirée de CASTELL ANTOINE, *Les chartes fédérales de Schwyz, Einsiedeln 1938*, p. 37-40.

manière, on peut considérer que la Suisse est née de l'interdiction des « juges étrangers »⁵⁵.

Cette interdiction des « juges étrangers » – que les constituants suisses ont érigé en un principe démocratique fondamental non seulement dans les rapports internationaux, mais également dans les rapports intercantonaux – présente deux facettes. Le juge est « étranger » s'il siège ailleurs que dans le canton du justiciable. Il l'est également s'il n'est pas un indigène de ce canton.

590 *Le droit au « juge du domicile ».* – Le premier aspect de l'interdiction du « juge étranger » dans les rapports intercantonaux – c'est-à-dire la règle selon laquelle la population a le droit d'être jugée par son propre tribunal – est partiellement consacré par la Constitution fédérale. Selon l'art. 30 al. 2 Cst., la personne qui fait l'objet d'une action civile a le droit à ce que sa cause soit portée devant le tribunal de son domicile. Cette règle a été reprise de l'art. 59 al. 1 aCst. qui avait pour objectif de régler les conflits intercantonaux de juridictions civiles en délimitant les souverainetés cantonales en matière judiciaire, ce au profit de la juridiction qui est géographiquement la plus proche du domicile du défendeur⁵⁶.

La norme constitutionnelle qui codifie le principe « *actor sequitur forum rei* » est, selon le Tribunal fédéral, d'ordre juridique général⁵⁷. L'un des motifs qui la sous-tend est que des tribunaux extracantonaux pourraient ne pas être totalement impartiaux à l'égard du défendeur, qui doit être protégé⁵⁸, étant entendu qu'il s'agit bien là du droit à être jugé par un ou des juges institués par le canton de domicile⁵⁹. Même si le CPC prévoit de nombreuses exceptions à tel droit, celui-ci reflète une longue tradition juridique suisse qui a d'ailleurs été

⁵⁵ Cf., sur la question, GSCHWEND (2014), N 1-18. Le débat politico-juridique sur la fameuse question des « *Fremde Richter – fremde Gerichte* » est d'ailleurs revenu sur le devant de la scène au niveau fédéral depuis que le Conseil fédéral a proposé, dans le cadre de la révision des accords bilatéraux avec l'Union européenne, d'attribuer des compétences à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), en ce sens que les questions d'interprétation du droit européen repris dans un accord feraient l'objet d'un avis interprétatif à la CJUE à la requête de la Suisse et de l'Union européenne. La question a en effet fait l'objet de nombreux articles juridiques en Suisse (cf. notamment ERNST [2013], p. 1374-1377; SCHOTT [2013], p. 1368-1379; GLASER/LANGER [2013], p. 570-577, lesquels mettent en doute la légitimité démocratique d'un tel tribunal au regard du droit constitutionnel suisse).

⁵⁶ Cf., par exemple, ATF 105 II 11, consid. 3; CONSEIL FÉDÉRAL (1999), p. 2594.

⁵⁷ ATF 26 I 270, consid. 4.

⁵⁸ OFJ (1973), p. 3; SURBER (2001), N 1 ad art. 30 al. 2 Cst.; Comm aCst.-KNAPP (1986), N 10 ad art. 59 aCst.

⁵⁹ Voir notamment HÄFELIN ET AL. (2016), N 855, et MAHON (2003), N 10 ad art. 30 Cst.

reprise dans ce même code de procédure⁶⁰ et à laquelle les législateurs cantonaux, contrairement au législateur fédéral, ne peuvent *a priori* pas – ou plus – déroger⁶¹.

L'éligibilité à la fonction de juge au niveau cantonal. – Quant au second aspect de l'interdiction du « juge étranger », c'est-à-dire le principe selon lequel le juge doit être un citoyen du canton, il n'est pas consacré par le droit fédéral. De ce point de vue, rien ne s'oppose à ce qu'une personne officie en tant que juge au sein d'un organe judiciaire d'un canton autre que celui où il est domicilié⁶². Il appartient aux cantons de régler la question de la domiciliation de leurs juges. Or, ils ne le font pas tous de la même manière, du moins au niveau constitutionnel.

L'obligation de domicile du juge. – Dans certains cantons, la fonction de juge est clairement rattachée à la citoyenneté. Cela signifie qu'elle ne peut être confiée qu'à des personnes domiciliées dans le canton. C'est le principe ancré dans les constitutions cantonales genevoise, bernoise et fribourgeoise⁶³. Dans la mesure où la réglementation constitutionnelle est claire, il n'est pas possible de déroger à cette obligation en considérant que l'absence de règles autorisant des exceptions constituerait une lacune proprement dite, ce même si des exceptions se justifieraient pour des raisons pratiques évidentes⁶⁴.

La liberté de domicile du juge. – Il arrive, à l'inverse, que le droit constitutionnel cantonal se distancie expressément du principe selon lequel il existerait une obligation de domicile dans le canton pour les personnes qui seraient nommées au sein d'une autorité judiciaire de ce même canton. C'est le cas de l'art. 47 Cst. NE qui dispose qu'une loi peut autoriser le Grand Conseil neuchâtelois à élire au poste de juges des personnes domiciliées dans un autre canton.

Dans le canton de Neuchâtel, le législatif cantonal a donc la faculté de trancher la question de savoir si une obligation de domiciliation doit être imposée.

⁶⁰ SUTTER-SOMM/GUT (2013), N 2 ad. art. 10 CPC.

⁶¹ Cf. ATF 129 II 230, consid. 4, où le Tribunal fédéral considère en tout cas qu'« eine allfällige Zuständigkeit gemäss kantonalem Recht nicht mit Art. 30 Abs. 2 BV (...) vereinbar wäre »; aussi CONSEIL FÉDÉRAL (1999), p. 2594; voir, pour la controverse existant à ce sujet, SG Komm. BV-LEUENBERGER (2008), N 21 ad art. 30 Cst.; BOHNET (2004), p. 55 s.; DONZALLAZ (2002), p. 530-542; aussi BSK BV-REICH (2015), N 40 ad art. 30 Cst.

⁶² Cf. ATF 136 I 207, consid. 5. Les décisions auxquelles a collaboré un juge, dont l'élection ou le maintien en fonction n'est pas conforme au droit cantonal en raison de la violation d'une éventuelle obligation de domicile dans le canton prévue par ce même droit, sont tout au plus annulables au titre de l'art. 30 al. 1 Cst.

⁶³ Voir art. 67 al. 1 ConstC BE; art. 45 Cst-GE; art. 86 Cst. FR.

⁶⁴ Dans ce sens, à propos de l'admission d'un éventuel double mandat de préfet, alors que la loi cantonale prévoit expressément l'obligation d'habiter la préfecture, ATF 138 I 34, consid. 2-3; voir aussi ATF 140 II 141, consid. 1.

Il l'a fait clairement par le biais de l'art. 5 al. 1 de la loi neuchâteloise sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires du 27 janvier 2010 (LMSA NE)⁶⁵. Au sens de cette disposition qui a été révisée en vue de clarifier une insécurité juridique existant par le passé, les membres de la magistrature de l'ordre judiciaire doivent avoir leur domicile civil dans le canton pendant toute la durée de leurs fonctions, sous peine de destitution⁶⁶.

594 *L'absence de réglementation cantonale.* – Il se peut enfin que le droit constitutionnel cantonal ne règle pas du tout la question de l'éligibilité à une fonction judiciaire. C'est typiquement le cas dans les cantons du Valais, du Jura et de Vaud. Le législateur a ainsi autorisé, parfois, que certains juges n'aient pas leur domicile dans le canton⁶⁷.

Les constitutions de ces cantons partent certes de l'idée que seuls les citoyens cantonaux – c'est-à-dire ceux qui disposent du droit de vote au niveau cantonal – peuvent être « élus » à une fonction politique⁶⁸. Cela ne signifie toutefois pas que la citoyenneté est une condition juridique à la capacité d'être nommé juge, car, dans ces cantons, les autorités judiciaires ne sont pas élues, mais simplement désignées par le parlement cantonal. Le droit de vote ne pourrait être une condition à l'éligibilité en tant que membre d'une autorité que dans la mesure où celle-ci était directement élue par le peuple⁶⁹.

⁶⁵ Cf. RSN 162.7.

⁶⁶ Voir COMM. LÉGISLATIVE NE (cf. [2014], p. 2).

⁶⁷ En droit jurassien, les juges suppléants ou extraordinaires, ainsi que les procureurs extraordinaires, ne sont pas tenus d'être domiciliés dans le canton (cf. art. 7 LOJ JU). De même en droit vaudois, les juges du Tribunal neutre ne sont pas tenus d'avoir leur domicile dans le canton (cf. art. 86 al. 3 de la loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 [LOJV VD; RSV 173.01]). Il pourrait également arriver qu'un magistrat vaudois ordinaire qui n'est pas domicilié dans le canton lors de sa nomination bénéficie d'un délai pour y déménager (cf. art. 16 al. 2 LOJV VD).

⁶⁸ Voir art. 80 al. 2 Cst. VS.

⁶⁹ Cf., sur la question, BOLZ (1995/I), N 3 ad art. 67 ConstC BE. L'art. 77 Cst-VD liste d'ailleurs exhaustivement les élections populaires au niveau cantonal, en l'occurrence celle des membres du Grand Conseil, celle des membres du Conseil d'État et, enfin, celle des membres vaudois du Conseil des États. Quant à l'art. 131 al. 3 Cst-VD, il prévoit que le choix des candidats au Tribunal cantonal se fonde essentiellement sur leur formation juridique et leur expérience et que Grand Conseil veille en outre à une représentation équitale des différentes sensibilités politiques. Un domicile vaudois ne semble pas exigé, constitutionnellement, par le droit vaudois.

C. Les compétences des autorités judiciaires cantonales

En général. – Le législateur cantonal jouit en principe d'une assez grande liberté 595 quant à la manière dont il entend organiser les compétences à raison de la matière de ses tribunaux. Il n'existe que quelques règles ponctuelles qu'il doit respecter. Il s'agit, d'une part, de l'obligation – imposée par le droit fédéral – d'instituer un tribunal supérieur statuant comme instance précédente au Tribunal fédéral et, d'autre part, des règles de compétences judiciaires à raison de la matière que connaissent certaines constitutions cantonales.

L'obligation d'instituer un « tribunal supérieur ». – Le droit international 596 et la Constitution fédérale confèrent un droit d'accès à des autorités judiciaires cantonales indépendantes, mais ne donnent aucun droit d'accès à un « tribunal supérieur » de niveau cantonal. Un tel droit découle néanmoins indirectement de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF) qui contient une règle d'organisation cantonale fondamentale. Cette loi prévoit en effet que « [l]es cantons instituent des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral »⁷⁰.

Ce « tribunal supérieur » doit, selon la jurisprudence fédérale, remplir au moins deux conditions pour être conforme aux exigences fédérales. Premièrement, sur le plan hiérarchique ou juridictionnel, l'instance judiciaire cantonale supérieure ne doit être soumise – même partiellement – à aucun autre tribunal que le Tribunal fédéral. Secondement, l'instance judiciaire en question doit être compétente pour tout le canton dans son domaine de juridiction⁷¹.

La juridiction administrative en particulier. – En principe, comme l'avait souligné le Conseil fédéral dans son message relatif à la LTF, tous les cantons doivent dorénavant se doter d'une « *juridiction administrative disposant d'une compétence générale* »⁷². L'obligation d'assurer l'accès à un tribunal suprême cantonal n'empêche, en revanche, pas avec elle l'obligation de n'en instituer qu'un seul, compétent pour tous les domaines du droit. Elle n'empêche pas non plus que des membres de cette juridiction statuent comme juge unique sur le fond du litige ou en qualité de juge instructeur appelé à prendre des décisions incidentes⁷³.

⁷⁰ Art. 86 al. 2 LTF; voir aussi art. 75 al. 2 et art. 80 al. 2 LTF.

⁷¹ Tribunal fédéral, arrêt 2C_270/2011 du 20 avril 2011, consid. 2: « Par tribunal supérieur, la jurisprudence entend une autorité judiciaire cantonale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours ordinaire sur le plan cantonal dans tous les domaines ressortant de sa compétence (...); il faut également que l'autorité soit compétente en la matière pour tout le canton et qu'elle ne dépende pas du point de vue hiérarchique d'une autre autorité judiciaire cantonale (...). » Cf. aussi ATF 135 II 94, consid. 4.1; ATF 134 I 125, consid. 3.5; Comm. LTF-WURZBURGER (2014), N 22 s. ad art. 86 LTF.

⁷² CONSEIL FÉDÉRAL (2001/III), p. 4124.

⁷³ Tribunal fédéral, arrêt 1C_434/2009 du 1^{er} mars 2010, consid. 4.2. Dans un arrêt ancien critiqué par la doctrine, le Tribunal fédéral a considéré qu'une commission de recours statuant en

597 *Le mandat législatif donné par le constituant cantonal.* – De nombreux constituants cantonaux ont choisi de laisser au législateur le soin de déterminer le nombre, l'organisation et les compétences des différentes instances judiciaires cantonales. C'est en particulier le cas en Valais, à Genève et à Neuchâtel⁷⁴.

D'autres constituants ont fixé des règles de compétences matérielles pour les autorités judiciaires cantonales ordinaires, tout en réservant, de manière plus au moins large, la possibilité pour le législateur de créer des instances judiciaires spéciales. On citera ici l'art. 123 al. 4 Cst. FR qui dispose de manière générale que « [l]a loi peut instituer des autorités judiciaires spéciales ». On mentionnera aussi l'art. 133 al. 1 let. b Cst-VD qui permet au législateur vaudois de confier la juridiction de seconde instance à une autre autorité qu'au Tribunal cantonal vaudois.

598 *Les règles constitutionnelles cantonales de compétences.* – Cela dit, il existe quelques constituants qui ont tenu à définir – parfois assez clairement – les domaines de juridiction des autorités judiciaires cantonales qu'ils instituaient. La constitution bernoise précise, par exemple, que la juridiction pénale est exercée dans le canton par les présidents des tribunaux, les tribunaux d'arrondissement, les tribunaux collégiaux régionaux, les tribunaux des mineurs, le Tribunal économique et la Cour suprême⁷⁵. Formulée de cette manière, la réglementation constitutionnelle bernoise fait correspondre presque parfaitement le droit constitutionnel formel et le droit constitutionnel matériel de la justice, du moins dans le domaine pénal⁷⁶.

La constitution jurassienne va encore plus loin que son homologue bernoise. Elle dispose que la justice de première instance est rendue par le « Tribunal de première instance » sur l'ensemble du territoire cantonal et que celle de deuxième instance l'est par le « Tribunal cantonal », précisant au passage que le siège de cette autorité se trouve à Porrentruy⁷⁷. Ainsi, le droit jurassien n'autorise *a priori* pas l'instauration d'autorités judiciaires sur le territoire cantonal autres que les tribunaux qui viennent d'être mentionnés. Un tel principe vaut

instance unique devait être considérée comme « inférieure », notamment parce que ses membres étaient désignés par le gouvernement cantonal (cf. ATF 115 II 366, consid. 2; repris encore par AUER [2016], N 240). Il n'a cependant jamais repris cet argument. Bien au contraire, il continue d'admettre les recours contre des jugements rendus par des organes dont les membres sont nommés par une autorité exécutive.

⁷⁴ Voir expressément art. 63 al. 1 Cst. VS et art. 83-86 Cst. NE.

⁷⁵ Art. 99 ConstC BE.

⁷⁶ Cf., dans ce sens, ZIMMERLI/KIENER (1995), p. 179. Voir aussi art. 98 al. 2 et art. 100 al. 2 ConstC BE qui autorisent le législateur bernois à instituer des autorités judiciaires spéciales pour connaître des litiges de droit civil et des contestations administratives.

⁷⁷ Art. 102 et art. 103 Cst. JU

dans l'ensemble des domaines du droit, sauf en droit pénal des mineurs. En effet, au sens de l'art. 105 Cst. JU, la juridiction pénale des mineurs doit relever d'une autorité particulière autre que le Tribunal de première instance ou que le Tribunal cantonal.

III. Le respect du principe de légalité formelle

Introduction. – Lors de la création de nouvelles autorités judiciaires, cantonales ou intercantionales, il convient normalement de définir les règles qui leur seront applicables et, simultanément, la forme que doivent revêtir de telles règles au regard, notamment, du principe de légalité (sur la question, *supra* N 504). Dans cette optique, il apparaît nécessaire de présenter les aspects généraux de cette problématique (A), avant de tenter de définir les règles d'organisation judiciaire (B) et les règles de procédure (C) qui, théoriquement, devraient reposer sur une base légale formelle. 599

A. Les aspects généraux

Le droit à un tribunal établi par une « loi ». – L'art. 6 par. 1 CEDH, comme les articles constitutionnels fédéraux et cantonaux qui lui correspondent sur un plan matériel, ne se limitent pas à garantir un droit à un juge indépendant (*supra* N 569). Il donne également le droit à toute personne dont la cause doit être jugée selon une procédure judiciaire à ce que cette cause soit portée devant un tribunal « établi par la loi ». 600

Selon la Cour EDH et le Tribunal fédéral, la garantie supplémentaire qui vient d'être exprimée signifie que l'organisation et la procédure judiciaires doivent se fonder sur un texte normatif de rang parlementaire au moins⁷⁸. Pour les juges de Strasbourg, la règle est essentielle afin « d'éviter que l'organisation du système judiciaire dans une société démocratique ne soit laissée à la discrétion de l'Exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement »⁷⁹. Pour les juges de Lausanne, il s'agit, selon un raisonnement similaire, « d'empêcher toute manipulation et (...) de garantir l'indépendance nécessaire »⁸⁰. Il convient effectivement d'éviter le malaise qui pourrait résulter du fait qu'une procédure judiciaire intentée contre une décision prise par un organe

⁷⁸ Voir notamment ATF 123 I 51, consid. 2b; ATF 114 Ia 53, consid. 3b; aussi BSK BV-REICH (2015), N 14 ad art. 30 Cst.

⁷⁹ Cour EDH, arrêt 17214/05, *Savino et autres c. Italie*, du 28 avril 2009, ch. 94; Comm. EDH, arrêt du 12 octobre 198, *Zand c. Autriche*, ch. 69, in: D.R. 15, p. 87.

⁸⁰ ATF 131 I 31, consid. 2.1.2.1; cf. aussi Tribunal fédéral, arrêt 5A_448/2012 du 17 janvier 2013, consid. 3.2.2.

exécutif ou par l'un de ses offices subalternes soit entièrement régie par des règles adoptées par ce même organe. La situation pourrait être propre à éveiller des doutes quant à l'indépendance du tribunal et l'équité de la procédure, du moins en apparence (sur la question des apparences, *supra* N 575)⁸¹.

601 *Une application du principe de légalité.* – En droit suisse, l'exigence d'une organisation et d'une procédure judiciaires établies par un texte normatif de rang parlementaire ne découle pas exclusivement du droit à un tribunal indépendant établi par la loi. Elle découle aussi du principe constitutionnel selon lequel les règles de droit importantes doivent faire l'objet d'une loi au sens formel, étant entendu que l'organisation et la procédure judiciaires représentent une réglementation étatique qui doit être qualifiée d'importante⁸². Au niveau fédéral, le principe est expressément consacré à l'art. 164 al. 1 let. g Cst. Il l'est également par diverses dispositions constitutionnelles cantonales. Par exemple, la constitution cantonale jurassienne prévoit que « [l]a loi [au sens formel] règle les modalités d'élection des autorités judiciaires, leur organisation et leurs compétences, ainsi que la procédure dans les limites du droit fédéral »⁸³. Il en va de même dans les autres cantons romands dont les constitutions prévoient, comme l'art. 83 al.1 Cst. NE, que « [l]'organisation judiciaire est réglée par la loi » ou, comme l'art 127 al. 1 Cst-VD, que « [l]a loi détermine le nombre, l'organisation et les compétences des tribunaux »⁸⁴.

602 *La « codification » en matière administrative.* – Les exigences déduites du principe de la légalité sont en principe respectées, car le droit judiciaire matériel

⁸¹ Cf., dans ce sens, ATF 134 I 125, consid. 3.3, et SCHWEIZER (1998), p. 73.

⁸² Cf., au lieu de plusieurs, ATF 134 I 125, consid. 3.2. Le grief de la violation du droit à un « juge établi par la loi » n'a pas de portée propre en l'espèce par rapport à celui de la violation du principe de la séparation des pouvoirs et du principe de la légalité dans la mesure où une personne se plaindrait, dans les deux cas, d'un défaut de base légale au sens formel (cf., pour un exemple Tribunal fédéral, arrêt 5A_448/2012 du 17 janvier 2013, consid. 3.2.2). Dans une certaine mesure, le principe de légalité garantit également l'indépendance de la justice (cf. notamment FISCHBACHER [2006], p. 210; KIENER [2001], p. 379). Il en va également de même s'agissant du grief de violation du droit à une « procédure établie par la loi » découlant directement du principe de séparation des pouvoirs (cf. pour un exemple Tribunal fédéral, arrêt 5P.317/2006 du 6 février 2007, consid. 6.3). La pratique et la doctrine se réfèrent tantôt au principe de la légalité, tantôt au droit à un tribunal établi par la loi (cf., sur cette question, BÜRKI [2011], p. 166, et les références citées par cet auteur).

⁸³ Cf. Cour constitutionnelle JU, arrêt du 24 avril 2002, in: RJJ 2002, p. 179, consid. 3; MORITZ (1997), N 3 ad titre III Cst. JU.

⁸⁴ Notamment ATF 134 I 125, consid. 3.2; DÉPRAZ (2004), p. 253; voir aussi art. 69 al. 4 let. d ConstC BE et art. 63 al. 1 Cst. VS.

fait l'objet d'une codification légale détaillée en Suisse, non seulement en matière civile et pénale, mais également en matière administrative⁸⁵. Les cantons disposent de leurs codes de procédure administrative et de leurs lois cantonales d'organisation judiciaire, toutes adoptées par les parlements cantonaux⁸⁶.

On concédera qu'au niveau fédéral, jusqu'en 2007, de nombreuses questions d'organisation et de procédure des anciennes commissions fédérales de recours – comme celle de l'éligibilité, de la compétence du juge unique ou de la publicité de la procédure – étaient encore réglées par des ordonnances adoptées par le Conseil fédéral, notamment par l'ordonnance concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage du 3 février 1993⁸⁷. Aujourd'hui toutefois, l'essentiel des normes de l'ordonnance précitée, dont une grande partie aurait toujours dû se trouver dans une loi parlementaire⁸⁸, a été repris dans la loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005⁸⁹.

B. Le contenu minimal des lois d'organisation judiciaire

Les « grandes lignes » de l'organisation judiciaire. – Depuis toujours, la jurisprudence et la doctrine ont souligné le fait que l'organisation des tribunaux devait être réglée dans une loi parlementaire⁹⁰. C'est ainsi que le Tribunal fédéral retient que les « principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la compétence des tribunaux » doivent se fonder sur une loi au sens formel⁹¹, tout en concédant qu'il est possible de confier à une autre autorité qu'un parlement le soin de régler les « modalités de détail » de l'organisation judiciaire⁹². Dans le même sens, la Commission européenne des droits de l'homme a très tôt évoqué le principe selon lequel il appartenait à l'organe législatif de fixer le « schéma » de l'organisation judiciaire⁹³.

603

⁸⁵ RHINOW ET AL. (2014), N 32; BÜRKI (2011), 155 s.; FEUZ (2002), p. 189 s.; MÜLLER (1986), p. 20 s.

⁸⁶ Cf., parmi d'autres, KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 103.

⁸⁷ RO 1993 879.

⁸⁸ Voir notamment SCHWEIZER (1998), p. 80; BENDEL (1975), p. 226.

⁸⁹ RS 173.32.

⁹⁰ Voir, entre autres, ATF 129 V 335, consid. 3.2; KIENER/KÄLIN (2007), p. 441.

⁹¹ Notamment ATF 129 V 196, consid. 4.1. Il s'agit là d'une exigence générale applicable à l'organisation des pouvoirs étatiques en général (voir Tribunal fédéral, arrêt 1P.27/2002 du 31 mai 2002, consid. 6.2: « *Als wichtig und damit erhöhter demokratischer Legitimation bedürftig werden allgemein etwa Bestimmungen bezeichnet, die zentrale Fragen der Machtverteilung in einem Gemeinwesen berühren [...]* »; aussi FEUZ [2002], p. 184; KÄLIN [1995], p. 140 s.).

⁹² ATF 129 V 196, consid. 4.1.

⁹³ Comm. EDH, arrêt du 12 octobre 198, *Zand c. Autriche*, ch. 69, in: D.R. 15, p. 87.

604 *L'application du principe en général.* – En Suisse, la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer souvent sur la question de savoir quelles règles d'organisation ou de procédure judiciaires devaient absolument se trouver dans une loi au sens formel, puisque le droit judiciaire matériel fait l'objet d'une codification légale détaillée en Suisse (*supra* N 602). Il n'existe dès lors encore aucune « ligne de conduite » sur les règles qui doivent absolument être adoptées par une autorité législative⁹⁴. À cela s'ajoute qu'il est difficile de définir les contours du principe de légalité en matière de règles organisationnelles, contrairement peut-être aux domaines qui relèvent de la législation de restriction⁹⁵.

Il est néanmoins acquis que certains aspects précis de l'organisation judiciaire devraient toujours se trouver réglés par une loi au sens formel.

605 *L'institution et le mode de désignation de l'autorité.* – Tout d'abord, chaque autorité judiciaire doit reposer sur une loi au sens formel, loi qui est appelée à délimiter ses compétences⁹⁶. Les dispositions concernant la procédure de nomination, la durée de fonction et l'éventuelle révocation des juges doivent aussi figurer dans une telle loi⁹⁷. En effet, au-delà même du fait qu'elle représente un critère essentiel dans l'appréciation de l'indépendance de la justice, la question de la désignation des juges est un sujet qui fait débat et qui revêt une grande importance politique⁹⁸.

606 *La composition de l'autorité judiciaire.* – Le nombre de juges à nommer et la composition personnelle exacte de l'autorité judiciaire appelée à fonctionner (règle de répartition des affaires entre les juges) représentent des questions qui peuvent être réglées par une autre autorité que par le législatif formel⁹⁹. Il incombe cependant à celui-ci de fixer la formation dans laquelle les tribunaux doivent et peuvent prendre des décisions, c'est-à-dire la question du nombre de juges devant participer à un jugement pour que celui-ci soit valablement rendu.

Il s'agit notamment de déterminer dans une loi au sens formel – dans les grandes lignes à tout le moins – si le tribunal doit être composé de trois ou cinq juges pour statuer valablement dans une cause donnée ou si, au sein d'un tel collège, un juge peut prendre une décision seul dans certains cas particuliers¹⁰⁰.

⁹⁴ BÜRKI, p. 155-157.

⁹⁵ Cf., dans ce sens, BIAGGINI (2002), p. 154.

⁹⁶ Cf. notamment Tribunal fédéral, arrêt 2P.63/1997 du 5 novembre 1997, consid. 4, in: JAB 1998, p. 49.

⁹⁷ BÜRKI (2011), p. 180.

⁹⁸ COMM. RÉVISION LGC BE (2013), p. 30.

⁹⁹ Cf. notamment ATF 117 Ia 322, consid. 1c; ATF 114 Ia 278, consid. 3; Tribunal fédéral, arrêt 2D_49/2011 du 25 septembre 2012, consid. 3.6; RHINOW ET AL. (2014), N 33; BÜRKI (2011), p. 186; KIENER (2001), p. 379 s.

¹⁰⁰ Voir Tribunal fédéral, arrêt 2C_381/2010 du 17 novembre 2011, consid. 2.3.2; BÜRKI (2011), p. 181 et 188.

Il est en soi possible qu'une base légale inférieure précise de telles règles, mais cette base légale doit reposer sur une délégation de compétence explicite opérée par la loi formelle¹⁰¹. Il n'est pas possible d'en adopter une en se fondant sur un pouvoir réglementaire général¹⁰².

C. Le contenu minimal des lois de procédure judiciaire

Les « dispositions importantes » de procédure. – Le législateur doit aménager une procédure judiciaire, même si, à l'instar de ce qui prévaut en matière d'organisation judiciaire, toutes les règles de procédure judiciaire ne doivent pas forcément trouver un ancrage dans une loi parlementaire (N 600 s.). Les parlements peuvent se contenter d'adopter les dispositions importantes de procédure et déléguer à une autre autorité le soin de régler les autres questions. Ce faisant, ils doivent tenir compte du fait que le principe de légalité s'applique plus sévèrement en matière de procédure judiciaire qu'en matière d'organisation judiciaire, puisqu'en comparaison, la procédure judiciaire a des implications concrètes et directes sur les droits des individus parties à une procédure¹⁰³. 607

Les conditions de recevabilité d'un acte judiciaire. – Évidemment, les règles relatives à la recevabilité d'une demande, d'une requête ou d'un recours devant une autorité judiciaire – en tant qu'elles limitent, mais également élargissent l'accès au juge – doivent faire l'objet d'une réglementation contenue dans une loi au sens formel¹⁰⁴. On pensera à la définition de la qualité pour agir ou recourir ainsi qu'à celle des délais de recours¹⁰⁵. On pensera aussi à la problématique du paiement de frais de justice ou de dépens à la partie adverse¹⁰⁶ ou ainsi qu'à l'obligation d'en avancer le montant. En effet, dans la mesure où l'obligation de payer des avances de frais constitue à la fois une modalité particulière du paiement des frais de justice – qui constitue une taxe causale – et une condition de recevabilité du recours, son principe et la sanction attachée à la violation de cette obligation doivent figurer dans une loi au sens formel. Le 608

¹⁰¹ ATF 137 I 340, consid. 2.2; pour un exemple de délégation, art. 54 al. 2 et 3 LAVS.

¹⁰² ATF 129 V 335, consid. 3.

¹⁰³ RHINOW ET AL. (2014), N 32; BÜRKI (2011), p. 203 s. On notera à cet égard que la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021) – dont près d'une trentaine de dispositions traitent de la procédure de recours – passe normalement pour une « codification réduite au minimum » (CONSEIL FÉDÉRAL [1965], p. 1398).

¹⁰⁴ Cf. BÜRKI (2011), p. 191.

¹⁰⁵ Voir, pour la qualité pour recourir, Tribunal fédéral, arrêt du 2C_971/2012 du 28 juin 2013, consid. 2.2; Tribunal administratif VS, arrêt du 5 mai 1978, consid. 8.4, in: RVJ 1978, p. 183; aussi BROGLIN/WINKLER DOCOURT (2015), N 440.

¹⁰⁶ Cf. Tribunal fédéral, arrêt 2C_501/2015 du 17 mars 2017, destiné à la publication.

règlement de ces questions ne saurait être délégué au pouvoir exécutif ou à une autorité judiciaire¹⁰⁷.

Le délai de recours. – S'agissant de la question du délai de recours, il arrive que la loi délègue à l'autorité exécutive la possibilité de raccourcir un délai de recours. Toutefois, la longueur du délai ainsi raccourci reste en principe fixée par la loi. C'est par exemple le cas de l'art. 112b de la LAsi qui autorise, de manière provisoire, le Conseil fédéral à raccourcir le délai de recours de 30 jours prévu par cette même loi durant certaines phases de test, lorsque des mesures appropriées garantissent une protection juridique efficace des requérants d'asile concernés¹⁰⁸.

609 *L'étendue du pouvoir de l'autorité judiciaire.* – La définition de l'objet du litige et des griefs invocables devant les autorités judiciaires a également sa place dans une loi formelle. Les règles en lien avec ces questions peuvent péjorer de façon substantielle la position des parties à la procédure, notamment en leur imposant des obligations ou en restreignant leur droit à l'accès au juge. Il en va ainsi de la règle selon laquelle une partie ne peut plus alléguer certains faits, déposer ou invoquer certains moyens de preuve ou soulever certains griefs au-delà d'un stade déterminé de la procédure¹⁰⁹. Il en va de même s'agissant de la définition du pouvoir de cognition de l'autorité de recours ou de la possibilité pour cette dernière de procéder à une *reformatio in pejus*¹¹⁰.

610 *Les autres questions.* – Enfin, d'autres règles se révèlent si importantes qu'on ne peut *a priori* pas concevoir qu'elles soient consacrées ailleurs que dans une loi au sens formel. On pensera bien sûr aux problématiques de l'effet suspensif d'une voie de droit, du prononcé de mesures provisionnelles, de la langue de procédure et, enfin, de la révocation ou du remboursement de l'assistance judiciaire¹¹¹.

¹⁰⁷ ATF 133 V 402, consid. 3.4; Tribunal fédéral, arrêt 9C_831/2007 du 19 août 2008, consid. 2.3; Tribunal fédéral, arrêt 12T_4/2010 du 2 août 2010, consid. 3.2; aussi TANQUEREL (2011), N 485.

¹⁰⁸ Voir notamment la LF du 28 septembre 2012 (Modifications urgentes de la LF sur l'asile), en vigueur depuis le 29 septembre 2012 jusqu'au 28 septembre 2015 (RO 2012 5359) et prorogé au 28 septembre 2019 selon le ch. II de la LF du 26 septembre 2014 (RO 2015 2047).

¹⁰⁹ Tribunal fédéral, arrêt 2A.39/2004 du 29 mars 2005, consid. 6.

¹¹⁰ BÜRKI (2011), p. 193-196; SCHWEIZER (1998), p. 111.

¹¹¹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013), N 99 et 1092; BÜRKI (2011), p. 193-196; SCHWEIZER (1998), p. 112.

IV. Résumé conclusif des principaux éléments à retenir

Un domaine empreint d'une forte tradition constitutionnelle. – Au terme de cet ultime chapitre de deuxième partie de thèse, il nous apparaît clair qu'il ne sera pas possible de procéder à une définition de règles générales en matière d'organisation régionale conventionnelle sans tenir compte du fait qu'en Suisse, les juges cantonaux sont traditionnellement élus par le parlement cantonal ou par le peuple et qu'ils doivent être domiciliés dans le canton pour lequel ils sont appelés à exercer leur fonction. Cette tradition est ancrée de manière plus ou moins large dans toutes les constitutions cantonales, lesquelles vont quelquefois jusqu'à régler en détail les domaines de compétences des différents tribunaux cantonaux (N 581 ss et 591 ss).

611

De telles exigences ne sont pas imposées par la Constitution fédérale qui, certes, confère aux justiciables un droit – non absolu – à être jugés par le tribunal de leur domicile (N 590), mais qui n'interdit pas une nomination des juges par une autorité exécutive, tant que l'indépendance des autorités judiciaires est assurée, en fait et en apparence, au regard de l'ensemble des circonstances. S'agissant de ce dernier point, il conviendra de garder à l'esprit que l'indépendance de la justice peut être sujette à caution lorsque les membres d'un tribunal spécialisé sont désignés par un organe exécutif qui contrôle directement les entités administratives soumises à la juridiction du tribunal en question et/ou qui rend lui-même – ou adopte des règlements qui fondent – des décisions soumises à cette même juridiction (N 575 et 578 s.).

L'importance du principe de la légalité formelle. – La définition de règles générales en matière d'organisation régionale conventionnelle doit aussi respecter le principe de la légalité formelle qui revêt une importance toute particulière dans le domaine de l'organisation et la procédure judiciaire. Compte tenu du fait que les cantons et la Confédération ont adopté des lois d'organisation et de procédure judiciaires détaillées, il est certes plutôt rare, en pratique, que les tribunaux constatent une violation du principe de la légalité formelle dans le domaine de l'organisation et de la procédure judiciaires. Cette codification législative témoigne cependant – tout en l'occultant sur un plan judiciaire – de l'importance constitutionnelle que revêt le fait que des questions aussi fondamentales que celles, notamment, de la composition numéraire d'un tribunal, de son pouvoir de cognition et des délais de recours soient réglées par le biais d'une base légale formelle bénéficiant d'une bonne légitimité démocratique (N 40 et 42 s.).

612

Troisième partie :

Les règles générales de l'organisation régionale conventionnelle

Résumé introductif. – Nous venons donc de planter le « décor » juridique que les cantons et les communes doivent théoriquement respecter lors de la mise en place d'organisations régionales conventionnelles. Ces bases étant posées, il nous est possible de développer et de systématiser quelques règles générales que devraient respecter les acteurs politiques cantonaux et communaux lorsqu'ils entendent organiser, par le biais de conventions intercantionales ou intercommunales, l'exécution d'une tâche publique ou l'exercice d'une compétence étatique. Ce troisième « acte » de la thèse traite ainsi de cinq problématiques choisies – qui nous semblent fondamentales d'un point de vue constitutionnel – en matière d'organisation régionale conventionnelle.

Tout d'abord, nous tentons de déterminer quelles tâches publiques et quelles compétences cantonales et communales sont « régionalisables » et lesquelles ne le sont pas (chapitre 9) avant d'examiner s'il existe des règles de gouvernance impératives applicables aux organisations régionales conventionnelles communes (commission interparlementaire, tribunal intercantonal, procédure de décision, compétences financières ; chapitre 10), ce malgré l'absence de « texte » constitutionnel précis régissant les questions abordées.

Nous abordons ensuite deux problématiques juridiques dans lesquelles les pouvoirs politiques semblent librement « improviser », à tort parfois : il s'agit d'une part, de l'octroi et de l'aménagement de droits politiques intercommunaux, voire intercantonaux (chapitre 11) et, d'autre part, de la définition du droit applicable au niveau intercantonal ou intercommunal et des principes de légistique régionale (chapitre 12).

Enfin, nous clorons cette troisième partie de thèse en examinant les règles de conclusion, de modification et de dénonciation des conventions intercantionales et intercommunales (chapitre 13). Nous constaterons, dans ce chapitre comme dans les autres, que la pratique des cantons et des communes ne respecte pas forcément les règles de « mise en scène » théoriquement fixées par le droit constitutionnel.

Chapitre 9 : Les tâches et compétences pouvant faire l'objet d'une régionalisation

I. Le cadre juridique général

Introduction. – En théorie, la question des règles générales régissant l'organisation régionale conventionnelle ne devrait se poser que lorsqu'une telle organisation est admissible dans son principe même, c'est-à-dire lorsqu'elle concerne l'exécution d'une tâche ou l'exercice d'une compétence pouvant faire l'objet d'une collaboration intercantonale ou d'une collaboration intercommunale. Si une collaboration est exclue dans un domaine donné, la question de son organisation concrète (gouvernance, droits politiques, droit applicable, etc.) apparaît en effet vaine.

613

Partant de ce postulat, nous devons avant tout nous interroger sur ce que l'on pourrait appeler le « champ des possibles » en matière de collaboration régionale. En clair, il nous faut déterminer les compétences et les tâches qui pourraient être concernées – ou non – par une régionalisation conventionnelle. Cette question s'apprécie évidemment à l'aune des règles de droit qui, dans la hiérarchie des normes, sont supérieures aux conventions organisatrices intercantionales et intercommunales, c'est-à-dire au regard des règles posées par la Constitution fédérale (A) et par les lois fédérales (B), mais aussi au regard des règles posées par le droit cantonal, dans la mesure en particulier où celui-ci est de niveau constitutionnel (C).

A. Les limites générales déduites de la Constitution fédérale

La collaboration intercantonale en général. – La régionalisation intercantonale trouve ses limites théoriques les plus absolues dans plusieurs principes constitutionnels que nous avons traités en deuxième partie de thèse : nous nous référons spécialement au principe de « souveraineté » cantonale (*supra* N 285 ss), à l'interdiction d'un quatrième niveau étatique supracantonal (*supra* N 328 ss) ainsi qu'à l'obligation constitutionnelle de préserver une organisation cantonale démocratique (*supra* N 285 ss) disposant d'une administration centralisée (*supra* N 421 ss). C'est en tout cas de ces principes que la doctrine a souvent tenté

614

de déduire d'éventuelles limites à la régionalisation conventionnelle et, plus généralement, à l'intercantonalisation, dès lors que celles-ci semblent leur porter atteinte¹. Une telle déduction est toutefois périlleuse sur le plan juridique, dans la mesure où les principes constitutionnels précités ne permettent pas de définir des règles claires quant aux compétences cantonales qui peuvent faire – ou non – l'objet d'une certaine régionalisation. Ces principes constitutionnels se révèlent en effet des concepts juridiques extrêmement ouverts et flexibles d'un point de vue intrinsèque (sur la question, *infra* N 616). De plus, il n'est pas possible d'en déduire des limites sévères à la régionalisation conventionnelle sans risquer de heurter d'autres dispositions constitutionnelles soulignant, elles, l'importance d'une exécution régionalisée des tâches cantonales (sur la question, *infra* N 617).

615 *La collaboration intercommunale en général.* – Bien évidemment, le même constat vaut également – voire *a fortiori* – pour la question de savoir s'il est possible de déduire d'éventuelles limites à la régionalisation intercommunale, limites qu'il conviendrait de déduire, le cas échéant, de la garantie constitutionnelle fédérale de l'autonomie communale (*supra* N 306 ss).

616 *Des règles et principes de portée juridique contestable.* – Nous venons de l'évoquer rapidement ci-avant : chacun des principes qui pourraient conduire à la reconnaissance de limites à la collaboration entre collectivités publiques est « non seulement un concept complexe et normatif, mais aussi un concept essentiellement contestable », comme l'a déjà exprimé BESSON à propos de la notion de souveraineté². Nous avons traité cette problématique en deuxième partie de thèse. La notion de souveraineté ou d'autonomie peut, par exemple, être vue comme un concept supposant précisément le développement de mécanismes de coopération avec d'autres collectivités (*supra* N 277 ss). Quant à la doctrine juridique, elle n'a pour l'heure jamais pu définir un éventuel cercle de « tâches étatiques » ou de « tâches ministérielles » indélégalables (*supra* N 423 ss).

En matière de régionalisation, la Constitution fédérale semble finalement imposer une règle assez floue : celle selon laquelle un canton ou une commune ne peut pas déléguer une partie importante de ses compétences à une organisation régionale ou, à plus forte raison, à un autre canton ou à une autre commune³.

¹ Voir notamment, ZEHNDER (2007), p. 212 s.; WALDMANN (2005/II), p. 29-33; ABDERHALDEN (1999), p. 70, et les références citées.

² BESSON (2003), p. 8; voir aussi BSK BV-BIAGGINI (2015), N 7 ad art. 3 Cst., lequel souligne le fait que l'art. 3 Cst. qui consacre la « souveraineté » des cantons se situe « *auf einer grossen Abstraktionshöhe* ».

³ Notamment BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 47 ad art. 48 Cst.; TÖNDURY (2004), p. 226 s.; BRUNNER (2000), p. 136.

Le problème est que, si cette règle de base semble simple, son application pratique s'avère délicate tant ses contours apparaissent obscurs (*supra* N 374)⁴.

L'interdiction absolue de déléguer des compétences « importantes ». – Certes, on concéderait volontiers, à l'instar d'autres auteurs de doctrine, qu'il est pour l'heure impossible d'admettre – d'un point de vue constitutionnel – la création d'un parlement intercantonal qui jouirait de la compétence de légiférer dans de nombreux domaines, tout comme la création d'un gouvernement intercantonal qui pourrait, par exemple, proposer des projets législatifs identiques à deux parlements cantonaux différents (aussi *infra* N 680 et 683)⁵. Il en irait de même d'une délégation législative presque générale d'une commune en faveur d'une autre, puisque le pouvoir de légiférer représenterait le « *Kernbereich* » de l'autonomie communale (voir *supra* N 311 et *infra* N 678). Dans le même sens, le fait de céder à un tribunal intercantonal des compétences générales en matière de juridiction administrative (sur la question en détail, *infra* N 690) et le fait de céder à une organisation intercommunale la compétence de prélever un impôt (sur la question en détail, *infra* N 792 ss) iraient trop loin, puisque de telles compétences représentent en quelque sorte les attributs même de la souveraineté cantonale, respectivement de l'autonomie communale. Nous ne pouvons cependant nous empêcher de remarquer que chacune de ces hypothèses consisterait davantage en une forme d'intercommunalisation ou d'intercantonalisation des « finances étatiques » et des « fonctions étatiques » – laquelle fait précisément l'objet d'une réglementation constitutionnelle partielle aux art. 48 al. 4 et 191b al. 2 Cst. – qu'en une éventuelle intercommunalisation ou intercantonalisation de « tâches publiques »⁶.

Des règles constitutionnelles contradictoires. – Enfin, la définition des limites juridiques à la régionalisation des compétences et des tâches cantonales ou communales ne peut en aucun cas intervenir sur la base des seules dispositions constitutionnelles qui semblent s'opposer au développement des organisations régionales conventionnelles en Suisse. Premièrement, un tel exercice doit tenir compte de l'importance, en droit constitutionnel suisse, du principe d'autonomie organisationnelle des cantons et des communes, lequel garantit notamment la liberté de s'organiser régionalement avec d'autres cantons ou d'autres communes (*supra* N 67 s. et 79). Secondement, il s'agit de ne pas faire fi que, durant les deux dernières décennies, le constituant fédéral a décidé d'encourager plusieurs fois la collaboration régionale et, partant, le développement des organisations régionales. Comme nous l'avons vu en première partie de

617

⁴ Voir aussi, dans ce sens, ZEHNDER (2007), p. 213.

⁵ BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.

⁶ Dans ce sens, à propos de la collaboration intercommunale, PERREN/WICHTERMANN (2005), p. 5: « *Nicht übertragbar sind gewisse Funktionen (nicht Aufgaben!) wie zum Beispiel die Führung der Gemeinde durch den Gemeinderat, die Beschlussfassung über die (...) dem obligatorischen Referendum unterstellten Geschäfte, die Aufsicht über Dritte (...)* »; voir également la Constitution fédérale et les constitutions des cantons romands qui, dans leur systématique, ne traitent pas de la problématique fiscale sous le même chapitre que celui des tâches publiques que l'État doit assumer.

thèse (*supra* N 82 ss), il l'a fait de manière générale, sans vouloir limiter la collaboration à certains domaines ou l'exclure dans d'autres, tout en étant conscient que celle-ci entraînait forcément en conflit avec les principes de « souveraineté » cantonale, d'autonomie communale et de « souveraineté populaire », du moins tels qu'ils sont traditionnellement entendus. À partir de là, il serait paradoxal qu'une interprétation rigide de ces principes constitutionnels vide largement de sa substance le principe de collaboration également consacré par le droit constitutionnel, ce à maintes reprises⁷⁷.

Le conflit de normes constitutionnelles qui peut se cristalliser lors de l'élaboration d'un projet de régionalisation doit être en fait résolu selon le principe de la « concordance pratique », lequel implique de conférer aux dispositions de la Constitution fédérale la même valeur constitutionnelle, et de les départager, dans une situation donnée, au moyen d'une pesée des intérêts tenant compte de toutes les circonstances concrètes entourant le projet ou le mécanisme en question (sur l'interprétation de la Constitution fédérale, *supra* N 260).

Nous reviendrons évidemment plus en détail sur cet axiome préalable qui conduit à considérer que toutes les tâches cantonales et communales peuvent faire, sur le principe, l'objet d'une organisation régionale conventionnelle, du moins d'un point de vue constitutionnel (sur la question, *infra* 635 ss).

B. Les autres limites déduites du droit fédéral

618 *En général.* – En pratique, le fait qu'un domaine de l'activité étatique soit réglé, entièrement ou partiellement, par le droit fédéral a tendance à favoriser la création d'organisations régionales conventionnelles, car l'unification de certaines règles procédurales et organisationnelles au niveau fédéral permet régulièrement d'engager une réflexion quant à l'opportunité de collaborer à un niveau intercantonal ou intercommunal⁸. Il n'en demeure pas moins que les conventions conclues à cette fin ne doivent pas contrevenir aux règles de droit adoptées par la Confédération, comme le souligne d'ailleurs expressément l'art. 48 al. 3 Cst. en ce qui concerne la collaboration intercantonale. Ce n'est cependant qu'exceptionnellement que ce principe déduit de la force dérogatoire du droit

⁷⁷ Dans ce sens, TANQUEREL (2001), p. 27 s.; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 et 49 ad art. 48 Cst., lequel parle d'une « *erhebliche Relativierung* » du principe de l'interdiction de « *Selbstpreisgabe* » par les nouvelles dispositions constitutionnelles; aussi, mais plus nuancés, SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 47 ad art. 48 Cst.

⁸ Voir, notamment s'agissant d'un côté de l'effet de l'unification du droit de procédure pénale, CONSEIL FÉDÉRAL (2012/II), p. 1058 et 1071, et, pour la question de la protection des données, GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 491.

fédéral devrait empêcher l'exécution régionale d'une tâche publique, soit uniquement dans les cas où le législateur fédéral exige clairement que chaque canton ou chaque commune exécute une tâche de manière totalement indépendante⁹.

Le droit et l'intérêt de limiter la collaboration intercantonale. – Lorsqu'elle délègue aux cantons l'exécution d'une tâche fédérale ou lorsqu'elle dispose d'une compétence concurrente à celle des cantons dans un domaine donné, la Confédération a la possibilité à fixer dans la loi des principes organisationnels que les cantons doivent respecter dans l'exécution de la tâche qui leur incombe. Une telle intervention dans l'autonomie organisationnelle des cantons suppose néanmoins une pesée des intérêts soigneusement effectuée entre le principe de préservation de l'autonomie cantonale, ancré à l'art. 46 al. 3 Cst. (*supra* N 65), et l'intérêt à la meilleure mise en œuvre de normes fédérales qui fixent, par exemple, des objectifs d'efficacité, d'indépendance ou de qualité¹⁰.

619

Cela étant dit, l'exercice qui vient d'être exposé s'avère essentiellement théorique pour la question des limites à la régionalisation, car, la plupart du temps, la Confédération n'aura aucun intérêt à limiter l'autonomie organisationnelle externe des cantons, c'est-à-dire leur liberté conventionnelle, puisque la collaboration intercantonale vise normalement à améliorer l'exécution d'une tâche, voire, dans certaines circonstances, à en permettre purement et simplement l'exécution par les plus petits cantons¹¹. C'est pourquoi l'autonomie organisationnelle externe des cantons est habituellement bien préservée par le droit fédéral, la collaboration intercantonale – ainsi que la collaboration intercommunale – étant même largement encouragées par lui. Nous avons examiné ce point en première partie de thèse déjà (*supra* N 97 ss)¹².

Le bénéfice du doute profite à la régionalisation. – Pour le reste, un doute dans l'interprétation du droit fédéral doit être tranché en faveur de la liberté d'organisation des cantons¹³. Ainsi, lorsqu'une loi fédérale prévoit que les cantons sont compétents pour exécuter une tâche fédérale, ceux-ci sont en principe libres de s'organiser comme ils l'entendent, le cas échéant en collaborant au

620

⁹ Dans le même sens, BRUNNER (2000), p. 143 s.; aussi MARTENET (1999), p. 288.

¹⁰ Voir notamment ATF 128 I 254, consid. 3.8.2; aussi BSK BV-WALDMANN/BORTER (2015), N 42 ad art. 46 Cst. SG Komm. BV-EGLI (2014), N 30 ad art. 46 Cst.

¹¹ Sur une certaine obligation de la Confédération de ne pas empêcher une mise en œuvre du droit fédéral par le biais de collaborations intercantionales, cf. BSK BV-WALDMANN/BORTER (2015), N 45 ad art. 46 Cst.

¹² Cf. ATAF 2012/9, consid. 1.2.3.4, où le Tribunal administratif considère « *naheliegend* » que les cantons puissent transférer des compétences à un organe intercantonal dans un domaine où le droit fédéral encourage, voire impose la coordination entre cantons.

¹³ Dans ce sens, Tribunal fédéral, arrêt 1A.73/2002 du 6 octobre 2003, consid. 3.1; voir, pour une application du principe en matière intercantonale, ZRK (2003), p. 6.

niveau intercantonal. Ce faisant, ils veilleront évidemment à respecter les règles minimales d'organisation fixées par le législateur fédéral¹⁴ et à ne pas mettre en péril l'exécution décentralisée d'une tâche – telle que voulue par le législateur fédéral – en créant une organisation intercantonale qui ne pourrait plus être qualifiée de « régionale » du fait de son importance géographique¹⁵.

Les considérations qui précèdent peuvent être illustrées par trois exemples. Les deux premiers concernent l'organisation régionale de tâches de la Confédération dont l'exécution est déléguée aux cantons. Le troisième a trait à la possibilité qu'ont les cantons d'organiser de manière « régionale » l'exécution de leurs tâches originelles.

621

L'exemple de l'organisation de l'état civil. – Selon l'art. 98 al. 1 du Code civil suisse (CC)¹⁶, les personnes qui désirent se marier doivent suivre une procédure préparatoire auprès de l'office de l'état civil du domicile de l'un d'eux. Or, aux termes de l'art. 45 al. 1 et de l'art. 49 al. 1 CC, il appartient aux cantons de définir les arrondissements de l'état civil. Le texte légal dispose même que « chaque » canton doit instituer une autorité chargée de la surveillance des officiers d'état civil. Le droit fédéral n'empêche pas pour autant la création d'arrondissements d'état civil intercantonaux. La pratique en connaît d'ailleurs déjà¹⁷. Simplement, l'intercantonalisation ne doit pas préteriter le droit au mariage en le compliquant à l'excès, notamment en obligeant les personnes intéressées à se déplacer trop loin de l'un de leurs domiciles.

¹⁴ ZRK (2003), p. 5 s.; OFJ (2002), p. 3, lequel examine la possibilité de créer des offices d'état civil intercantonaux (*infra* N 621). Ainsi, lorsque le législateur fédéral les charge de créer un établissement cantonal autonome pour gérer une tâche fédérale, plusieurs cantons peuvent très bien s'arranger entre eux et créer un établissement intercantonal commun (dans le même sens, cf. MARTENET [1999], p. 288; *contra* DOMINICÉ [1969], N 91).

¹⁵ Dans un sens similaire, MARTENET (1999), p. 288; voir aussi SIEGRIST (1978), lequel va toutefois trop loin à notre sens en considérant que le législateur fédéral a entendu empêcher l'exécution intercantonale d'une tâche déléguée lorsqu'il a accordé un pouvoir d'appréciation important dans l'application de la loi fédérale (voir pour une critique de cet avis également, BRUNNER [2000], p. 143 s.).

¹⁶ RS 201.

¹⁷ Voir art. 1 à 3 de la *Verwaltungsvereinbarung über die Führung des Zivilstandsamts für den Zivilstandskreis « Luzerner Seegemeinden »* du 23 septembre 2003 (aV-Zivilstandsamt LU/SZ; non publié, mais consulté sur www.zrk.ch > Sammlung Verträge, le 30 juin 2015), aujourd'hui abrogée, par laquelle les cantons de Lucerne et de Schwyz autorisaient trois communes lucernoises, formant un arrondissement, à déléguer leurs compétences en matière d'état civil à l'arrondissement voisin schwyzois; aussi, pour un exemple d'actualité, *Vereinbarung zwischen den Regierungsräten der Kantone Aargau und Zürich betreffend Zivilstandsdienst der Gemeinde Bergdietikon*, des 23 mars 2004 et 26 mai 2004 (V-Zivilstandsdienst AG/ZH; p. ex. LS 231.13).

Autrement dit, il convient simplement d'assurer une décentralisation suffisante de l'organisation des états civils. C'est en tout que ce qu'a déjà eu l'occasion de considérer l'Office fédéral de la justice. Selon celui-ci, un canton aurait même la faculté de déléguer la surveillance de cet office d'état civil intercantonal à une autorité d'un autre canton (sur la question du point de vue du principe de la légalité toutefois, *infra* N 1005 s.)¹⁸.

L'exemple de l'organisation des commissions tripartites cantonales. – Un raisonnement similaire s'applique s'agissant de l'organisation de la surveillance du marché du travail.

622

Certes, selon l'art. 360b al. 1 du Code des obligations du 30 mars 1911¹⁹, « chaque » canton doit instituer une commission tripartite composée en nombre égal de représentants des employeurs et des travailleurs ainsi que de représentants de l'État. Cette commission est censée observer le marché du travail, contrôler le respect des contrats-types obligatoires, dénoncer les abus aux autorités d'exécution cantonales et peut proposer des mesures (extension facilitée ou adoption de contrats-types fixant un salaire minimum). Néanmoins, même si le pouvoir d'une telle commission est important, il est tout à fait imaginable que plusieurs cantons s'associent et créent une commission tripartite commune, tant que les membres de la commission restent représentatifs de l'économie de chacun des cantons concernés.

Autrement dit, la création d'une commission tripartite intercantonale régionale est admissible dans son principe. En tout cas, le Secrétariat d'État à l'économie le reconnaît lui-même, tout comme la doctrine²⁰.

L'exemple de l'organisation policière cantonale. – Bien entendu, ce qui vaut pour l'exécution de tâches déléguées par la Confédération vaut *a fortiori* pour l'exécution de tâches que les cantons peuvent revendiquer en propre, notamment dans le domaine des tâches cantonales de police.

623

Certes, l'art. 14 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP)²¹ fixe le principe selon lequel les cantons doivent désigner leurs autorités pénales – dont le corps de police – et en fixer la composition, l'organisation et les attributions. L'art. 15 al. 1 CPP évoque quant à lui l'existence d'une police

¹⁸ Voir OFJ (2002), p. 4-6.

¹⁹ RS 220.

²⁰ Cf. SECO (2009), p. 117; JEANNERAT/MAHON (2013), N 4 ad art. 360b CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (2012), N 4 ad art. 360b CO. En revanche, on peut douter de la licéité d'une commission tripartite intercantonale « non régionale » qui, par exemple, aurait une portée nationale ou qui serait compétente pour un grand nombre de cantons. Le CO met non seulement l'accent sur un salaire minimal différencié par « région » (art. 360a al. 1 CO), mais il part aussi de l'idée qu'il appartient en principe à la Confédération d'édicter les contrats-types valables pour plusieurs cantons (cf. art. 359a al. 1 CO).

²¹ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale; RS 312.0)

fédérale ainsi que de polices cantonales ou communales, sans mentionner la possibilité d'une police intercantonale.

Le droit fédéral ne s'oppose cependant pas à la création d'un corps de police commun à plusieurs cantons. Il ne remet aucunement en cause la souveraineté cantonale en matière policière, notamment sur un plan organisationnel. Chaque canton reste libre de légiférer en matière d'organisation policière, de sorte que le droit fédéral n'exclut pas la possibilité d'une police (judiciaire) intercantonale²². L'OFJ reconnaît lui-même que le CPP laisse au canton une « certaine liberté d'action », notamment la latitude d'instituer des autorités pénales communes²³.

624 *Les limites à la régionalisation intercommunale.* – Les considérations qui précèdent valent *a fortiori* pour la question de la collaboration régionale intercommunale. Le législateur fédéral ne limite en principe pas la possibilité des communes d'organiser l'exécution de leurs tâches en collaboration avec d'autres communes, ce d'autant plus qu'il n'appartient pas à la Confédération de s'immiscer dans les questions d'organisation structurelle interne des cantons (sur la question, *supra* N 331). Ainsi, il n'empêche généralement pas la mise sur pied d'organisations régionales intercommunales même lorsque, exceptionnellement, il délègue l'exécution d'une tâche directement aux communes²⁴.

C. Le cadre juridique cantonal

625 *En général.* – La création d'organisations et d'autorités régionales par le biais de conventions intercantionales ou intercommunales est impossible dans les domaines où le droit cantonal exclut la collaboration entre collectivités publiques.

²² Dans ce sens, CoDIR PAJ (2013), p. 41 s.

²³ OFJ (2001), p. 41; cf. aussi SCHMID N. (2007), p. 702. Par ailleurs, le Conseil fédéral soulignait lui-même que le nouveau CPP avait comme avantage de simplifier les « conditions de pratique intercantonale de professions liées à la poursuite et à la justice pénales » (CONSEIL FÉDÉRAL [2006/II], p. 1071).

²⁴ Voir la loi fédérale sur la protection de la population et sur la protection civile du 4 octobre 2002 (LPPCi; RS 520.1) qui attribue certaines tâches aux communes, sans empêcher que de plus en plus d'organisations de protection civile fonctionnent à l'échelon régional et couvrent plusieurs communes; voir aussi art. 133 al. 1 de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995 (LAAM; RS 510.10) selon lequel l'assignation et l'aménagement des installations de tir à 300 m servant aux exercices fédéraux et aux exercices volontaires des sociétés de tir (exercices effectués avec des munitions d'ordonnance) relèvent de la compétence des communes, en lien avec l'art. 3 al. 1 de l'ordonnance fédérale sur les installations servant au tir hors du service du 15 novembre 2004 (RS 510.512), qui prévoit que « [p]our rationaliser la construction et mieux utiliser le terrain disponible, il faut s'efforcer d'obtenir que plusieurs communes s'associent pour construire une installation de tir commune ».

Ce principe prévaut bien évidemment s'agissant des organisations et des autorités intercommunales, puisque les conventions organisatrices intercommunales qui les fondent sont, dans la hiérarchie des normes, inférieures au droit cantonal (1). Il prévaut cependant aussi s'agissant des organisations et des autorités intercantionales. En effet, l'exécution d'une tâche publique cantonale ne peut faire l'objet d'une organisation intercantonale que pour autant que la constitution cantonale ne s'y oppose pas (2).

1. Les règles cantonales limitant la régionalisation intercommunale

Les limites découlant du droit constitutionnel cantonal. – Théoriquement, la régionalisation conventionnelle intercommunale trouve ses limites les plus absolues dans divers principes, consacrés par les constitutions cantonales, que nous avons abordés en deuxième partie de thèse. On pensera en particulier au principe constitutionnel de l'autonomie communale (*supra* N 309 ss), à celui de l'interdiction d'un quatrième niveau étatique supracommunal (*supra* N 332 ss) ainsi qu'à l'obligation de préserver une organisation communale démocratique et respectueuse de la souveraineté populaire (*supra* N 303 ss). C'est ainsi que l'on peut assurément considérer que certaines compétences centrales communales – législatives, financières ou de planification – ne peuvent être exercées de manière régionale par les communes (sur la question, *infra* N 664, 683 et 792 ss).

626

Pour le reste, il est impossible de justifier juridiquement, de manière absolue, l'existence de tâches publiques communales incessibles, non seulement parce que les principes de droit constitutionnel cantonal précités revêtent une portée normative réduite, mais aussi parce qu'ils doivent être interprétés en tenant compte du principe d'autonomie communale et des règles constitutionnelles encourageant la collaboration intercommunale. Sur ce point, la problématique des limites constitutionnelles à la régionalisation intercommunale présente de larges similarités avec celle des limites à la régionalisation intercantonale. Nous renvoyons donc ici à ce qui a été dit précédemment à ce second propos (*supra* N 614 ss).

Les limites prévues par le législateur cantonal. – Vu ce qui précède, c'est pour l'heure essentiellement dans les lois cantonales qu'il convient de rechercher d'éventuelles limites juridiques claires qui empêcheraient – dans son principe même – l'émergence d'organisations régionales conventionnelles chargées de l'exécution de certaines tâches communales. En effet, bien que l'autonomie organisationnelle et la liberté associative des communes soient garanties par le droit constitutionnel, le législateur cantonal jouit du pouvoir d'en délimiter les contours (sur la question, *supra* N 81 et 306).

627

Dès lors qu'elles représentent des atteintes graves à l'autonomie d'organisation des communes, les limites au développement de la régionalisation intercommunale doivent ressortir clairement du texte légal ou, du moins, de la volonté du législateur cantonal, conformément au principe de légalité²⁵. Cela signifie qu'en l'absence d'une réglementation cantonale explicite excluant la délégation d'une tâche à un organe intercommunal ou à un organe d'une autre commune, une telle délégation est présumée admissible²⁶. Une telle conception correspond à une interprétation du droit cantonal conforme à la constitution, dans la mesure où le droit constitutionnel cantonal encourage (encore) la collaboration intercommunale (sur la question, *supra* N 110).

628

L'intérêt pratique de la question. – La problématique n'est pas uniquement académique, car il est fréquent que le législateur cantonal organise de manière précise – dans la loi cantonale sur les communes ou dans une loi spéciale – l'organisation communale et la répartition des différentes compétences entre les différents organes communaux, sans se préoccuper à ce moment-là de la question d'une éventuelle collaboration intercommunale. Ce n'est que plus tard que se pose la question de savoir si les compétences attribuées à un organe communal sont inaliénables ou non.

L'exemple de l'aménagement du territoire en droit vaudois. – La question d'une régionalisation des compétences communales en matière de planification directrice représente un exemple illustratif des considérations qui précèdent. En effet, l'art. 17a de la loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions du 4 décembre 1985 (LATC VD)²⁷ prévoit que « le conseil général ou communal (...) adopte les plans régionaux ». Dans ce sens, l'art. 29a de cette même loi dispose que « les plans directeurs régionaux et communaux ainsi que les plans directeurs localisés sont soumis aux conseils communaux ou généraux ». Sur la base de ces deux dispositions légales, il serait théoriquement possible de partir de l'idée, en suivant une interprétation extrêmement littérale de la LATC VD, qu'une commune ne peut pas déléguer à une association de communes le pouvoir d'adopter ou d'adapter un plan directeur régional intercommunal dès lors que celui-ci est de la compétence du législatif communal²⁸. Cependant, une telle interprétation conférerait une portée inattendue au droit cantonal. À y regarder de plus près, l'adoption de l'art. 17a LATC VD ne tendait pas à empêcher l'adoption d'une planification régionale par une entité régionale²⁹. Bien au contraire serait-on tenté de dire, puisque

²⁵ BSK BV-MEYER (2015), N 24 ad art. 50 Cst.; MEYER (2011), p. 211.

²⁶ Dans le même sens, Komm. KV ZH-MÜLLER A. (2007), N 11 s. ad art. 98 Cst. ZH.

²⁷ RSV 700.11.

²⁸ C'est une interprétation qu'a soutenue GRISEL il y a un peu plus de dix ans – sans la motiver de manière approfondie – dans un avis de droit (cf. GRISEL [2002], p. 3) et que soutiendrait le Service du développement territorial du canton de Vaud (information fournie oralement par le bureau du Schéma directeur de l'Ouest lausannois [SDOL]).

²⁹ En fait, jusqu'alors, la loi ne contenait simplement pas de prescription définissant les compétences du conseil général ou communal en la matière (cf. CONSEIL D'ÉTAT VD [2003], p. 6578).

l'article avait été introduit en même temps qu'un renforcement de la planification régionale³⁰. Surtout, l'art. 119 al. 1 de la LC VD pose, lui, la règle selon laquelle « le conseil [intercommunal] joue dans l'association [de communes] le rôle du conseil général ou communal dans la commune ». Quant à l'art 112 al. 1 LC VD, il dispose que « les communes peuvent collaborer sous la forme d'une association de communes pour accomplir ensemble des tâches de compétence communale », sans exclure les tâches communales les plus emblématiques. Dès lors, il ne semble pas exclu de déléguer à une association de communes – et plus précisément à un conseil intercommunal – la compétence d'adopter ou d'adapter un plan directeur régional, à la place des conseils généraux et communaux dont il exerce les fonctions par représentation. Considérer le contraire revient à procéder à une interprétation étroite du droit cantonal, peu respectueuse de l'autonomie organisationnelle des communes vaudoises³¹.

2. Les règles cantonales limitant la régionalisation intercantonale

La problématique. – On pourrait supposer que les conventions organisatrices intercantionales doivent uniquement respecter les limites posées par le droit fédéral, étant donné que le droit cantonal – même lorsqu'il est de rang constitutionnel – est en principe inférieur au droit intercantonal (sur la question, *supra* N 358 ss). Une telle supposition est toutefois erronée : l'intercantonalisation de tâches étatiques doit bel et bien respecter les limites fixées par le droit cantonal.

629

Comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse, les conventions intercantionales intergouvernementales ne priment pas forcément la constitution cantonale. Par ailleurs et surtout, l'acte d'approbation parlementaire d'une convention intercantonale, en tant qu'acte cantonal, doit lui aussi respecter le cadre fixé par le droit cantonal supérieur, en particulier celui consacré par le droit constitutionnel cantonal (voir *supra* N 364). À cet égard, la problématique du respect du droit cantonal concerne non seulement la forme et la procédure d'adoption de l'acte d'approbation (*infra* Chapitre 13), mais également le contenu de celui-ci³².

³⁰ CONSEIL D'ÉTAT VD (2003), p. 6560 : « Une nouvelle génération de plans directeurs doit voir le jour. (...) Il s'agit d'encourager l'établissement des plans directeurs régionaux qui prennent une place charnière. (...) Il s'agit de faire des choix dans les domaines qui concernent l'ensemble de la région. Ces choix doivent être consolidés à l'échelle régionale avec l'ensemble des partenaires concernés par l'aménagement du territoire, à savoir les communes, la région comme association de communes, le canton et les milieux associatifs. »

³¹ Le raisonnement est le même lorsqu'il s'agit de savoir si le droit cantonal, sans interdire une régionalisation dans son principe même, prescrit un type précis d'organisation intercommunale (*infra* N 721).

³² Aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 32 ad art. 48 Cst, selon lesquels la délégation de tâche ou de compétence à une organisation intercantonale s'examine « *primär nach dem jeweiligen kantonalen (Verfassungs-)Recht* ».

630 *L'importance des limites constitutionnelles cantonales.* – Compte tenu de ce qui précède, il est faux de retenir de manière lapidaire, comme le fait ZEHNDER dans sa thèse consacrée à la collaboration intercantonale, qu'en la matière, le droit cantonal, même de rang constitutionnel, serait « *nur bedingt von Bedeutung* »³³. On peut en effet imaginer une norme constitutionnelle qui, par exemple, interdirait tout transfert de compétences à une institution intercantonale³⁴. La question du respect des constitutions cantonales lors de projets de collaboration intercantonale s'est d'ailleurs déjà posée plusieurs fois en pratique et il est à parier qu'elle se posera encore maintes fois compte tenu du développement de la collaboration régionale.

L'exemple de la régionalisation des polices et des hôpitaux. – Comme nous l'avons déjà évoqué, les cantons du Jura et de Neuchâtel ont déjà envisagé la possibilité de fusionner leurs polices et leurs hôpitaux (*supra* N 7 et 200). MORITZ considère cependant qu'un développement de la collaboration entre le canton du Jura et d'autres cantons dans le domaine sécuritaire et sanitaire pourrait heurter la constitution cantonale jurassienne. Il se fonde sur l'art. 54 Cst. JU qui confie au canton et aux communes jurassiennes le mandat d'assurer l'ordre public sur leur territoire et sur l'art. 26 al. 3 Cst. JU qui prévoit que le canton doit confier la gestion du système hospitalier à un établissement de droit public. Cet auteur – qui n'exerce pas moins que la fonction de président de la Cour constitutionnelle jurassienne – juge que la première disposition attribue « une compétence exclusive à l'État et aux communes de maintenir l'ordre public, étant sous-entendu qu'une telle mission ne peut être dévolue à d'autres collectivités publiques ou privées, ni à des personnes privées »³⁵. De même, selon lui, la seconde disposition constitutionnelle devrait *a priori* être interprétée comme excluant la « transformation de l'établissement actuel de droit cantonal en une institution intercantonale »³⁶. Cette interprétation extensive pourrait conduire à considérer que l'union de la police cantonale jurassienne avec son homologue neuchâteloise ou la création d'un réseau hospitalier de l'arc jurassien serait contraire à la Constitution jurassienne, dans la mesure où une éventuelle police intercantonale, respectivement un éventuel hôpital interjurassien prendrait la forme d'un établissement autonome de droit public intercantonal.

631 *L'interprétation des limites constitutionnelles imprécises.* – En pratique, les cas où l'on a finalement admis que le droit constitutionnel cantonal interdisait la mise en place d'une organisation intercantonale – même extrêmement avancée – dans un domaine spécifique sont restés rares³⁷. La plupart du temps, les autorités politiques cantonales ont eu la tendance de procéder à une interprétation large du droit constitutionnel cantonal et de retenir qu'une collaboration intercantonale était possible sans modification constitutionnelle préalable. Il est

³³ ZEHNDER (2007), p. 227; cf. aussi ZRK (2003), p. 9.

³⁴ DOMINICÉ (1969), N 87.

³⁵ MORITZ (1997), N 1 ad art 54 Cst. JU; voir aussi *supra* N 264.

³⁶ MORITZ (2002), N 143 ad art. 77 et 78 Cst. JU.

³⁷ Voir le cas exceptionnel du Tribunal pénal des mineurs interjurassien, *infra* N 691.

vrai qu'il est souvent possible de considérer que les dispositions constitutionnelles cantonales sont trop vagues et évasives pour empêcher un projet de collaboration.

Les exemples des hautes écoles et des polices intercantionales. – Ainsi, certains membres de la dernière Assemblée constituante du canton de Bâle-Ville avaient craint que l'art. 21 Cst. BS qui prévoit à ce jour que le canton doit « gérer » une université empêcherait la création d'une université intercantionale³⁸. Rien n'y a fait puisqu'on a finalement considéré que la formulation de cette disposition signifiait simplement que le constituant bâlois laissait à l'État la liberté de choisir les moyens qu'il entendait mettre en œuvre pour accomplir des tâches de recherche et d'enseignement universitaires et, le cas échéant, le laissait libre de s'associer avec le canton de Bâle-Campagne à cette fin³⁹. Selon un même raisonnement, on pourrait soutenir, quoi qu'en disent certains (*supra* N 630), que la création d'une police intercantonale pour les cantons de l'arc jurassien ne serait pas forcément contraire à l'art. 54 de la constitution cantonale jurassienne. La formulation de cette disposition selon laquelle « [l']État et les communes assurent l'ordre public, la sécurité et la tranquillité » pourrait être interprétée en ce sens que le constituant jurassien laisse à l'État la liberté de choisir les moyens qu'il entend mettre en œuvre pour accomplir cette tâche⁴⁰.

La portée de l'encouragement à la collaboration intercantonale. – L'autre solution pour justifier la conformité au droit constitutionnel consiste à considérer qu'à défaut de disposition expresse excluant la délégation d'une tâche à un organe intercantonal ou à autre canton, celle-ci est possible dès lors que la constitution cantonale encourage la collaboration régionale⁴¹. Cela sera souvent le cas, car, généralement, rien n'indiquera qu'au moment d'édicter la constitution, le constituant ait songé à exclure des organismes responsables intercantonaux.

632

³⁸ Voir M. Christ, in: Wortprotokoll n° 34 des Verfassungsrates des Kantons Basel-Stadt, Séances des 23 et 25 novembre 2004, p. 51: « *Ich glaube nicht, dass es möglich wäre, ohne tiefes Grübeln in den Materialien eine Universität beider Basel zu haben, an der sich der Kanton massgeblich beteiligt, wenn in unserer Verfassung als Auftrag steht: "Der Kanton betreibt eine Universität."* » Il aurait plutôt fallu, selon eux, prévoir que le canton devait « soutenir » une université.

³⁹ M. Gysin, in: Wortprotokoll n° 34 des Verfassungsrates des Kantons Basel-Stadt, Séances des 23 et 25 novembre 2004, p. 51.

⁴⁰ Voir CODIR PAJ JU/NE (2013), p. 43. La Constitution fédérale fixe elle-même régulièrement certains objectifs s'agissant de l'exécution de certaines tâches par la Confédération et par les cantons, tout en soulignant que la collaboration, voire la création d'organes intercantonaux communs représentent l'un des moyens d'atteindre ces objectifs (cf. art. 62 al. 1 et 2 Cst.; à ce sujet, SCHEFER/BRÜEGGER [2015], p. 230).

⁴¹ Dans le même sens, DOMINICÉ (1969), N 88; aussi REGIERUNGSRAT LU (2005), p. 110, où l'exécutif lucernois souligne que la création de commissions interparlementaires – même aux compétences larges apparemment – est possible au sens de la constitution cantonale qui ne l'exclut pas en prévoyant que le canton « collabore avec les autres cantons » (art. 5 al. 4 Cst. LU).

L'exemple des commissions interparlementaires de surveillance. – C'est un peu le raisonnement qu'a suivi le Conseil-exécutif bernois lorsqu'il a fallu déterminer si les art. 14 et 15 ACI, qui imposent la création d'organismes intercantonaux de surveillance lors de la création d'organismes communs au sens de l'ACI, contrevenaient aux art. 95, al. 3, et 78 ConstC BE qui, eux, prévoient que la surveillance et la haute surveillance sur les organisations autonomes chargées de tâches publiques sont exercées par le Conseil-exécutif, respectivement par le Grand Conseil directement⁴². Il aurait pu y avoir divergence entre ces dispositions et l'ACI dans la mesure où cet accord intercantonal prévoit que la surveillance et la haute surveillance sur les organismes responsables communs sont exercées non seulement par le Conseil-exécutif et le Grand Conseil, mais aussi par des organes intercantonaux. Le Conseil-exécutif a cependant retenu que rien ne permettait de conclure que le constituant ait voulu que, lors de la création d'une organisation intercantonale, la surveillance soit exercée par le Conseil-exécutif uniquement et que la haute surveillance le soit par le Grand Conseil à titre exclusif. C'est pourquoi, selon lui, il fallait voir là « une lacune qui d[é]vait être comblée dans l'esprit des appréciations et objectifs qui sous-tend[ai]ent ces dispositions ». En l'occurrence, le but des dispositions constitutionnelles cantonales était de doter le canton de « moyens d'influence quand il prend part à d'autres organisations chargées de tâches publiques » et les art. 14 et 15 ACI étaient conformes à cet objectif dans la mesure où ils prévoyaient la possibilité des cantons de prendre part à la surveillance.

633 *Le contrôle politique du respect de la constitution.* – Le fait que les gouvernements et les parlements cantonaux aient jusqu'à présent choisi de procéder à une interprétation large de la constitution de leur canton ne dérange pas en soi. C'est à eux qu'appartient en premier d'interpréter le cadre constitutionnel, lequel leur laisse par définition une certaine marge de manœuvre et d'appréciation politique.

Ce qui est plus gênant est que, sur un plan juridique, la prise de risque est souvent minime pour les autorités cantonales, qui peuvent donc négliger – consciemment ou inconsciemment – des limites constitutionnelles claires ou adopter des interprétations contradictoires, ce qu'elles font d'ailleurs régulièrement, comme nous le verrons encore plus loin dans la présente thèse (pour des exemples, *infra* N 691, 1071 et 1142). Actuellement, compte tenu de la primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal, le contrôle de conformité à la constitution cantonale d'une organisation intercantonale ne peut pas (forcément) intervenir de manière concrète et subséquente à la ratification de la convention qui la fonde.

634 *Le contrôle juridictionnel du respect de la constitution.* – Ce n'est en effet que dans une mesure limitée que le choix entre l'une ou l'autre forme d'interprétation de la constitution cantonale peut être remis en question devant une autorité judiciaire.

⁴² Cf. CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2006/I), p. 4.

Un recours pour violation des droits politiques n'est assurément recevable que dans les cantons – comme Berne, Vaud, Jura et Neuchâtel – où le constituant cantonal a expressément admis que les conventions intercantionales pouvaient déroger à la constitution cantonale, tout en ayant parallèlement reconnu un droit de référendum obligatoire contre elles (sur la question, *supra* N 361 et 462 ss et *infra* N 1069 et 1074).

Un recours abstrait contre l'acte d'approbation n'est quant à lui possible, à coup sûr, que dans les cantons qui connaissent une juridiction constitutionnelle cantonale, comme le canton de Genève, où les recourants pourront se plaindre devant cette instance judiciaire qu'un acte d'approbation viole une norme constitutionnelle cantonale (*supra* N 255).

Dans les autres cantons, comme le canton de Fribourg et celui du Valais, qui ne connaissent pas le référendum conventionnel obligatoire, ni de juridiction constitutionnelle cantonale, on peut tout au plus se demander, en l'absence de jurisprudence sur la question, si le Tribunal fédéral considérerait qu'il est possible pour un justiciable de déposer, directement devant lui, un recours contre l'un acte d'approbation d'une convention intercantonale en invoquant la violation de la constitution cantonale. La question reste pour l'heure ouverte, même si nous soutiendrons, en fin de thèse, que de telles voies de recours devraient être reconnues *de lega lata* par les juges de Lausanne (*infra* N 1143).

II. Les tâches publiques « régionalisables »

La problématique. – Comme nous l'avons vu, la question de savoir quelle tâche publique peut faire l'objet d'une régionalisation – que celle-ci soit intercantonale ou intercommunale – ne fait le plus souvent l'objet d'aucune réglementation expresse. Quant aux principes constitutionnels généraux qui pourraient entrer en conflit avec le développement de la régionalisation, ils doivent être interprétés en tenant compte des autres règles constitutionnelles qui, elles, protègent ou favorisent l'exercice de l'autonomie organisationnelle externe des cantons ou des communes.

À partir de là, il convient de chercher à définir les possibilités et les limites de la régionalisation des tâches publiques en interprétant et en appliquant le cadre constitutionnel fédéral ou cantonal en vue d'aboutir, notamment, à des solutions qui correspondent aux nécessités politiques et à une certaine « concordance pratique » entre les différentes dispositions constitutionnelles.

Plan. – Dès lors, après avoir rappelé l'évolution juridique et politique qui entoure le phénomène de la régionalisation de l'exécution des tâches publiques (A), nous nous proposons d'examiner l'une des manières dont il conviendrait d'examiner la constitutionnalité du phénomène de l'organisation régionale conventionnelle, en l'occurrence au cas par cas en fonction de son objet, de ses

635

636

caractéristiques et de son intérêt (B). Pour illustrer notre propos, nous tenterons enfin d'appliquer notre thèse dans trois domaines différents où la régionalisation pourrait être appelée à se développer malgré – ou compte tenu de – l'importance de la tâche pour les collectivités concernées (C).

A. Quelques considérations préliminaires

637 *En général.* – L'interprétation et l'application du droit – et en particulier celle du droit constitutionnel – doivent prendre en considération l'évolution des besoins et des pratiques politiques. Il s'agit de tenir compte des modifications constitutionnelles et d'envisager une interprétation contemporaine du droit constitutionnel, mais également de prendre en considération l'évolution de la pratique dans l'interprétation de ce même droit afin, notamment, d'arriver à des solutions juridiques raisonnables sur le plan politique (*supra* N 256 ss). Cette façon de procéder s'impose – et ce de manière toute particulière serions-nous tentés de dire – dès lors que l'on entend fixer des limites juridiques à l'exécution de tâches cantonales ou communales par des organisations régionales conventionnelles. Elle conduit à apprécier la problématique politico-juridique de la constitutionnalité de la collaboration intercantonale et intercommunale sous un angle différent que celui qui aurait pu prévaloir il y a quelques décennies⁴³.

638 *L'évolution de l'intérêt à collaborer.* – Tout d'abord, comme nous l'avons développé en première partie de thèse, l'action étatique ne peut plus forcément être efficace et efficiente sans collaboration intercantonale et intercommunale. Les cantons et les communes doivent non seulement remplir davantage de tâches que par le passé, mais, surtout, l'exécution de celles-ci est devenue plus compliquée dans un monde interdépendant, du fait que de nombreux problèmes que les cantons et les communes ont à résoudre dépassent les frontières politiques. À cela s'ajoute que l'on exige d'eux qu'ils remplissent toujours mieux leurs tâches et à un coût moindre, ce qui les contraint à envisager des collaborations innovantes (*supra* N 23 ss).

Sur la base de ce constat, il nous semble qu'il convient de faire preuve d'une certaine souplesse s'agissant des délégations de pouvoirs ou de tâches opérées par les cantons ou les communes au profit d'organisations régionales conventionnelles, au regard notamment des bénéfices que la population peut tirer d'une

⁴³ Nous avons déjà exposé une partie des considérations qui suivent dans un article publié en 2015 et intitulé *La régionalisation des tâches publiques entre difficultés financières et préservation de l'autonomie cantonale et communale*, (voir JEANNERAT [2015], p. 88-91).

intégration régionale poussée dans certains domaines⁴⁴. Une interprétation restrictive du droit constitutionnel aboutirait à une solution peu raisonnable sur le plan politique.

L'évolution de la pratique politique. – Comme nous l'avons déjà évoqué également, la réalité et la pratique se distancient en principe – et ont toujours plus tendance à le faire – d'une perception restrictive de la souveraineté cantonale ou de l'autonomie communale qui serait centrée sur une exécution indépendante des tâches et des services publics (*supra* N 277 ss et 302). 639

À titre illustratif, toujours plus de petites communes vont jusqu'à déléguer leur administration à des communes voisines. En outre, quelques législateurs cantonaux reconnaissent aujourd'hui à des organismes intercommunaux le droit de se charger – du moins partiellement – de la planification locale (*infra* N 665 et 673)⁴⁵. On peut aussi voir dans la tendance des constituants cantonaux de prévoir la possibilité de conclure des conventions intercantionales contraires à la constitution ou de « rang constitutionnel » la volonté de permettre une intercantonalisation portant sur des domaines centraux (*supra* N 361)⁴⁶. D'ailleurs, alors même que la collaboration policière s'est largement intensifiée ces dernières années au niveau intercantonal, il existe aujourd'hui des projets de fusion de polices cantonales (sur la question, *supra* N 7 et 20).

Ce ne sont là que quelques exemples d'une pratique politique et législative – voire constitutionnelle – qui fait preuve de souplesse quant à la question de l'exécution régionalisée de tâches cantonales ou communales dont le juriste constitutionnaliste ne peut faire totalement fi, comme le soulignait DOMINICÉ en 1969 déjà à propos de la collaboration intercantonale :

« [I]l nous paraît que les constructions helvétiques sont inspirées bien davantage du souci d'une d'adaptation souple aux besoins du moment que de théories ou de principes généraux, et aussi parce que, si la doctrine du fédéralisme coopératif mérite d'être élaborée, ce ne peut être qu'à partir des données concrètes, des habitudes et des pratiques développées dans un milieu social déterminé. »

L'évolution de la doctrine juridique. – Ces différentes évolutions ont conduit la doctrine à considérer majoritairement, de manière pragmatique, qu'aujourd'hui, toutes les tâches publiques sont en soi régionalisables⁴⁷. Les conven- 640

⁴⁴ Dans ce sens, s'agissant de la collaboration intercantonale, MARTENET (1999), p. 285.

⁴⁵ Cf., sur la question des plans d'affection spéciaux intercommunaux, JEANNERAT (2012), p. 21 s.

⁴⁶ Dans ce sens BRUNNER (2000), p. 154.

⁴⁷ Aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.

tions peuvent donc concerner n'importe quel domaine de compétence cantonale, le cas échéant dans son entier⁴⁸. À cet égard, il importe peu qu'une éventuelle régionalisation n'emporte avec elle qu'une mise en commun de compétences administratives ou, alors, qu'elle nécessite également un exercice commun de certaines fonctions législatives et judiciaires⁴⁹. L'inadmissibilité de délégation de tâches ne saurait être fixée de manière abstraite, mais elle doit l'être au cas par cas, en fonction de l'ensemble des circonstances⁵⁰. L'importance et l'étendue de la tâche dont l'exécution est régionalisée sont assurément des critères pertinents pour en juger. Il convient toutefois de les relativiser en fonction d'autres critères comme la forme juridique et les règles de fonctionnement de l'organisation régionale.

Les quelques opinions qui soutiennent que la création d'une organisation policière commune à plusieurs cantons serait inconstitutionnelle⁵¹, tout comme la délégation des tâches d'administration communale à une autre commune⁵², et qui ne font pas « grand cas » de l'autonomie organisationnelle et de la liberté de collaborer pourtant garantie aux cantons et aux communales, ne semblent pas – ou plus – tenables, du moins de manière aussi abstraite et catégorique (pour ces exemples, *infra* N 663 ss)⁵³. Nous pouvons d'ailleurs reprendre, à ce stade de la thèse, un extrait de celle de BRUNNER, publiée en 2000 et intitulée

⁴⁸ ZEHNDER (2007), p. 211 et 213; aussi KNAPP/RUCH/SCHWEIZER (1997), p. 29, selon lesquels l'art. 48 al. 1 Cst. aurait dû préciser que les conventions intercantionales peuvent porter sur tous les objets relevant de la compétence cantonale.

⁴⁹ MARTENET (1999), p. 286.

⁵⁰ BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.; ZEHNDER (2007), p. 214; TANQUEREL (2001), p. 27 s.; BRUNNER (2000), p. 128 et 135 s.; VOGEL (2000), p. 558; MARTENET (1999), p. 285; BORTER (1976), p. 88; DORMANN (1970), p. 47 s. Cela inclut en plus des aspects exposés ci-après l'ensemble des collaborations existantes de même que la problématique du droit de dénonciation de la convention intercantonale ou intercommunale fondant la collaboration (cf. notamment ABDERHALDEN [1999], p. 181; DORMANN [1970], p. 47).

⁵¹ Cf. HÄFELIN (1969), p. 662: « *Die Überlassung eines gesamten Verwaltungszweiges an eine mit umfassenden Entscheidungsbefugnissen ausgestattete interkantonale Behörde würde dem zwingenden Charakter widersprechen, mit dem die Bundesverfassung den Kantonen die Verantwortung für den kantonalen Kompetenzbereich übertragen hat. Die Errichtung einer gemeinsamen Polizei- oder Gerichtsorganisation durch mehrere Kantone wäre geradezu ein Schritt zu einem Staatenbund innerhalb des Bundesstaates.* » Voir aussi DORMANN (1970), p. 47, qui évoque également l'intercantonalisation de l'éducation.

⁵² REGIERUNGSRAT ZH (2013/I), p. 143: « *Die Gemeinde darf sich nicht ihrer gesamten operativen Tätigkeit entäussern, demokratische Entscheidungsverfahren ausschalten und zur organisatorischen Hülle verkommen. Sie könnte auch nicht die gesamte Gemeindeverwaltung auf eine andere Gemeinde oder auf einen Privaten übertragen; eine wirksame politische Gestaltung und Steuerung erfolgen im engen Austausch zwischen Gemeindevorstand und gemeindeeigenem Personal, das seinen unmittelbaren Weisungen untersteht.* »

⁵³ BRUNNER (2000), p. 192.

Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantonaler Zusammenarbeit, dont la pertinence s'est encore vue largement renforcée par les diverses révisions constitutionnelles et légales intervenues ces quelque quinze dernières années⁵⁴ :

« Während die Lehre bisher eine diesbezügliche Beschränkung auf einzelne, untergeordnete (Teil-)Aufgaben feststellte ist der Spielraum, so die hier vertretene Ansicht, mit der neuen Bundesverfassung erweitert worden. Weiter ist die Bestimmung der Grenze des Zulässigen weniger mit der einzelnen Aufgabenübertragung zu verknüpfen, vielmehr müsste die Beurteilung anhand einer Gesamtsicht der Kooperationsbeziehungen des betroffenen Kantons erfolgen und die Ausgestaltung der jeweiligen Mitbestimmungsrechte einbeziehen. »

B. Les critères d'examen de constitutionnalité

Introduction. – Nous l'avons déjà expliqué : au sens du droit constitutionnel positif, les possibilités et les limites de la délégation régionale de tâches ne sauraient être fixées de manière abstraite, mais doivent l'être au cas par cas, en fonction de l'ensemble des circonstances. L'objectif est de parvenir à une solution respectant une « concordance pratique » entre les différents principes constitutionnels concernés par l'intensification de la régionalisation conventionnelle. La pratique et la doctrine ont développé à cet égard quelques critères d'examen que la présente thèse tente d'organiser de manière schématique en vue de la pesée des intérêts rendue nécessaire par la recherche d'une telle concordance pratique.

641

En l'occurrence, la pesée des intérêts en question suppose, avant tout, d'évaluer l'importance des compétences déléguées à l'organisation régionale commune ou, alors, à un autre canton ou une autre commune, c'est-à-dire d'apprécier, de manière abstraite, l'importance de l'atteinte portée à la souveraineté cantonale ou à l'autonomie communale par un projet de collaboration (1). Il faut ensuite examiner les moyens de participation dont chaque canton ou chaque commune jouit au sein de l'organisation régionale conventionnelle et qui lui permettent d'influer sur son fonctionnement (2). Cette deuxième étape permet de relativiser l'atteinte portée par un projet de collaboration à la souveraineté cantonale ou à l'autonomie communale et de l'évaluer concrètement, étant précisé que la troisième et dernière consiste à estimer si cette atteinte se voit compensée – ou légitimée – par un intérêt public suffisamment important (3).

⁵⁴ *Ibidem.*

1. 'importance des tâches et des compétences déléguées

642 *En général.* – Les cantons et les communes peuvent assurément envisager de s'organiser de manière intercantonale et intercommunale en vue de l'exécution de n'importe quelle tâche publique. Il n'en demeure pas moins que la constitutionnalité d'un tel procédé organisationnel s'appréciera plus ou moins sévèrement selon le type de la tâche déléguée et selon l'étendue des pouvoirs cédés en vue d'une telle régionalisation. Il n'est même pas exclu que, dans certaines situations, une délégation trop importante de compétences dans un domaine donné conduise à considérer que cette régionalisation est en soi anticonstitutionnelle.

643 *L'interdiction d'une délégation ouverte ou générale.* – Évidemment, l'examen de ce premier critère de constitutionnalité suppose que l'on puisse déterminer de manière précise quelles tâches feront ou pourront faire l'objet d'une exécution régionale. Il est donc impossible, par définition, de donner un « chèque en blanc » à une organisation régionale conventionnelle en lui reconnaissant un but très large ou ouvert et ainsi permettre à l'un de ses organes de choisir les tâches dont elle entend se charger⁵⁵. Un tel procédé – qui, pour certains auteurs de doctrine, revient à créer un quatrième niveau étatique compte tenu du pouvoir cédé à l'organisation régionale (sur la définition, *supra* N 329 et 334)⁵⁶ – représente évidemment un abandon trop grand de souveraineté cantonale ou d'autonomie communale, dans la mesure où une collectivité publique ne peut céder son pouvoir de décider elle-même si elle entend organiser l'une de ses tâches à un niveau régional, aussi infime cette tâche soit-elle (*supra* N 313).

Instituer des organisations régionales dont le but ne serait pas clairement défini au moment de leur création et qui pourraient, pour reprendre l'expression de JENNY, « *ein Eigenleben entfalten* » en choisissant les tâches qu'elles entendent exécuter⁵⁷, viole aussi les principes de légalité et de spécialité que doit respecter toute forme de décentralisation, même coopérative (*supra* N 430 s.).

Quelques exemples pratiques. – La pratique n'est pas toujours respectueuse de cette règle. Le droit cantonal souligne certes régulièrement qu'une décentralisation coopérative – notamment lorsqu'elle a lieu au profit d'une association de communes – ne peut porter que sur « certaines » tâches ou sur des tâches « déterminées »⁵⁸. Il est malgré tout

⁵⁵ Dans le même sens, pour la collaboration intercantonale entre autres, ZEHNDER (2007), p. 215; HÄNNI (1998), p. 665; DORMANN (1970), p. 47; pour la collaboration intercommunale, CONSEIL D'ÉTAT NE (1979), p. 2000; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1977; MEYLAN (1972), p. 169.

⁵⁶ Voir MÄCHLER (1989), p. 161; JAGMETTI (1972), N 301.

⁵⁷ JENNY K. (1984), p. 289.

⁵⁸ Voir, par exemple, art. 113 al. 1 Cst. JU; art. 121 et art. 123 LCom JU; art. 110 al. 2 ConstC BE; art. 61 al. 1 LAC GE; art. 66 al. 1 LCo NE.

fréquent que le catalogue des tâches des associations intercommunales fasse l'objet d'une description extrêmement ouverte selon la convention organisatrice régionale⁵⁹. Comme l'a relevé la Cour des comptes vaudoise dans un rapport rendu en 2016, il existe souvent une confusion entre le but poursuivi par l'association et les tâches assumées par cette dernière (le but est de répondre à une exigence légale par rapport à l'exécution d'une tâche publique, alors que les tâches représentent les actions spécifiques à mener pour répondre à ce but)⁶⁰. Les tâches ne sont par ailleurs pas détaillées dans plusieurs cas. Ainsi en va-t-il de l'art. 5 al. 1 de la convention organisatrice du Conseil régional du district de Nyon – constitué sous la forme d'une association de communes – qui prévoit que « [t]outes les tâches régionales ou d'intérêt régional relevant de la compétence des communes peuvent être confiées à l'association ». Une telle clause ne saurait évidemment produire l'effet juridique d'autoriser le Conseil régional à prendre des mesures dans des domaines non clairement définis par les statuts⁶¹. De même, en 2013, l'association de communes de l'Entlebuch (*Regionalverband UNESCO Biosphäre Entlebuch*) a tenté de faire réviser la convention organisatrice qui l'instituait afin de lui permettre de remplir toutes les tâches régionales nécessitant une collaboration intercommunale⁶². À notre sens, cette révision, qui a échoué aux urnes, n'aurait de toute façon pas dû être approuvée par le canton.

Le type de la tâche régionalisée. – La question de la constitutionnalité d'une organisation régionale conventionnelle dépend aussi du domaine qui est concerné par celle-ci.

644

Par exemple, l'atteinte portée à la souveraineté cantonale ou à l'autonomie communale apparaît *a priori* importante lorsque la régionalisation porte sur une tâche relevant d'une compétence propre – et traditionnelle – des cantons, respectivement des communes (pour des exemples, *infra* N 663 ss). Il en va également ainsi lorsque la régionalisation nécessite la cession de nombreuses ressources financières et humaines, notamment lorsqu'elle porte sur un service administratif important en termes de personnel. Il nous semble qu'il conviendrait dans ces cas-là d'examiner avec une certaine sévérité la pesée des intérêts qui sous-tend l'examen de constitutionnalité de la régionalisation projetée ou opérée. Il peut en aller autrement si la régionalisation porte sur un service nouveau que les cantons et les communes concernés ne remplissaient pas ou ne fournissaient pas jusqu'alors. Aucune sévérité ne se justifie non plus lorsque le projet

⁵⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1977.

⁶⁰ Cf. COUR DES COMPTES VD (2016), p. 20; pour un exemple jurassien, voir l'art. 2 du règlement d'organisation du syndicat intercommunal du district de Porrentruy du 24 novembre 2009, qui prévoit que le syndicat a pour but d'« assurer la gestion de services régionaux communs » et de « traiter tout projet d'intérêt régional ».

⁶¹ GRISEL (2002), p. 4 s.

⁶² Voir l'art. 2 du projet de statuts du Regionalverband UNESCO Biosphäre Entlebuch, du 23 mai 2013, selon lequel « [d]er Verband fördert die regionale Zusammenarbeit und vertritt regionale Anliegen nach aussen », qu'il « löst die ihm von Mitgliedsgemeinden übertragenen regionalen Aufgaben » et qu'il « kann durch Beschluss der Delegiertenversammlung weitere Aufgaben übernehmen ».

de régionalisation concerne une tâche qui relève d'une compétence déléguée dans un domaine où les cantons et les communes ne jouissent que de peu d'autonomie, compte tenu, notamment, du cadre juridique fixé par le droit supérieur.

645 *Les pouvoirs et les compétences effectivement délégués.* – Le domaine concerné par la régionalisation ne permet bien entendu pas à lui seul de déterminer l'importance de celle-ci. Il convient également d'apprécier l'« atteinte » portée à l'autonomie cantonale ou communale dans le domaine en question en fonction des compétences véritablement déléguées. Il s'agit en quelque sorte d'examiner s'il l'on se trouve face à une régionalisation complète ou, seulement, partielle des compétences cantonales ou communales dans un domaine donné. Une décentralisation coopérative qui consiste en la délégation de compétences purement administratives à une entité régionale ou à une autre collectivité publique s'apprécie, par exemple, avec plus de souplesse qu'une décentralisation qui entraîne la délégation de compétences réglementaires et/ou financières importantes, ce spécialement si la régionalisation en question concerne une tâche qui relève de l'administration de restriction.

646 *La réversibilité de la délégation.* – L'importance de la délégation de compétences qu'entraîne l'exécution régionalisée d'une tâche s'examine au surplus sous un angle temporel. La fixation d'un long délai de dénonciation de la convention qui fonde la délégation en cause entraîne par exemple une plus forte limitation de la souveraineté cantonale ou de l'autonomie communale que la fixation d'un délai relativement bref. Comme nous l'examinerons en détail plus loin dans la présente thèse, la fixation d'un délai excessivement long ou de conditions de dénonciation excessivement restrictives – voire l'interdiction de toute dénonciation unilatérale d'une convention – devrait même conduire à elle seule à la conclusion que l'on se trouve face à une violation anticonstitutionnelle de la souveraineté cantonale ou de l'autonomie communale (*infra* N 1108 ss).

Inversement, le fait qu'une convention organisationnelle soit dénonçable à court terme permet de relativiser l'atteinte portée à la « souveraineté » cantonale ou à l'autonomie communale, même si la tâche déléguée est en elle-même importante. C'est en tout cas ce qu'a déjà considéré le Tribunal fédéral dans un arrêt où il a relevé que la création d'une association de communes ne portait pas une atteinte inadmissible à l'autonomie communale – même si les communes partenaires cédaient une part importante de celle-ci à cette organisation – dès lors que ces mêmes communes pouvaient s'en retirer⁶³.

⁶³ ATF 113 Ia 200, consid. 2a: « *Auch wird der Grundsatz der Autonomie der Gemeinde nicht dadurch beeinträchtigt, dass mit der Gründung eines Zweckverbandes die beteiligten Gemeinden tatsächlich einen Teil ihrer Autonomie auf den Zweckverband übertragen; die Gemeinden sind grundsätzlich frei, im Rahmen der restriktiven Bestimmungen der Statuten aus einem Zweckverband wieder auszutreten.* »

Bien entendu, l'argument ne vaut que pour autant qu'une dénonciation à court terme n'entraîne pas des difficultés pratiques insurmontables qui rendent en réalité cette faculté illusoire. Il peut donc s'agir, le cas échéant, davantage d'examiner la question de la réversibilité réelle de la régionalisation en cause que de se concentrer uniquement sur la dénonçabilité de la convention qui la fonde⁶⁴.

Le cumul de délégations : le principe. – Enfin, il est évident que plusieurs tâches différentes peuvent être déléguées simultanément ou consécutivement à une même organisation régionale, respectivement à un autre canton ou une autre commune, étant précisé que les tâches déléguées n'ont même pas besoin, sur le principe, de présenter un lien de connexité⁶⁵. La question délicate reste de savoir si le développement consécutif des mécanismes de collaboration régionale – qui, considérés séparément, seraient en soi parfaitement constitutionnels – pourrait entraîner, par effet cumulé, une atteinte inconstitutionnelle à la « souveraineté » cantonale ou à l'autonomie communale, comme le considèrent certains auteurs⁶⁶. 647

Sur un plan théorique, il faut répondre par l'affirmative, car il est vrai que les cantons et les communes ne doivent pas devenir de simples « *holding* » détenant uniquement des droits de participation au sein d'organisations intercantionales ou intercommunales ; ils doivent bien conserver certains domaines de compétences qu'ils exercent de manière indépendante. Sans compétences propres, l'échelon communal ne se justifierait plus (*supra* N 309). De même, l'interdiction de procéder à une fusion de cantons ou de créer un quatrième niveau étatique sans révision constitutionnelle fédérale ne devrait pas être contournée par la création d'une multitude d'institutions intercantionales entre plusieurs mêmes cantons (*supra* N 287)⁶⁷.

Le cumul de délégations : la critique. – Il n'en demeure pas moins difficile – pour ne pas dire impossible – d'apprécier les implications concrètes et pratiques des principes qui viennent d'être exposés, lequel doit assurément être appliqué avec retenue. 648

⁶⁴ Dans le même sens, SIEGRIST (1978), p. 140 s.; BORTER (1976), p. 89.

⁶⁵ Voir, par exemple, art. 116 al. 1 LCo VS; ZEHNDER (2007), p. 217, qui évoque la possibilité de regrouper le vétérinaire cantonal, le chimiste cantonal et le pharmacien cantonal sous un même toit intercantonal. On rappellera cependant ici que, dans la mesure où une convention organisatrice soumise à scrutin populaire devrait mettre sur pied une exécution régionalisée de plusieurs tâches différentes, elle devrait respecter l'unité de la matière (voir sur la question toutefois N 1064).

⁶⁶ Dans ce sens, s'agissant de la collaboration intercantonale, ZEHNDER (2007), p. 214; SIEGRIST (1978), p. 33 s. et 185 s.; BORTER (1976), p. 89, n. 1; pour la collaboration intercommunale, EICHENBERGER (1986), N 6 ad § 108 Cst. AG.

⁶⁷ JENNY (2008), p. 279.

Premièrement, on discerne difficilement à partir de quand la somme de différentes collaborations régionales – qui, prises séparément, s'avèreraient parfaitement constitutionnelles – pourrait conduire à une violation du principe fédéraliste ou du principe d'autonomie communale, dès lors que le développement d'une collaboration régionale peut passer pour une manière d'améliorer, de fait, l'exercice effectif de l'autonomie des collectivités concernées. Deuxièmement, il semble bien que le droit fédéral et le droit cantonal encouragent le développement de coopérations régionales conventionnelles dans une multitude de domaines, sans avoir jamais craint de favoriser le développement d'un quatrième niveau étatique qu'il convient de qualifier, pour l'heure encore, d'« embryonnaire », à tout le moins au niveau intercantonal⁶⁸. Troisièmement, l'un des intérêts du développement de la collaboration régionale conventionnelle consiste précisément à préparer ou, du moins, à favoriser l'avènement des réformes territoriales qui s'avèrent nécessaires en Suisse. À partir de là, le constat qu'un projet de collaboration constitue l'énième prémisse d'une fusion de cantons et de communes ne doit donc pas conduire, à lui seul, à l'inconstitutionnalité dudit projet (sur la question, *supra* N 42).

649 *Le cumul de délégations : conclusion.* – Il appartient assurément aux cantons et aux communes de continuer d'exécuter certaines tâches de manière indépendante, si bien que l'admissibilité d'un projet de régionalisation conventionnelle doit être examinée avec une attention particulière lorsqu'il implique une collectivité qui a déjà délégué de très nombreuses tâches. Cela ne signifie toutefois pas qu'il est impossible de multiplier les collaborations intercantionales et intercommunales, dès lors qu'elles répondent à un intérêt public important. De fait, aujourd'hui, certaines associations de communes à vocation multiple sont devenues presque des « *Spezialgemeinde* »⁶⁹ sans qu'on n'y voie forcément de violation de l'organisation communale voulue par les constitutions cantonales.

2. Le système de gouvernance de l'organisation régionale

650 *En général.* – La régionalisation ne s'assimile pas totalement à une délégation de compétences ou de tâches au sens strict du terme. Elle consiste plutôt en l'exécution concertée ou commune d'une tâche publique dans un cadre institutionnel regroupant plusieurs cantons ou plusieurs communes. Cette finalité distingue la régionalisation des autres formes traditionnelles de décentralisation non coopérative, lesquelles visent généralement une autonomisation de l'activité ou de la tâche publique concernée. Nous avons déjà souligné ce fait lorsque

⁶⁸ Voir les propos du Professeur Andreas Auer, in: GRAND CONSEIL GE (2006), p. 26.

⁶⁹ FRIEDERICH (2013), N 288; cf. aussi OACOT BE (2000), p. 44 s.

nous avons abordé le modèle typique d'organisation intercantonale que constitue l'établissement autonome de droit intercantonal, lequel ressemble en règle générale davantage, sur un plan matériel, à une corporation de cantons qu'à un établissement autonome de droit cantonal (*supra* N 202 s.).

À partir de là, il convient de relativiser l'atteinte qu'un mécanisme de collaboration peut porter abstraitement à la « souveraineté » cantonale ou à l'autonomie communale en tenant compte des droits de participation dont peuvent jouir les cantons et les communes au sein de l'organisation régionale à laquelle ils appartiennent. Ces droits peuvent en effet compenser – à tout le moins en partie – la cession de compétences et de pouvoirs opérée⁷⁰.

La comparaison avec la fédéralisation des compétences cantonales. – Le raisonnement n'est pas sans rappeler celui qui a prévalu par le passé et prévaut encore lors de l'attribution de nouvelles compétences à la Confédération. La perte de compétences cantonales au profit de la Confédération a tendance à être compensée par l'octroi de droits de participation en faveur des cantons⁷¹. Cette forme de « compensation » – qui semble autoriser une centralisation de compétences en faveur du pouvoir fédéral – doit également permettre de relativiser, selon un raisonnement *a fortiori*, la perte d'autonomie juridique liée à la régionalisation des tâches, ne serait-ce que parce que l'un des objectifs de celle-ci est précisément d'éviter de nouvelles centralisations de compétences au niveau fédéral. En comparaison, lors de la régionalisation d'une tâche, un canton obtiendra généralement davantage de droits de participation au sein de l'organisation régionale à laquelle il appartiendra qu'il n'en recevrait en cas de centralisation de cette même tâche au niveau national⁷².

L'importance du type d'organisation régionale. – Logiquement, la constitutionnalité de la régionalisation s'apprécie de manière plus souple lorsque plusieurs collectivités publiques créent une entité commune afin d'exercer ensemble une tâche publique que lorsqu'elles choisissent de confier à l'une d'entre elles l'exécution d'une tâche publique pour le compte des autres (p. ex. convention d'adhésion intercommunale ou acquisition intercantonale de prestations ; voir *supra* N 130 ss, 185 et 204)⁷³. La première solution est en règle générale

651

⁷⁰ Dans ce sens en matière de collaboration intercantonale, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.; ZEHNDER (2007), p. 214; WALDMANN (2005/II), p. 30; BRUNNER (2000), p. 128; aussi, mais d'un avis plus nuancé, BORTER (1976), p. 111; en matière de collaboration intercommunale, CTA (2004), p. 28.

⁷¹ Cf., dans ce sens, WALDMANN (2009), p. 8; aussi BRUNNER (2000), p. 128.

⁷² REGIERUNGSRAT ZH (2006), p. 2: « *Der kooperative Föderalismus will mit interkantonalen Vereinbarungen aber auch die kantonale Zuständigkeit bewahren. Die Kantone erhalten sich so weiterentwickelte Mitwirkungsrechte, als ihnen bei einer Zentralisierung der fraglichen Aufgabenbereiche im Gesetzgebungsprozess des Bundes zukommen würden.* »; aussi, dans ce sens, WALDMANN (2009), p. 8.

⁷³ ZEHNDER (2007), p. 213; BRUNNER (2000), p. 128. Le législateur lucernois le fait d'ailleurs, puisqu'il distingue à l'art. 4 al. 1 GG LU le fait de remplir une tâche en commun avec d'autres

plus respectueuse de l'autonomie des collectivités qui participent à l'organisation régionale, puisque celles-ci pourront toutes conserver une certaine influence – plus ou moins étendue – sur le fonctionnement de l'entité régionale. C'est en tout cas là un argument politique récurrent.

Quelques exemples pratiques. – L'argument qui précède a notamment été utilisé par le Conseil communal de la commune de la Tène (NE) après que le législatif communal n'avait une première fois pas voulu adhérer au Syndicat intercommunal des Sapeurs-Pompiers volontaires du Littoral neuchâtelois sans opérer un amendement préalable à son règlement d'organisation, ce qui empêchait en fait une adhésion effective de la commune (sur la question, *infra* N 1040 s.). Le Conseil communal a alors souligné la possibilité qu'aurait la commune d'influencer les décisions au sein de l'association de communes – possibilité qu'elle n'aurait pas si elle devait se voir contrainte de conclure un contrat de prestation avec le Syndicat – si bien que « ne pas adhérer au Syndicat induirait une perte d'autonomie de décision plus importante encore pour [la] commune »⁷⁴. Le Conseil d'État du canton des Grisons a utilisé une argumentation similaire pour justifier son choix, dans le domaine de la surveillance des fondations de prévoyance, de participer à la création d'un établissement autonome de droit intercantonal avec cinq autres cantons de Suisse orientale, au lieu de conclure une convention intercantonale d'acquisition de prestations avec le canton de Zurich. Il a souligné l'intérêt, pour le canton, de pouvoir être représenté au sein du conseil d'administration et d'éviter que les fondations sises sur son territoire ne soient soumises au droit zurichois (sur le problème de la soumission à un droit d'un autre canton, notamment *infra* N 982 ss)⁷⁵.

652

L'achat de prestations. – La seconde solution consistant en l'achat de prestations auprès d'une autre collectivité – qui, par définition, n'inclura que peu de possibilités de participation pour la collectivité délégante⁷⁶ – doit être appréciée avec plus de sévérité sur le plan de sa constitutionnalité, en particulier si la collectivité délégataire est nettement plus grande que la collectivité délégante et pourrait être tentée de la négliger. Cela ne signifie bien sûr pas qu'une telle forme de régionalisation – qui se pratique d'ailleurs largement – soit forcément douteuse sur le plan juridique. Elle prêterait rarement flan à la critique dans les cas où la tâche dont l'exécution est déléguée représente une tâche que l'on pourrait qualifier de « secondaire ». Il se peut même qu'elle s'avère adéquate pour la régionalisation d'une tâche importante, si l'acquisition de prestations auprès

communes (« *gemeinsam mit andern Gemeinden erfüllen* ») et celui de déléguer l'exécution de celle-ci à un prestataire externe (« *einem externen Leistungserbringer übertragen* »).

⁷⁴ Cf. CONS. COMMUNAL DE LA TÈNE NE (2014), p. 2.

⁷⁵ Voir REGIERUNG GR (2006/III), p. 15.

⁷⁶ Pour un exemple contraire toutefois, art. 10 al. 5 V-Rheinschiffart, où le canton s'engage à consulter les cantons qui lui ont délégué l'exécution d'une tâche à chaque fois qu'il entend prendre une décision d'importance.

d'un autre canton ou auprès d'une autre commune permet véritablement un gain d'efficacité supérieur à la création d'une organisation régionale commune⁷⁷.

L'exemple de la criminalité économique. – C'est ainsi que le canton d'Obwald a sciemment préféré déléguer la poursuite de la criminalité économique à un autre canton plutôt que de créer une sorte de « ministère public intercantonal », dans la mesure où celui-ci aurait représenté un procédé assez lourd (« *schwerfälligen Gebilde* ») pour un équivalent de deux ou trois postes de travail. Ce faisant, il a préféré collaborer avec le canton de Nidwald qu'avec le canton de Lucerne ou celui de Zoug, dans la mesure où il existait « *berechtigte Bedenken, dass der grössere Kanton seine eigenen Fälle prioritär behandelt und die kleineren Kantone wie Obwalden, Nidwalden und Uri als Leistungseinkäufer kaum die Möglichkeiten haben, rechtzeitig korrigierend einzugreifen* »⁷⁸.

La représentation au sein des organisations régionales. – Il serait fastidieux – et ce n'est pas le but de la présente thèse (sur la question, *supra* N 12) – d'énumérer l'ensemble des mécanismes de gouvernance pouvant être mis en place au sein d'une organisation régionale conventionnelle afin de permettre aux cantons ou aux communes partenaires de continuer d'exercer une influence sur l'exécution d'une tâche publique, même si celle-ci est déléguée à un organisme régional. Il s'avère néanmoins qu'en pratique, dans le cadre d'une organisation régionale communes (p. ex. association de communes, établissement intercantonal), une participation minimale des collectivités publiques partenaires se voit garantie par le fait que celles-ci peuvent déléguer un ou plusieurs représentants au sein des organes les plus importants de l'organisation. L'influence des cantons ou des communes est en principe assurée, car les délégués n'exercent habituellement pas librement leur mandat, mais doivent rendre des comptes et, le cas échéant, suivre les instructions que leur donnerait la collectivité qu'ils représentent (sur la question, *infra* N 750 ss).

Évidemment, l'efficacité de la représentation, en particulier celle des petits cantons ou des petites communes, peut être affermie par l'adoption d'autres mécanismes de gouvernance, comme la mise en place de procédures décisionnelles passant par l'obtention d'une unanimité ou, du moins, d'une majorité qualifiée des représentants, ou alors comme l'octroi d'un droit de veto aux délégués de certaines collectivités (sur la question, *infra* N 743 ss)⁷⁹.

⁷⁷ Dans ce sens, mais s'agissant d'une collaboration intercommunale ordonnée par le gouvernement cantonal, Obergericht SH, arrêt 60/2011/12 du 30 août 2013, consid. 4, in: ZBl 2014, p. 261.

⁷⁸ Voir REGIERUNGSRAT OW (2011), p. 7.

⁷⁹ Cf. art. 13 Rheinhafen-Vertrag: « *Die von den Regierungen der Vertragskantone entsandten Verwaltungsratsmitglieder haben bei Entscheidungen in abschliessend aufgezählten Bereichen ein Vetorecht, wodurch die Interessenwahrung der Vertragskantone gewährleistet wird.* »

Quelques autres moyens de participation et d'influence. – Les moyens d'influence des collectivités publiques partenaires ne se limitent pas aux éventuelles instructions que ces collectivités sont habilitées à donner à leurs délégués. Ils peuvent résulter plus directement de la possibilité de participer à l'élaboration et à l'adoption des instruments de conduite et de planification politique et financière de l'organisation régionale (p. ex. approbation du budget et des contributions financières, mandat de prestation adressé à l'entité régionale, procédure de modification de la convention organisatrice ; *infra* N 767 ss et 1079 ss).

Les droits de participation des collectivités partenaires peuvent consister – plus originalement – en l'octroi de « droits politiques » aux collectivités partenaires au sein de l'organisation. On peut en effet imaginer qu'un canton ou une commune – en pratique un nombre minimal de communes – puisse influencer sur la prise de décision à un niveau régional en déposant une initiative de niveau régional ou en soulevant un référendum de niveau régional (sur les votations régionales, *infra* N 896 ss). C'est ainsi que le législateur bernois a introduit, en marge d'un droit d'initiative et de référendum populaires au sein des conférences régionales, un droit d'initiative et de référendum « des autorités » communales, en ce sens qu'un certain nombre de communes partenaires peuvent demander un vote régional par le biais de leurs autorités, exécutives ou législatives⁸⁰. Le législateur fribourgeois a lui aussi prévu des droits similaires au sein de l'agglomération⁸¹, tout comme le législateur valaisan qui a institué un droit de référendum « des autorités » au sein des associations de communes⁸².

655

L'importance du nombre de collectivités partenaires. – L'influence réelle qui peut être déduite des droits de participation octroyés dépend évidemment du nombre de collectivités partenaires au sein de l'organisation. Si ce nombre est restreint, l'effectivité des droits de participation est renforcée⁸³.

L'on se méfiera en revanche des organisations régionales communes auxquelles seraient déléguées une tâche publique et des compétences importantes et qui regrouperaient de nombreux cantons ou de nombreuses communes. Il en va de même des organisations régionales au sein desquelles une ou deux collectivités jouissent d'une position largement dominante, compte tenu, notamment, de leurs poids démographique et financier. Dans de telles situations, l'influence réelle des cantons ou des communes par le truchement de leurs droits de participation pourrait s'avérer si petite qu'elle ne pourrait pas véritablement compenser la perte d'autonomie engendrée par la régionalisation en question. Il nous semble qu'en matière intercantonale, le principe est souligné par la préférence

⁸⁰ Art. 150 s. LCo BE.

⁸¹ Art. 28-30 LAgg FR.

⁸² Art. 122 LCo VS.

⁸³ Dans ce sens, GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 324; aussi BOMATTER (2014), p. 1680.

que le constituant fédéral a entendu donner aux conventions intercantionales régionales par rapport aux autres conventions intercantionales, notamment celles de portée nationale (sur la question, *supra* N 86).

La surveillance minimale : le principe. – Les collectivités disposent, bien entendu, d'une marge d'appréciation dans la manière dont elles aménagent leurs droits de participation au sein d'une organisation régionale conventionnelle. L'importance et l'étendue de ces droits doivent simplement être adaptées à la tâche et aux compétences déléguées. Le raisonnement est ici le même que celui qui doit prévaloir lors de la réglementation de la surveillance de n'importe quelle entité décentralisée. Il est cependant indispensable que la collectivité qui délègue l'exécution d'une tâche puisse toujours surveiller efficacement le délégataire, que ce dernier soit une entité régionale ou une collectivité voisine. Le principe découle aussi des règles applicables en matière de décentralisation, lesquelles font écho au principe selon lequel une collectivité ne peut pas se débarrasser de sa responsabilité en matière d'exécution de tâches publiques, même en la déléguant (sur les règles en matière de décentralisation, *supra* N 422).

656

La surveillance minimale : les moyens. – La surveillance minimale de l'exécution des tâches sous forme d'organisation régionale peut assurément se faire – et se fait très régulièrement en pratique – par le biais d'une autorité intercantonale ou intercommunale au sein de laquelle toutes les collectivités publiques partenaires sont représentées, généralement par des représentants de leurs exécutifs⁸⁴. Elle ne peut en revanche pas s'effectuer par le truchement d'une autre autorité au sein de laquelle une collectivité ne serait pas représentée, car la surveillance que celle-ci exercerait le cas échéant porterait uniquement sur une « surveillance de la surveillance »⁸⁵.

657

En l'absence d'organe de surveillance commun permanent, une surveillance qui ne s'exercerait qu'au travers d'un rapport périodique annuel n'est pas suffisante non plus. La collectivité qui délègue l'exécution d'une tâche publique doit

⁸⁴ Cf., entre autres, expressément, pour la collaboration intercantonale, GOUVERNEMENT JU (2000/II), p. 791, selon lequel les gouvernements exercent la surveillance de la HEP BEJUNE par l'intermédiaire de leurs membres formant le comité stratégique; pour la collaboration intercommunale, cf. art. 76 al. 2 GG ZH et REGIERUNGSRAT ZH (2013), p. 153; pour un exemple en matière d'acquisition intercantonale de prestations, cf. art. 3 al. 1 C-Surveillance LPP BE/FR.

⁸⁵ Dans le même sens, en matière intercommunale, PERREN/WICHTERMANN (2001), p. 5; voir aussi, en matière intercantonale, art. 14 al. 2 ACI, lequel dispose que tous les cantons partenaires doivent pouvoir siéger au sein des organes de surveillance des organismes intercantonaux communs.

jouir du droit de s'informer directement auprès de l'organisation chargée d'exécuter la tâche pour son compte⁸⁶. Il s'agit d'une condition essentielle pour que les cantons et les communes puissent, le cas échéant, se prévaloir de leur droit de dénonciation de la convention intercantonale ou intercommunale concernée dans un délai approprié⁸⁷.

3. L'intérêt public de la régionalisation opérée

658 *En général.* – La jouissance de droits de participation au sein d'une organisation régionale ne saurait en soi compenser totalement la perte de « souveraineté » ou d'autonomie qu'entraîne pour un canton ou pour une commune la décision d'exécuter une tâche publique avec d'autres cantons ou d'autres communes⁸⁸. Le principe, qui prévaudra évidemment sur un plan politique, s'impose aussi sur un plan juridique, comme lors de n'importe quel processus de décentralisation (sur la question, *supra* N 436). Il faut mettre en balance la perte de « souveraineté » cantonale ou celle d'autonomie communale engendrée par la régionalisation avec l'intérêt public que poursuit celle-ci, c'est-à-dire procéder à une pesée des intérêts entre les avantages et les inconvénients inhérents à la collaboration intercantonale ou intercommunale⁸⁹. Il s'agit de tenir compte du fait que l'organisation régionale conventionnelle ne représente pas un objectif en soi. En effet, pour reprendre les mots de BORTER, « *nicht alles, was koordinierbar erscheint, braucht koordiniert zu werden* »⁹⁰.

⁸⁶ Voir, par exemple, art. 12 al. 3 Vereinbarung Wirtschaftsdelikte, selon lequel « [d]ie Aufsicht über die Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen des Kantons, für den sie amtiert »; art. 4 al. 1 V-BVG-Aufsicht ZH/SH, selon lequel « [a]uf Anfrage des Kantons Schaffhausen erteilt die BVS im Einzelfall Auskunft über eine Einrichtung »; art. 36 al. 3 Rheinhafen-Vertrag, selon lequel « [d]ie SRH erteilen dem zuständigen Departement bzw. der zuständigen Direktion sowie den Finanzkontrollen der Vertragskantone alle im Rahmen der Aufsicht notwendigen Auskünfte und gewähren, wo erforderlich, Einsicht in den Betrieb und die finanziellen Verhältnisse, einschliesslich Budget und Jahresrechnung ».

⁸⁷ Dans ce sens en matière intercommunale, art. 45 al. 1 GG LU et REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 64.

⁸⁸ Voir dans le même sens BRUNNER (2000), p. 72 s.

⁸⁹ Pour reprendre les propos du Conseil d'État vaudois, « tout projet de collaboration intercantonale est synonyme d'une certaine perte de souveraineté cantonale, tant pour les exécutifs que pour les législatifs concernés » et que « [l]a contrepartie de cette perte de souveraineté réside dans une plus grande efficacité des politiques publiques destinées à résoudre des problèmes dépassant les frontières cantonales » (CONSEIL D'ÉTAT VD [2006], p. 26). Dans ce sens également, cf. PFISTERER [2009], p. 720; BORTER (1976), p. 86; HÄFELIN [1969], p. 740).

⁹⁰ BORTER (1976), p. 86.

Le type d'intérêt public admissible. – L'intérêt public que peut poursuivre une collaboration intercantonale ou intercommunale est bien évidemment multiple ; nous l'avons vu en première partie de thèse (*supra* N 38 ss et 437). Ainsi, l'amélioration du pouvoir réel, de la possibilité d'action, de l'efficacité et de la qualité des services publics qu'induit, normalement, la coopération régionale pour les petits cantons ou les petites communes peut effectivement compenser la perte d'autonomie de ces mêmes collectivités.

659

D'un point de vue constitutionnel, l'intérêt à la collaboration et au développement des organisations régionales est évident si cette collaboration concerne des tâches que les collectivités ne sont plus à même d'exécuter seules, si bien que leur autonomie dans ce domaine se révèle fictive⁹¹. Il en va de même lorsqu'une approche collaborative est nécessaire pour éviter une centralisation trop forte des tâches publiques que les cantons et les communes peuvent accomplir efficacement de manière concertée, en tenant compte des besoins⁹². La voie de la collaboration régionale respectera généralement plus l'autonomie des cantons ou des communes que celle d'un transfert de compétence à la Confédération, respectivement aux cantons⁹³.

La pertinence de l'intérêt financier. – L'intérêt à l'exécution d'une tâche de manière plus économe – mais tout aussi efficacement – peut en soi suffire pour justifier la régionalisation de l'exécution d'une tâche publique sur un plan constitutionnel⁹⁴. Tout au plus pourrait-on considérer qu'il ne justifie pas à lui seul la régionalisation d'une tâche ou d'une compétence importante qu'une collectivité est à même d'exécuter ou d'exercer de manière indépendante (pour un exemple en matière d'organisation judiciaire, *infra* N 695).

660

L'effet de complexification des structures étatiques. – Nous concéderons ici que l'intérêt à l'exécution efficace d'une tâche publique se voit en partie péjoré par le fait que le développement de l'organisation intercantonale et intercommunale a tendance à alourdir la structure étatique et par le fait que l'action de

661

⁹¹ Voir notamment dans ce sens, en matière intercantonale, BRUNNER (2000), p. 72 s. et 128; en matière intercommunale, KOCHER (2010), p. 328.

⁹² Voir dans ce sens, notamment, ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 41.

⁹³ WALDMANN (2009), p. 8.

⁹⁴ Voir d'ailleurs, en matière de collaboration intercantonale, art. 9 de la loi jurassienne sur les finances cantonales du 18 octobre 2000 (RSJU 611), selon lequel « [l]orsqu'une tâche incombe à plusieurs collectivités, celles-ci se concertent en vue de sa réalisation la plus économe possible », le canton devant au besoin rechercher des « collaborations interjurassiennes, intercantionales ou transfrontalières »; en matière de collaboration intercommunale, art. 134 al. 3 GG SG, qui prévoit que « [d]ie Gemeinde arbeitet mit anderen Gemeinwesen zusammen, wenn ein wirtschaftlicher Mitteleinsatz oder eine wirksame Aufgabenerfüllung dies gebieten »; aussi sur l'intérêt constitutionnel à l'attribution de compétence permettant une réalisation économique des tâches, cf. art. 43a al. 5 Cst.

l'État contourne par ce biais les mécanismes démocratiques traditionnels⁹⁵. L'argument n'est pas dénué de pertinence dans la mesure, notamment, où le nombre d'organisations régionales devrait se multiplier à l'avenir. Il fait cependant fi de deux éléments au moins.

Premièrement, s'il est nécessaire que l'État se légitime par sa structure démocratique et transparente, on lui demande également de se légitimer par ses résultats⁹⁶. Nous avons déjà évoqué ce point en première partie de thèse (*supra* N 239).

Secondement, l'éventuelle complexification de l'activité étatique ne doit pas être mise uniquement sur le compte du développement des organisations régionales dans la mesure où elle en représente souvent l'une des causes profondes. N'oublions pas que les cantons et les communes doivent relever toujours plus de défis et de problèmes dont la solution idoine requiert une action transfrontalière au plan régional. Ce sont bien souvent ces défis et ces problèmes – et non la régionalisation en elle-même – qui entraînent, originellement, une complexification inévitable des structures et du fonctionnement étatiques, un renforcement du pouvoir des autorités exécutives et administratives et, partant, un affaiblissement des organes parlementaires traditionnels (sur les défis à relever et l'inadéquation entre les frontières institutionnelles et la réalité fonctionnelle, *supra* N 23)⁹⁷.

662

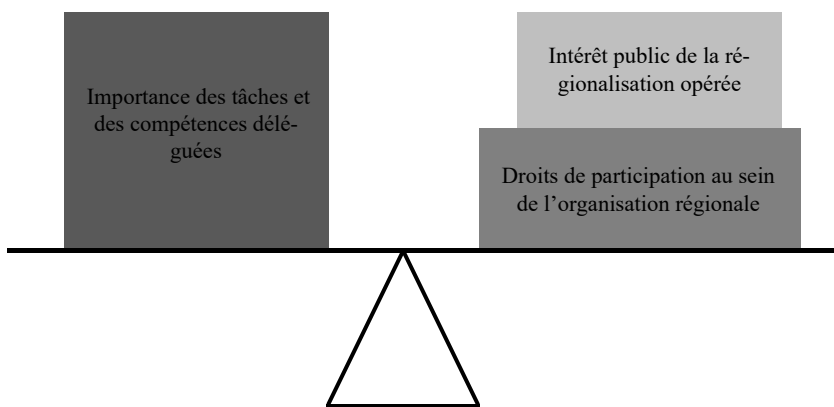
Conclusion. – Les autorités politiques bénéficient d'une marge d'appréciation non négligeable lorsqu'il s'agit de décider de la régionalisation conventionnelle d'une tâche publique. Cette marge d'appréciation existe même si l'organisation régionale conventionnelle conduit à complexifier le fonctionnement étatique. Il convient à notre sens de tenir compte de cet inconvénient inhérent à

⁹⁵ BORTER (1976), p. 87; aussi HÄFELIN (1969), p. 740 s.: « *Einen Massstab findet die föderalistische Zusammenarbeit zunächst in ihrer Leistungsfähigkeit. (...) Eine verwirrende Überlagerung und Kombination von föderalistischen Einrichtungen schwächt den Föderalismus und bedroht die Selbständigkeit der Kantone* »; BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 8 ad art. 48 Cst., lesquels mentionnent également le problème au niveau intercantonal; TÖNDURY (2004), p. 233 s., qui le mentionne au niveau intercommunal.

⁹⁶ Dans le même sens en matière intercantonale, BRUNNER (2000), p. 70: « *Mit der Betonung der formellen "demokratischen" Ausgestaltung ist nichts gewonnen, wenn keine befriedigenden Problemlösungen erzielt werden können.* »

⁹⁷ HEUBERGER (2010), p. 10; HÄFELIN (1969), N 121; aussi BRUNNER (2009), p. 738: « *Die Zusammenarbeit mit anderen Gemeinwesen ist indessen bereits heute vielfach ein alltägliches Instrument der Problemlösung und Aufgabenerledigung. Der Aufwand für Zusammenarbeit und Koordination ergibt sich bereits aufgrund funktionaler Differenzierung und Spezialisierung der Verwaltungsstrukturen und fällt zu einem grossen Teil unabhängig von organisatorischen Arrangements an* »; CAE VD (2000), p. 4409: « *Les parlements cantonaux ne pourront de toute évidence s'opposer longtemps à la tendance générale vers une spécialisation, modeste adaptation et reflet d'une société qui ne cesse de se "complexifier" !* »; sur la suprématie de fait des exécutifs sur les législatifs, TSCHANNEN (2016), N 5 s. ad § 35.

la décentralisation coopérative en favorisant, dans la mesure du possible, le développement d'organisations aux compétences multiples – le cas échéant non connexes – ou en préférant, ponctuellement, la délégation régionale de tâches à d'autres collectivités à la création de nouvelles structures régionales communes.



C. Quelques exemples

La problématique. – La constitutionnalité d'une organisation régionale conventionnelle doit s'analyser, dans son principe, en fonction de l'ensemble des circonstances et, notamment, en fonction de l'importance de la tâche publique concernée. À partir de là, la question de l'existence d'éventuelles limites à la régionalisation semble concerner, avant tout, les tâches publiques que l'on pourrait qualifier de « compétences centrales ou symboliques » de la souveraineté cantonale ou de l'autonomie communale.

663

Nous nous proposons donc d'esquisser très brièvement, à titre illustratif, les possibilités et les limites de l'organisation régionale conventionnelle qui pourraient prévaloir dans le domaine de l'aménagement du territoire et des constructions (1), dans le domaine de la police cantonale (2) et, de manière générale, dans le domaine de l'administration centrale (3)⁹⁸.

⁹⁸ Jusqu'à présent, certains auteurs ont vu, sans pour autant développer leurs propos, dans les conventions RHUSO et HES-SO des organisations intercantionales régionales flirtant avec les limites de ce qui était possible (cf. ABDERHALDEN [2000], p. 219, n. 24; HÄNNI [1998], p. 665). Quoi qu'il en soit, de telles considérations n'ont de toute façon plus véritablement de pertinence, compte tenu des modifications constitutionnelles qui sont intervenues entre-temps.

1. La régionalisation de l'aménagement du territoire et des constructions

664 *Quelques généralités.* – L'aménagement local du territoire et des constructions représente sans conteste un aspect central de l'autonomie communale (*supra* N 28 et 313). Cependant, il n'est aujourd'hui plus possible d'assurer un aménagement du territoire satisfaisant en coordonnant la planification uniquement au sein des espaces communaux traditionnels⁹⁹. Cette thématique doit être traitée dans un espace dépassant les frontières communales, en accordant une attention particulière à la nécessité de concevoir le développement territorial à l'échelle des espaces fonctionnels. L'obligation de planifier les espaces fonctionnels de manière supracommunale découle de l'application cohérente et conséquente des principes de coordination et de collaboration consacrés par l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT)¹⁰⁰.

Depuis le 1^{er} mai 2014, les principes qui viennent d'être exposés ont été renforcés puisque, désormais, l'art. 15 al. 3 de cette même loi dispose que « [l']emplacement et la dimension des zones à bâtir doivent être coordonnés par-delà les frontières communales en respectant les buts et les principes de l'aménagement du territoire ». *A priori*, le problème devrait être réglé en amont par le plan directeur cantonal, puisqu'aux termes de l'art. 8 al. 1 let. a LAT, ce plan doit définir « la dimension totale des surfaces affectées à l'urbanisation, leur répartition dans le canton et la manière de coordonner leur expansion à l'échelle régionale ».

665 *Les possibilités de la régionalisation.* – À partir de là, même si elle n'est pas directement requise par le droit fédéral, l'intercommunalisation de certaines tâches de planification et de police des constructions – même d'importance substantielle – est possible au regard de l'autonomie communale. On peut considérer que celle-ci ne se voit pas directement restreinte par une éventuelle régionalisation des compétences communales en matière d'aménagement, mais simplement par la nécessité factuelle et juridique de coordonner les politiques communales de planification territoriale.

Dans de nombreux cantons, les législateurs cantonaux ont déjà compris – parfois depuis longtemps – l'utilité de planifier l'aménagement du territoire à un niveau régional, c'est-à-dire de permettre à un groupe de communes de régler certaines questions de manière concertée et, notamment, de se regrouper au sein d'organisations régionales conventionnelles – comme des associations de communes – auxquelles est confié le soin d'adopter un plan directeur régional (sur

⁹⁹ Voir notamment CONSEIL FÉDÉRAL (2010/I), p. 979.

¹⁰⁰ RS 700.

la question aussi, *supra* N 628)¹⁰¹. Quelques-unes d'entre eux ont depuis développé cette forme de collaboration régionale en allant jusqu'à prévoir la possibilité – pour ces organisations intercommunales – d'adopter des plans d'affectation régionaux ou intercommunaux. C'est effectivement le cas selon les droits bernois et jurassien qui donnent aux conférences régionales, respectivement aux syndicats d'agglomération la compétence d'édicter des plans d'affectation spéciaux lorsqu'il en va de la sauvegarde d'intérêts régionaux¹⁰².

Les limites de l'organisation commune. – Il n'en demeure pas moins qu'à notre sens, la régionalisation des compétences communales en matière d'aménagement du territoire atteint ses limites. Elle ne devrait pas pouvoir aller au-delà de ce qui se fait actuellement, du moins sans passer par une révision du droit constitutionnel cantonal¹⁰³. D'une part, la coordination de l'urbanisation à l'échelle régionale ne requiert pas la création d'un niveau régional de planification locale qui passerait par l'adoption de plans d'affectation généraux de niveau régional¹⁰⁴, quand bien même certains le souhaitent¹⁰⁵. D'autre part, l'existence des communes se justifie en grande partie par l'intérêt qu'il peut exister à ce que la population locale jouisse de la liberté de décider d'une partie de son développement territorial et urbanistique. Une telle liberté se voit tout au plus respectée par une planification locale intercommunale adoptée à l'unanimité des communes concernées ou de leurs représentants au sein d'un organe intercommunal (sur la procédure décisionnelle au sein d'une organisation régionale, *infra* N 748)¹⁰⁶.

Les conventions d'adhésion en particulier. – Enfin, et *a fortiori* serait-on tenté de dire, une commune ne peut en aucun cas déléguer l'exécution de ses tâches en matière d'aménagement du territoire et des constructions à une autre

¹⁰¹ Voir, par exemple, art. 13 de la loi zurichoise sur l'aménagement du territoire et les constructions du 7 septembre 1975 (Planungs- und Baugesetz; PBG ZH; LS 700.1); aussi art. 3 al. 2 de la loi sur l'aménagement du territoire du canton des Grisons du 6 décembre 2004 (Raumplanungsgesetz für den Kanton Graubünden; KRG GR; BR 801.100), étant précisé qu'aujourd'hui, l'organisation régionale n'est plus conventionnelle, mais représente une forme de déconcentration politique prévue par le droit cantonal; art. 97-98 de la loi bernoise sur les constructions du 9 juin 1985 (LC BE; RSB 721.0); art. 75a-75c de la loi jurassienne sur les constructions et l'aménagement du territoire du 25 juin 1987 (LCAT JU; RSJU 701.1); art. 25 et 31 LATeC FR; sur toute la question de manière plus détaillée, JEANNERAT (2012), spéc. p. 3, 12 s. et 19 s.

¹⁰² Voir art 98b LC BE; art. 75c LCAT JU.

¹⁰³ Dans ce sens apparemment, KOCHER (2010), p. 334.

¹⁰⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2010/I), p. 979.

¹⁰⁵ ESTERMANN (2016), p. 20, et IWSB (2016), p. 30 s.

¹⁰⁶ Voir, pour un exemple, le règlement intercommunal sur les constructions des cinq communes du Haut-Plateau (RIC), approuvé par le Conseil d'État du canton du Valais pour la commune de Montana le 21 septembre 1994.

commune. Le principe exclut qu'une autorité communale rende les décisions – ou les préavis – en matière de permis de construire pour le compte d'une autre commune. En pratique, il existe certes des conventions intercommunales par lesquelles des communes ont décidé de transférer leurs tâches relevant de l'administration et de l'inspection des constructions à une commune voisine. Toutefois, un tel transfert de compétences porte uniquement sur la préparation des décisions ou des préavis. La compétence décisionnelle ou celle de préavis reste, elle, du ressort de l'organe compétent des communes affiliées¹⁰⁷. La convention d'adhésion ne pourrait *a priori* aller au-delà de cette limite sans constituer un cas d'abandon de compétences anticonstitutionnel dans les cantons où, traditionnellement, les questions d'aménagement du territoire et de police des constructions ont toujours représenté des prérogatives communales¹⁰⁸.

2. La création d'organisations policières régionales

668 *Quelques généralités.* – La police constitue un domaine de compétence cantonale important, ne serait-ce que parce que, historiquement, elle représente l'un des symboles de la souveraineté cantonale (sur les compétences cantonales symboliques, *supra* N 294). Il n'empêche que le système policier suisse atteint ses limites et que la coopération est centrale dans ce domaine¹⁰⁹.

La répartition actuelle des compétences en matière de sécurité intérieure découle de circonstances historiques et d'un contexte politique et social (Constitution de 1848) qui n'ont plus rien à voir avec la réalité du 21^e siècle. Elle se retrouve régulièrement en inadéquation avec l'évolution de la criminalité (mobilité, moyens techniques, etc.) ou peine à répondre à la multiplication des risques sur le plan sécuritaire. Par ailleurs, toutes les polices cantonales produisent les mêmes prestations, avec des moyens propres, acquis à grand frais, et se concurrencent sur le marché du travail. Ce système génère des doublons à tous

¹⁰⁷ OACOT BE (2000), p. 41 REGIERUNGSRAT LU (1977), p. 250; apparemment aussi CONSEIL D'ÉTAT VD (1996), p. 382; cf. aussi art. 53 al. 2 de la loi appenzelloise (de Rhodes-externes) sur les constructions du 12 mai 2003 (Gesetz über die Raumplanung und das Baurecht [Baugesetz]; bGS A. Rh. 721.1), qui prévoit que les communes peuvent créer un « *regionales Bausekretariat* » pour l'« *Administration im Baubewilligungsverfahren* ». Il est d'ailleurs lieu de rappeler que le Service technique intercommunal que connaissent les communes du District de Nyon et alentours en matière d'aménagement du territoire et police des constructions ne représente qu'une société privée de conseil aux communes qui adresse tout au plus des rapports et des expertises aux municipalités (voir, pour un exemple, Tribunal fédéral, arrêt 1C_622/2015 du 24 février 2016).

¹⁰⁸ Dans ce sens apparemment, DEPARTEMENT DES INNERN AG (1999), 024, p. 1 et 4: « *An der Zuständigkeit des Gemeinderates für die Bewilligung von Baugesuchen ändert sich trotz Übertragung der Sachbearbeitung an eine andere Gemeinde nichts.* »

¹⁰⁹ Cf., notamment, EHRENZELLER (2005), p. 75.

les niveaux (fonctions, encadrement, procédures, matériel) tout en empêchant une spécialisation d'envergure de certaines tâches policières.

Au regard de ce constat, le fédéralisme sécuritaire doit s'adapter, au risque sinon de disparaître très vite au profit d'une centralisation des compétences au niveau fédéral. La police représente déjà un domaine où les cantons collaborent depuis longtemps. Gageons que ceux-ci le feront toujours plus fortement et étroitement¹¹⁰.

L'acquisition de prestations policières. – Compte tenu du gain qui peut être tiré d'une meilleure collaboration intercantonale en matière sécuritaire, les compétences des cantons en matière de police ne représentent pas une sorte de refuge intangible et incessible de la souveraineté cantonale (sur la question également, *supra* N 295, 623 et 630). Incontestablement, la délégation de tâches policières spécifiques à d'autres cantons n'est pas exclue, surtout lorsque cette délégation porte uniquement sur l'exécution d'une tâche de police spécifique sur une petite partie du territoire cantonal¹¹¹. Seulement, le canton qui cède ses compétences doit conserver, le cas échéant, le droit d'établir les directives prévalant dans l'exercice de cette tâche ou, du moins, d'influer sur elle¹¹². Ce type d'organisation intercantonale est fréquent en pratique. Nous précisons qu'il n'emporte pas – et ne devrait pas emporter – de cession de compétence en matière de poursuite et de juridiction pénales (sur la question de la délégation de la poursuite pénale, *infra* N 699 ss).

La fusion des polices ou d'unités de police. – Dans la mesure où il convient en principe d'examiner avec plus de sévérité l'acquisition intercantonale de prestations étatiques que la création d'organisations régionales communes (sur la question, *supra* N 651 s.), rien ne permet d'exclure la création d'unités spéciales de police intercantionales, même si aucun projet n'a pour l'heure abouti.

Au l'aune du droit constitutionnel fédéral, la fusion de deux ou trois polices cantonales est donc imaginable dans son principe. La constitutionnalité d'un tel projet doit s'examiner à l'aune de la gouvernance intercantonale mise en place à cette fin. On rappellera ici le fait que le Tribunal fédéral, lui-même, avait reconnu que la création d'un corps de police intercantonal, habilité à intervenir dans un canton donné, ne violait pas la souveraineté cantonale, car ce corps était

¹¹⁰ Voir notamment CoDIR PAJ (2013), p. 15-18; aussi KELLER-SUTTER KARIN, Kooperation statt Zentralismus – ein Plädoyer für den Erhalt und die Erneuerung der kantonalen Polizeihilfe, in: Revue suisse de criminologie 2004, p. 30-33.

¹¹¹ Voir CONSEIL FÉDÉRAL (1966), p. 338, selon lequel il est possible pour les petits cantons de confier complètement à un autre canton la police des autoroutes.

¹¹² Pour des exemples, art. 8 al. 2 V-Hallwilersee LU/AG: « Der Kanton Aargau kann nach Rücksprache mit den zuständigen Stellen des Kantons Luzern Weisungen und Richtlinien für die Tätigkeit seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf oder am Hallwilersee erlassen. »; aussi art. 3-5 C-Police du Lac NE; art. 9 V-Autobahnpolizei BE/SO.

appelé à intervenir uniquement sur demande et sous la conduite du gouvernement cantonal¹¹³. Il s'agit par conséquent de parvenir à mutualiser les forces de police tout en garantissant une autonomie cantonale, le respect des cultures locales et surtout le maintien d'un lien direct assurant une gouvernance politique sur le commandement et les questions opérationnelles qui en découlent¹¹⁴. Il semble en particulier central que, d'une manière ou d'une autre, les opérations de police ne puissent pas être menées contre l'avis du canton sur le territoire duquel elles sont effectuées¹¹⁵.

L'exemple du projet de « Police de l'arc jurassien ». – Ainsi, au sens de la présente thèse, une fusion des polices cantonales des cantons du Jura et de Neuchâtel – qui permettrait d'atteindre une taille critique dans la moyenne de celle des polices romandes (environ 660 collaborateurs) – est admissible sur le plan du droit constitutionnel fédéral, du moins telle qu'elle a été envisagée un temps (sur l'histoire du projet également, *supra* N 7 et 264). Le gain se trouverait tant dans l'efficacité (meilleures prestations) que dans l'efficacité (utilisation plus rationnelle des moyens). L'union des polices cantonales jurassienne et neuchâteloise aurait *a priori* consisté à regrouper les deux services cantonaux de police, étant précisé que le droit de police serait resté du ressort exclusif de chacun des cantons et que les ministères publics cantonaux auraient, quant à eux, conservé leurs pouvoirs d'instruction et de conduite de la police judiciaire. Surtout, les cantons auraient pu fixer leurs exigences particulières en matière de politique de sécurité au travers de la mission pluriannuelle de la police ou d'autres mandats annuels donnés à la PAJ. Chacun des deux cantons aurait enfin continué d'exercer une mainmise directe sur le fonctionnement de la PAJ, car ils auraient été représentés au sein d'une Direction intercantonale de police bicéphale, laquelle aurait constitué l'organe central de la PAJ et qui aurait pris ses décisions soit à l'unanimité, soit en suivant une répartition interne des compétences conforme au principe de territorialité¹¹⁶.

671 *Les limites de la régionalisation.* – En revanche, nous doutons de la faisabilité d'un corps de police régional complet commun à plus de deux ou trois cantons. Le problème est que les cantons verraient leur importance diminuer lors de la prise de décisions au sein des organes intercantonaux centraux. Dans le cadre d'une fusion « à quatre » ou « à cinq », la difficulté majeure consisterait à mettre en place une gouvernance qui permette d'assurer à chaque canton suffisamment de droits de participation et de surveillance sur la police régionale. Il s'agirait notamment de garantir un lien direct entre les autorités politiques cantonales et le commandement régional ainsi que de garantir une influence et une surveillance minimale de chaque canton sur la conduite opérationnelle de la nouvelle police fusionnée. L'exercice semble nettement plus compliqué à réaliser non seulement sur le plan théorique, mais également sur le plan pratique avec de nombreux cantons partenaires.

¹¹³ ATF 96 I 210, consid. 4; voir aussi *supra* N 295.

¹¹⁴ CONSEIL D'ÉTAT NE (2013), p. 3.

¹¹⁵ Art. 6-8 C-Police Suisse romande; art. 4 al. 1 let. a IKAPOL.

¹¹⁶ Voir CoDir PAJ (2013), p. 41-49.

Il en irait bien entendu de même – selon un raisonnement *a fortiori* – si un canton décidait de déléguer l'ensemble ou, seulement, une partie importante des tâches policières à réaliser sur son territoire à un corps de police d'un autre canton.

3. La régionalisation des services administratifs centraux

Le principe. – La constitutionnalité d'une collaboration intercantonale ou intercommunale qui consisterait à mutualiser l'intégralité des services administratifs centraux d'un canton ou d'une commune, voire simplement une grande partie de ceux-ci apparaît délicate¹¹⁷. Une régionalisation de l'activité administrative ne peut pas être un but en soi et l'on peut douter qu'un tel abandon de « souveraineté » cantonale ou d'autonomie communale puisse se justifier par les gains financiers qui pourraient en résulter¹¹⁸. En effet, la liberté d'organiser librement son administration représente probablement une des facettes centrales de la souveraineté « cantonale » et de l'autonomie communale. Nous l'avons vu en deuxième partie de thèse (*supra* N 288 et 311). Il n'en demeure pas moins que le principe – dont l'importance pratique concerne davantage le domaine de la collaboration intercommunale que celui de la collaboration intercantonale – peut connaître certains tempéraments.

672

L'exception. – Au niveau communal, la régionalisation de l'intégralité ou d'une grande partie des services communaux et, notamment, du secrétariat communal – le plus souvent par la délégation de ceux-ci à des services existants dans une autre commune plus grande – peut se justifier par l'accroissement de la qualité des prestations pour un coût moindre ou identique (p. ex. administration communale ouverte plus longtemps, meilleure professionnalisme, amélioration de la coordination horizontale entre communes)¹¹⁹. Il se justifie tout particulièrement lorsque les communes en question seront appelées à entamer un processus de fusion dans un futur plus ou moins proche, car l'un des intérêts des collaborations intercommunales peut consister dans le fait de favoriser, à terme, l'émergence de tels processus (sur l'intérêt public de préparer les réformes territoriales, *supra* N 42).

673

¹¹⁷ Pour la collaboration intercommunale, cf. REGIERUNGSRAT/ZH (2013), p. 143; pour la collaboration intercantonale, cf. ABDERHALDEN (1999), p. 179.

¹¹⁸ D'ailleurs, même en matière intercommunale, l'administration centrale ne fait guère l'objet de mécanismes de collaboration, par exemple en ce qui concerne les services aux habitants ou l'administration financière (voir STEINER/KAISER [2013], p. 158 s.).

¹¹⁹ OACOT BE (2002), p. 1 s.; voir d'ailleurs le modèle de contrat de prestation proposé par le canton de Berne, consulté sous <http://www.jgk.be.ch> (> Communes > Modèles), le 30 septembre 2014; voir aussi STEINER/KAISER (2013), p. 154.

Le procédé doit cependant être apprécié avec circonspection dans les communes où les membres de l'exécutif exercent leur fonction à titre accessoire et où le secrétaire communal endosse un rôle particulier, rôle qui se trouve à l'intersection entre la politique et l'administration¹²⁰. Dans un tel cas, on peut se demander si la commune qui délègue la gestion de ses services administratifs ne devrait pas avoir toujours le droit de participer au processus de désignation du secrétaire communal de la collectivité délégataire¹²¹.

III. Les fonctions étatiques « régionalisables »

674 *Introduction.* – En matière d'organisation régionale conventionnelle, il convient de distinguer les limites de la régionalisation des « tâches publiques » des limites à la régionalisation des « fonctions étatiques », c'est-à-dire à la régionalisation des pouvoirs législatifs ou parlementaires, exécutifs ou gouvernementaux, ou encore judiciaires. Il est vrai que la régionalisation d'une tâche publique emporte avec elle la régionalisation d'une fonction étatique au moins – la plupart du temps administrative – dont la dimension doit être intégrée dans l'examen de constitutionnalité de l'organisation régionale conventionnelle (sur la question, *supra* N 645). Il n'en demeure pas moins que la régionalisation des fonctions étatiques doit respecter des limites qui lui sont propres et qu'elle peut théoriquement intervenir en dehors de tout processus de régionalisation des tâches publiques, en tout cas lorsque l'on entend la notion de « tâches publiques » dans un sens étroit (p. ex. la régionalisation de l'organisation judiciaire).

Ajoutons que la question des limites à la régionalisation conventionnelle des différents pouvoirs étatiques qu'exercent les cantons et les communes ne peut recevoir une réponse uniforme, non seulement parce que l'importance de ces pouvoirs est variable, mais aussi parce que leur régionalisation fait l'objet d'une réglementation différente en droit constitutionnel fédéral.

675 *Plan.* – Nous nous proposons dès lors d'apprécier, tout d'abord, les possibilités et les limites de la régionalisation des fonctions législative et de haute surveillance, qui représentent en règle générale des attributions parlementaires (A),

¹²⁰ Sur l'importance du secrétaire communal, voir notamment REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 63; DEPARTEMENT DES INNERN AG (1999), 021, p. 1; STEINER/KAISER (2013), p. 152.

¹²¹ Dans ce sens apparemment, DEPARTEMENT DES INNERN AG (1999), 021, p. 1: « Die für die Kanzlei verantwortliche Person muss von den jeweiligen Gemeinderäten gewählt oder angestellt werden. Es empfiehlt sich, die diesbezüglichen Nominationen im Vorfeld des Vertragsabschlusses unter den Gemeinden abzusprechen. ». Pour un exemple, voir art. 4 du Vertrag über die Führung der Gemeindeverwaltungen Etzgen und Mettau, datant de 1999, repris par DEPARTEMENT DES INNERN AG (1999), 020, p. 7 s.

et, ensuite, les possibilités et les limites à la régionalisation des fonctions relevant traditionnellement des attributions exécutives et gouvernementales (B). La régionalisation des attributions judiciaires et parajudiciaires – qui pose des questions toute particulières – fera quant à elle l'objet d'un examen à part en fin de section (C).

A. La régionalisation des fonctions législative et de haute surveillance

En général. – Sur le principe, le droit constitutionnel n'interdit pas la régionalisation conventionnelle des attributions parlementaires cantonales ou communales. Le fait que l'art. 48 al. 4 Cst. autorise des organes intercantonaux à exercer une fonction législative – qui représente habituellement une attribution parlementaire – permet de partir de la présomption inverse. De même, le droit cantonal accepte déjà en pratique une régionalisation très poussée de la fonction législative communale. La régionalisation des attributions « parlementaires » connaît cependant quelques cautèles dans la mesure où elle pourrait porter une atteinte importante à la souveraineté cantonale et à l'autonomie communale.

676

La mutualisation des compétences législatives – Dans le cadre de l'exécution régionalisée d'une tâche publique, un canton ou une commune peut évidemment déléguer une partie de son pouvoir législatif ou réglementaire à une organisation intercantonale ou intercommunale. D'un point de vue juridique, cette faculté ne heurte pas fondamentalement le principe de souveraineté populaire, ni celui d'organisation démocratique imposé par l'art. 51 al. 1 Cst., disposition dont la portée juridique reste approximative (sur la question, *supra* N 281 et 303 ss).

677

La pratique fait largement usage de cette possibilité, puisque certaines organisations intercommunales – notamment les associations de communes – peuvent adopter des lois équivalant à une loi au sens formel quand bien même l'organe intercommunal compétent n'est pas élu par la population. Il semble aujourd'hui admis, en matière intercommunale, qu'une telle régionalisation législative ne connaît pas forcément d'autres limites que celles déduites du principe de la spécialité. Parallèlement, tout en reconnaissant sa constitutionnalité, le constituant fédéral a choisi de poser des limites expresses à la régionalisation législative en matière intercantonale, la délégation législative devant non seulement respecter le principe de spécialité, mais également « fixer les grandes lignes » des dispositions à adopter (voir *supra* N 543 ss). Au niveau intercantonal donc, les limites de la régionalisation de la fonction législative sont étroitement liées à l'interprétation que l'on entend faire de cette règle ancrée à l'art. 48 al. 4 Cst.

Nous traiterons évidemment toutes ces questions plus en détail dans le chapitre consacré au droit applicable aux organisations conventionnelles et à la légistique régionale (*infra* N 917 ss).

678 *La délégation de compétences législatives à une autre collectivité.* – On mettra en exergue, à ce stade de la thèse, que la régionalisation des compétences législatives ne passe pas forcément par la création d'un organe intercantonal ou intercommunal commun. Un canton ou une commune peut accepter que le droit d'un autre canton ou d'une autre commune s'applique – en lieu et place du sien – sur son propre territoire dans le cadre d'une collaboration régionale¹²².

Ni la Constitution fédérale, ni les constitutions cantonales – en tout cas celles des cantons de Suisse romande – n'interdisent la délégation législative en faveur d'une autre collectivité (sur la question, *supra* N 540 ss). Sur le principe, elles n'empêchent pas davantage de procéder à un renvoi législatif dynamique à des normes adoptées par une autre collectivité publique, procédé qui est d'ailleurs extrêmement fréquent en pratique, comme nous le verrons encore. Seulement, un tel renvoi dynamique – qui équivaut à une délégation législative sur le plan juridique et fonctionnel – devrait, en théorie, respecter les règles applicables à celle-ci. Il devrait être prévu dans une loi au sens formel, se limiter à un domaine précis et ne devrait pas conduire à ce que le législateur délégataire soit libre de décider des règles importantes qui vont s'appliquer sur le territoire du canton ou de la commune qui s'en remet à lui (*supra* N 530 et 556).

Précisons à nouveau que nous traiterons cette question en détail dans le chapitre consacré au droit applicable aux organisations régionales conventionnelles et à la légistique régionale (*infra* N 948 ss).

679 *La régionalisation de la haute surveillance.* – La régionalisation des compétences parlementaires traditionnelles peut porter sur d'autres compétences que celles de type législatif. L'on peut ainsi envisager une régionalisation du pouvoir de (haute) surveillance parlementaire à chaque fois que l'exécution d'une tâche est organisée de manière régionale.

La pratique connaît déjà – tant au niveau intercantonal qu'intercommunal – l'institution de commissions interparlementaires régionales chargées, entre autres, d'examiner le budget et les comptes d'une organisation régionale déterminée, de présenter un rapport devant les législatifs des collectivités associées et, ainsi, de seconder ces derniers dans leur charge de haute surveillance¹²³.

¹²² Dans ce sens, mais pas clairement, SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 54 ad art. 48 Cst., selon lesquels « *Interkantonale Verträge können selbstverständlich Rechtsetzungskompetenzen an die Kantone als Vertragspartner übertragen* »; cf. aussi WALDMANN/OESCHGER (2011/1), N 13; *contra* HÄNNI (1998), p. 664 et 666.

¹²³ Pour un exemple intercommunal, voir la convention intercommunale « Fonds culturel Riviera » qui a été conclue en 2002 par les communes de Blonay, Chardonne, Corseaux, Corsier, Jongny, Montreux, St-Légier-La Chièssaz, la Tour-de-Peilz, Vevey et Veytaux et qui institue

Cette forme de régionalisation de la surveillance n'a jamais éveillé de doutes particuliers et est parfois même imposée par le droit supérieur (sur la question en détail, *infra* N 798 ss).

Enfin, l'organisation régionale conventionnelle en matière de haute surveillance de l'activité étatique pourrait *a priori* représenter un objectif en soi, en dehors de toute régionalisation conventionnelle de tâches publiques. Ce serait le cas de la création d'autorités intercantionales spécialisées chargées de surveiller l'activité de différentes organisations ou autorités cantonales.

Vers des Cours des comptes et des Conseils de magistrature intercantonaux ? – La création d'une cour des comptes intercantonale – ou d'une commission intercantonale des finances – permettrait éventuellement de procéder à des comparaisons entre les cantons, ces derniers pouvant s'inspirer de ce qui fonctionne bien dans d'autres cantons et copier certaines de leurs règles ou certaines de leurs mesures¹²⁴. Il s'agirait là simplement d'exploiter la capacité d'innovation induite par le système fédéral. De même, la création d'un conseil supérieur de la magistrature permettrait probablement d'améliorer l'indépendance de la surveillance des autorités judiciaires, étant admis qu'en principe, les juristes d'un canton se connaissent souvent bien et se côtoient beaucoup¹²⁵. Le constituant genevois l'autorise d'ailleurs spécialement à l'art. 125 al. 2 Cst-GE, lequel a reçu la garantie des Chambres fédérales. Dans cette mesure, l'obstacle à l'institution de telles autorités semble politique, et non constitutionnel, du moins au regard de la Constitution fédérale¹²⁶.

une commission intercommunale, composée de membres des différents législatifs des communes partenaires et censée contrôler la gestion du fonds intercommunal.

¹²⁴ Un postulat avait été déposé dans ce sens au Grand Conseil vaudois le 22 juin 2010. Le député qui en était à l'origine estimait que pour réduire les coûts de la Cour des comptes qui devait être créée, il aurait fallu la transformer en une instance intercantonale commune avec le canton de Genève. Le Conseil d'État vaudois n'y a pas vu d'impossibilité juridique, mais une impossibilité factuelle à rationaliser le fonctionnement d'une telle institution, considérant qu'il serait nécessaire d'engager à la fois des personnes spécialisées dans les affaires vaudoises et des personnes spécialisées dans les affaires genevoises. Il en a conclu qu'« une Cour valdo-genevoise ne serait que la conséquence d'une fusion entre les deux cantons », sans considérer qu'une telle autorité aurait violé la souveraineté cantonale (cf. CONSEIL D'ÉTAT VD [2012], p. 3 s.).

¹²⁵ Voir la motion déposée par M. Mahaim et consorts pour une autorité indépendante de (haute) surveillance de la justice et du Ministère public (12_MOT_011), Séance du Grand Conseil vaudois du 30 octobre 2012; aussi l'interview de TANQUEREL (2015), p. 8.

¹²⁶ Cette opinion vaut assurément tant qu'il s'agit de régionaliser des compétences de (haute) surveillance au sens strict (p. ex. le contrôle de l'activité des magistrats judiciaires, l'instruction des plaintes les concernant, etc.). La possibilité de régionaliser des compétences disciplinaires – qui incluraient notamment celle de prononcer une révocation d'un juge cantonal – peut en revanche apparaître douteuse. À cet égard, on remarquera ici que le constituant genevois n'a sciemment autorisé le législateur cantonal qu'à intercantonaliser « des fonctions » du Conseil supérieur de la magistrature genevois, et non pas « les fonctions » de cette autorité (cf. Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise, Tome XVII, p. 8869 et 8984 avec

680 *L'interdiction des « parlements régionaux » : le principe.* – Si l'octroi de compétences traditionnellement parlementaires – notamment législatives, mais pas uniquement – à un organe régional est admise, il ne doit pas conduire à la création d'un « parlement régional ». C'est en tout cas ce que retient régulièrement la doctrine¹²⁷. Il faut assurément se rallier à celle-ci dans la mesure où la notion de « parlement régional » couvre, selon elle, l'institution d'une autorité intercantonale ou intercommunale qui serait élue directement ou indirectement par le peuple – donc largement indépendante – et qui serait dotée d'une compétence universelle ou, du moins, de larges attributions. Il faut y voir non seulement une règle déduite de l'interdiction d'un quatrième niveau étatique (*supra* N 327 ss), mais également une énième déclinaison du principe de spécialité (*supra* N 430 s.).

681 *L'interdiction des « parlements régionaux » : l'application pratique.* – Il ne faut pas donner à la notion de « parlement régional » une portée trop large. Sur un plan constitutionnel, il n'est pas possible d'affubler n'importe quelle autorité intercantonale ou intercommunale d'un tel qualificatif du simple fait qu'elle présente des caractéristiques « parlementaires ».

Ainsi, l'interdiction de créer des « parlements régionaux » déduit du principe de « souveraineté » cantonale n'exclut pas l'élection populaire directe ou indirecte d'une autorité représentative régionale, qui pourrait certes apparaître comme « parlementaire » sous cet angle de vue, mais qui bénéficierait de compétences bien délimitées et peu importantes. Ainsi en va-t-il d'une assemblée interparlementaire chargée de contribuer au rapprochement de plusieurs collectivités en développant des projets et des idées de collaboration¹²⁸. Il en va de même d'une éventuelle assemblée constituante intercantonale appelée à adopter un projet de constitution cantonale soumise à approbation populaire dans plusieurs cantons (sur l'élection directe des organes, *infra* N 849 s.)¹²⁹.

Tome XXII, p. 11419 et 11470; voir pour une opinion apparemment plus large TANQUE-REL [2015], p. 8; aussi PELLATON [2016], N 1145-1154).

¹²⁷ Voir, notamment, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.; BRUNNER (2000), p. 180; MARTENET (1999), p. 287 s.; AUBERT (2003), N 4 ad art. 48 Cst.; AUBERT (1982), N 880.

¹²⁸ Voir, pour un exemple, l'arrêté instituant une Commission de collaboration intercommunale La Chaux-de-Fonds - Le Locle, adopté le 24 novembre 1994 (consulté sur www.chaux-de-fonds.ch > Documents, règlements > Réglementation communale, le 28 février 2016); voir aussi la motion parlementaire lucernoise « Motion über die Schaffung von parlamentarisch-demokratischen Strukturen und Institutionen in der Region Zentralschweiz », JGKD n° 430, du 2 juillet 2001, et la réponse du même jour (consultées sous www.lu.ch > Kantonsrat > Parlamentsgeschäfte > Geschäfte vor Juni 2015 > Vorstösse, le 30 juin 2017); BRUNNER (2004), p. 149.

¹²⁹ Dans ce sens d'ailleurs, WALDMANN, in : Regierungsrat BL (2013), p. 8

En matière de collaboration intercantonale, l'une des implications concrètes de l'interdiction des « parlements régionaux » consiste en l'impossibilité d'instituer un organe interparlementaire qui pourrait soumettre en tout temps un projet de concordat à plusieurs parlements cantonaux. Le Forum Interparlementaire Romand (FIR) a par le passé proposé l'institution d'un tel organe avant de se raviser¹³⁰. L'interdiction d'instituer des « parlements régionaux » a enfin d'autres implications pratiques en ce qui concerne la procédure de modification des conventions organisatrices régionales. Nous traiterons encore plus en détail toutes ces questions dans les chapitres de la thèse consacrés aux commissions interparlementaires et à la procédure conventionnelle (*infra* N 822 et 1088 ss).

B. La régionalisation des fonctions exécutives et gouvernementales

En général. – Il est évidemment possible de mettre en place des organisations régionales conventionnelles impliquant, pour les communes ou les cantons qui y participent, la délégation de compétences qui relèvent traditionnellement de la fonction « exécutive ». C'est même là la fonction étatique « régionalisable » par excellence, puisque l'organisation régionale conventionnelle consiste la plupart du temps en la mise en place d'une structure administrative intercantonale ou intergouvernementale chargée de l'exécution ou de la coordination d'une tâche publique pour le compte de plusieurs collectivités. Il va toutefois de soi que cette intercantonalisation ou cette intercommunalisation de la fonction exécutive de l'État ne doit pas porter une atteinte exagérée à la « souveraineté » cantonale, respectivement à l'autonomie communale, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas engendrer la création d'autorités qui pourraient passer pour de véritables « gouvernements communs » à plusieurs collectivités.

L'interdiction d'un « gouvernement commun ». – La préservation de la « souveraineté cantonale » et de l'autonomie communale implique que chaque canton et chaque commune conserve un organe propre et indépendant qui soit en charge de la planification et de la conduite politiques et financières de la collectivité concernée. Un tel organe « exécutif » représente un élément central et inaliénable de l'organisation politique des cantons et des communes. Nous l'avons vu en deuxième partie de thèse (*supra* N 311).

¹³⁰ Voir art. 3 par. 6 du projet de concordat-type proposé à l'origine (cf. FIR [1999]: « En tout temps, la Commission, par ses délégations, peut soumettre aux Grands Conseils un projet de concordat ») qui a été modifié en ce sens qu'« [e]n tout temps, la commission, par ses délégations, peut proposer aux Grands Conseils d'inviter les Conseils d'État à négocier un projet de concordat » (FIR [2000]).

On pourrait également considérer que la création d'un exécutif intercantonal ou intercommunal indépendant aux larges compétences violerait, comme la création d'un parlement régional, le principe de spécialité ainsi que l'interdiction d'un quatrième échelon étatique (voir aussi *supra* N 680). C'est ce qu'écrivait déjà AUBERT en 1982 à propos de la collaboration intercantonale. Cet auteur considérait qu'il était impossible de créer un « gouvernement commun », au risque sinon de procéder à une fusion larvée de cantons ou, à tout le moins, d'instituer un niveau étatique supplémentaire inconstitutionnel entre les cantons et la Confédération¹³¹.

La jurisprudence fédérale. – Il est vrai que le Tribunal fédéral n'a rien trouvé à redire à l'institution d'un conseil communal commun à deux communes, comme le permettait le droit fribourgeois par le passé pour les communes de moins de 150 âmes¹³². L'on pourrait toutefois se demander si une telle réglementation serait encore conforme à l'art. 131 al. 2 Cst. FR qui prévoit que « [c]haque commune a une assemblée communale ou un conseil général ainsi qu'un conseil communal ». Par ailleurs, autre fait important en la cause, le Tribunal fédéral avait été saisi d'un recours pour violation des droits politiques et non directement d'un recours pour violation de l'autonomie communale (sur l'implication de cet arrêt en matière de compréhension de la souveraineté populaire communale, *supra* N 305).

684 *La notion de « gouvernement commun ».* – La question reste évidemment de déterminer ce qu'est un « gouvernement commun ».

À notre sens, une autorité intercantonale ou intercommunale est « gouvernementale » dès lors qu'elle a le pouvoir de prendre des décisions – ou de procéder à des actes – politiques et financiers importants et contraignants dans des domaines centraux de la vie politique. À partir de là, de simples conférences intergouvernementales ou interdépartementales censées améliorer la collaboration entre les cantons dans leur domaine de compétences et assurer la coordination de leurs politiques ne représentent pas des formes de « gouvernements communs ». La pratique en connaît passablement (pour des exemples, *supra* N 194 s.).

Afin de favoriser une coordination des décisions politiques, plusieurs cantons ou communes peuvent même décider d'obliger leurs gouvernements à se réunir régulièrement, afin que ceux-ci s'informent et développent des projets communs, et, le cas échéant, les enjoindre à fixer un échéancier commun en vue de la réalisation de ces mêmes projets. Des conférences plénières à l'échelon régional peuvent créer d'excellentes occasions de contacts entre membres

¹³¹ AUBERT (1982), N 880; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.

¹³² ATF 89 I 80.

d'exécutifs, contacts qui ne se cantonnent pas dans le cercle étroit des attributions de chacun, à l'inverse de ce qui se passe dans les conférences de chefs de départements¹³³.

L'exemple bâlois. – La convention-cadre de collaboration conclue entre les deux cantons de Bâle (sur cette convention, *supra* N 234) oblige ainsi les deux gouvernements cantonaux bâlois à se rencontrer régulièrement et à s'informer sur leurs projets législatifs et de planification. Elle souligne cependant que, même si les deux gouvernements cantonaux bâlois collaborent étroitement et siègent régulièrement ensemble, ils ne représentent pas pour autant un organe commun aux deux cantons et qu'ils ne prennent pas de décision commune¹³⁴.

Les limites du possible. – Concrètement, la limite de l'admissible serait par exemple dépassée par la création d'une sorte d'« exécutif régional » qui, sur la base d'une décision de la majorité de ses membres, pourrait proposer des projets identiques – notamment de type législatif ou conventionnel – à plusieurs parlements cantonaux ou communaux dans des domaines très divers ou très larges¹³⁵. On peut tout au plus imaginer que certaines décisions à ce point importantes soient prises au sein d'un tel organe à l'unanimité. Dans un tel cas, la « souveraineté » cantonale ou l'autonomie communale est quelque peu préservée dans la mesure où l'exécutif cantonal ou communal peut donner des directives contraignantes à son ou ses représentants. 685

Le cas de la CDIP. – À un niveau non pas régional, mais national, la CDIP représente peut-être un exemple de « gouvernement intercantonal » – non régional – prenant des décisions importantes portant sur un domaine sensible de politique cantonale. En effet, elle se fonde sur le premier accord intercantonal engageant les cantons dans une coopération générale sur l'ensemble d'un domaine politique, en l'occurrence l'instruction et la formation (aussi *supra* N 195)¹³⁶. L'existence de cet organe qui pourrait, dans l'abstrait, atteindre, voire dépasser les limites de ce qui est habituellement admissible d'un point de vue du respect de la souveraineté cantonale, peut toutefois se fonder, aujourd'hui, sur l'art. 61a al. 2 Cst. qui permet aux cantons d'assurer leur coopération dans le domaine de l'enseignement et de la formation par des « organes communs ».

¹³³ Cf. GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 325.

¹³⁴ Cf. art. 3, 1^{ère} phr., V-Zusammenarbeit BS/BL.

¹³⁵ RICHLI (2001), p. 113; cf. art. 3, 2^{ème} phr., V-Zusammenarbeit BS/BL, lequel précise qu'en matière de collaboration intergouvernementale entre les deux cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne, les « *Anträge zuhanden der beiden Parlamente, die partnerschaftliche Geschäfte betreffen, gehen von den Regierungsräten der beiden Kantone aus* ».

¹³⁶ Cf., dans ce sens, CSEC-N (2005), p. 5175; aussi AUER (2016), N 795.

C. La régionalisation des fonctions judiciaires et parajudiciaires

686 *Plan.* – Après avoir examiné la question des possibilités et des limites de la régionalisation des fonctions dites « parlementaires » et « exécutives », il convient d'examiner la question de la régionalisation des fonctions et compétences cantonales « judiciaires » ou, du moins, « parajudiciaires ». Cette question appelle, d'un point de vue constitutionnel, un examen différencié selon que l'on envisage la création d'une autorité judiciaire commune à plusieurs cantons (1), la délégation de compétences judiciaires à un autre canton (2) ou une organisation intercantonale des ministères publics (3). Il convient enfin de distinguer d'autres formes de réglementation régionale de l'organisation judiciaire cantonale qui ne représentent pas à proprement parler des cas de régionalisation conventionnelle des compétences judiciaires, même si elles peuvent y ressembler sur un plan fonctionnel (4).

1. Les autorités judiciaires communes

687 *Le principe.* – Comme nous l'avons déjà abordé en première partie de thèse, l'adoption de l'art. 191b Cst. par le constituant fédéral empêche aujourd'hui de douter de l'admissibilité d'éventuelles autorités judiciaires régionales (*supra* N 94). Cette disposition, qui prévoit que les cantons « peuvent instituer des autorités judiciaires communes », semble n'imposer aucune limite expresse en la matière. Cela signifie que les cantons sont libres d'instituer des autorités judiciaires communes de première instance et/ou de dernière instance dans des domaines larges ou spécifiques¹³⁷. Sur le principe, la création d'autorités judiciaires communes peut même intervenir en dehors de toute régionalisation de tâches publiques et, ainsi, représenter un but en soi, en vue d'améliorer la compétence des tribunaux par le biais de leur spécialisation, ou, éventuellement, afin de réduire les dépenses étatiques dans le domaine judiciaire concerné¹³⁸.

688 *Les limites générales.* – L'institution d'une ou de plusieurs autorités judiciaires communes ne doit pas porter une atteinte trop forte à la « souveraineté » cantonale, dont l'une des caractéristiques essentielles est de posséder des compétences judiciaires propres dans les domaines civil, pénal et administratif (sur l'importance des compétences judiciaires cantonales, *supra* N 292 s.)¹³⁹. Il nous semble que chaque canton doit continuer de disposer d'un certain appareil judiciaire, étant rappelé que l'adoption de l'art. 191b Cst. visait à souligner la faculté

¹³⁷ Dans ce sens également, BSK BV-WALDMANN (2015), N 9 ad art. 191b Cst.; MAHON (2003), N 7 ad art. 191b Cst.; SÄGESESSER (2000), N 1204 ad art. 191b Cst.

¹³⁸ Cf. SG Komm. BV-KISS/KOLLER (2014), N 21 ad art. 191b Cst.; RHINOW (2000), p. 210.

¹³⁹ Dans le même sens, cf. ABDERHALDEN (1999), p. 162 s.

qu'avaient les cantons d'instituer des instances spécialisées appelées à juger certains types déterminés de causes (sur la *ratio legis* de la disposition, *supra* N 95)¹⁴⁰. Cette idée ressort clairement de la constitution cantonale bâloise selon laquelle la loi ne peut confier que « certaines » compétences juridictionnelles à des tribunaux régionaux¹⁴¹. On peut y voir une concrétisation du principe de spécialité valable lors de tout projet ou type de décentralisation (sur la question, *supra* N 430).

La juridiction civile et pénale. – Ainsi, dans les domaines civils et pénaux, la régionalisation du pouvoir judiciaire devrait avant tout viser des domaines nécessitant des connaissances professionnelles particulières ou des gains d'efficacité particuliers¹⁴². On citera l'exemple du projet, pour l'heure « schubladisé », de tribunal pénal des mineurs interjurassien (*supra* N 218), celui d'un tribunal intercantonal de commerce ou celui d'une instance de recours intercantonale en matière de droit du travail. 689

La juridiction administrative. – Dans la même logique, la création d'une autorité de juridiction administrative intercantonale devrait avoir pour vocation prioritaire d'assurer une voie de recours unifié contre des décisions prises par une autorité administrative intercantonale. Elle est également envisageable dans des domaines particuliers où le droit applicable a déjà été passablement harmonisé au niveau intercantonal ou fédéral¹⁴³ ou, éventuellement, dans des domaines où une régionalisation judiciaire est véritablement propre à améliorer l'indépendance ou l'impartialité de la justice, en apparence du moins (p. ex. responsabilité de l'État pour les actes de ses policiers ou magistrats)¹⁴⁴. 690

Pour le reste, le contrôle juridictionnel de la bonne application du droit public cantonal doit appartenir, pour l'essentiel, à une autorité judiciaire cantonale propre¹⁴⁵. La création d'un véritable « Tribunal administratif intercantonal »

¹⁴⁰ Voir aussi TÖNDURY (2004), p. 226: « In Artikel 191b Absatz 1 werden die Kantone demgemäss ermächtigt, gemeinsame richterliche Behörden einzusetzen. Die Aufnahmen dieser Spezialnorm zeigt jedoch, dass die Bundesverfassung nicht von einer generellen Befugnis der Kantone zur Errichtung solcher Organe ausgeht, sondern dass dafür enge Grenzen zu ziehen sind. »

¹⁴¹ Voir art. 117 al. 3 Cst. BS; cf. FREIVOGEL (2008), p. 404.

¹⁴² Dans ce sens, SCHMID (2007), p. 702; PFISTERER (2006), p. 313; voir pour l'incitation à créer un tribunal pénal des mineurs intercantonal spécialisé, CONSEIL FÉDÉRAL (2006/II), p. 1342.

¹⁴³ Dans ce sens, mais en se fondant sur des considérations pratiques, SÄGESESSER (2000), N 1204 ad art. 191b Cst.

¹⁴⁴ Voir pour un tel exemple imaginé dans le canton de Fribourg, VOLLERY (2011), p. 135, n. 100.

¹⁴⁵ On soulignera d'ailleurs ici que le Tribunal fédéral examine les griefs de violation du droit cantonal uniquement sous l'angle de l'arbitraire (cf. art. 95 LTF).

n'est donc pas possible, contrairement à ce qu'on laisse entendre parfois¹⁴⁶. Les cantons ayant de la peine à trouver un nombre suffisant de juges compétents devront plutôt réfléchir à d'autres types de collaboration intercantonale. Il leur faut notamment envisager d'élire ou d'engager des juges qui sont domiciliés hors du canton, voire qui sont déjà élus à une fonction judiciaire dans un autre canton. Nous exposerons plus en détail ces solutions qui procèdent à une « régionalisation improprement dite » de la fonction judiciaire (*infra* N 705)¹⁴⁷.

La comparaison avec le droit allemand. – La situation juridique qui prévaut est donc différente de celle que connaissent certains *Länder* allemands. En effet, après l'échec d'une procédure de fusion entre le *Land* de Berlin et le *Land* du Brandebourg en 1996, ces deux *Länder* ont conclu le 26 avril 2004 une convention en vue de la création de plusieurs tribunaux communs, dont un tribunal administratif supérieur commun, appelé *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* et fonctionnant depuis le 1^{er} juillet 2005. D'autres tribunaux communs spécialisés ont également été créés à cette occasion, comme le *Landessozialgericht Berlin-Brandenburg*, le *Finanzgericht Berlin-Brandenburg* et le *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg*¹⁴⁸.

691 *Les limites du droit constitutionnel cantonal.* – L'art. 191b Cst. ne fait que clarifier la question de la possibilité qu'ont les cantons de s'associer en vue de la création d'autorités judiciaires communes. Même si certains constituants cantonaux l'ont fait spontanément¹⁴⁹, le droit fédéral ne les contraint pas à tolérer, ni à encourager la création de telles autorités. À l'instar de ce qui prévaut s'agissant de l'institution d'un organe réglementaire intercantonal (*supra* N 548), il

¹⁴⁶ Dans le même sens, GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 324: « On peut cependant avoir des craintes si une partie importante du pouvoir juridictionnel doit passer à un organe intercantonal. Ce pouvoir est une pièce maîtresse de l'organisation des autorités au sein d'un canton, et celui-ci ne peut pas y renoncer sans raison majeure. » Cf. aussi ZEHNDER (2007), p. 46; HÄNNI (1998), p. 665; JENNY K. (1984), p. 291; HÄFELIN (1969), p. 662; apparemment BORTER (1976), p. 117, lequel semble limiter la création d'autorité judiciaire intercantonale à un « *spezielles Verwaltungsgebiet* » ; *contra* COMM. D'EXPERTS CST. (1977), p. 100, selon laquelle « rien ne s'opposerait, constitutionnellement, à ce que plusieurs d'eux [cantons] créent un tribunal administratif commun » ; apparemment aussi, RHINOW (2015), p. 31 et SG Komm. BV-KISS/KOLLER (2014), N 18-23 ad art. 191b Cst., lesquels semblent justifier la création de tribunaux administratifs intercantonaux par le fait que les cantons n'étaient même pas obligés d'instituer des tribunaux administratifs cantonaux avant la réforme de la justice et qu'il est donc illogique de prétendre que la juridiction administrative est l'un des attributs essentiels de la « souveraineté » cantonale. À notre sens, cette argumentation tombe à faux dans la mesure où l'important est que la bonne application du droit cantonal était en principe toujours examinée par une autorité cantonale, que cette dernière soit juridictionnelle ou administrative.

¹⁴⁷ Dans ce sens également, GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 324.

¹⁴⁸ Voir le Staatsvertrag über die Errichtung gemeinsamer Fachobergerichte der Länder Berlin und Brandenburg, Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, 60^e année, n° 39, 22 septembre 2004, p. 381).

¹⁴⁹ Voir, par exemple, art. 62 al. 3 Cst. LU; art. 69a al. 3 ch. 2 de la Constitution du canton de Nidwald du 10 octobre 1965 (Cst. NW; RS 131.216.2).

n'interdit pas aux constituants cantonaux de se montrer plus restrictifs que le constituant fédéral sur la question.

En principe donc, la création d'autorités judiciaires intercantionales doit respecter les constitutions cantonales des cantons concernés. L'importance d'une telle assertion n'est pas qu'académique, car il arrive que la réglementation constitutionnelle, de par son caractère détaillé, ne laisse pas de place à une organisation judiciaire intercantonale¹⁵⁰. Les exécutifs cantonaux jurassiens et neuchâtelois ont par exemple renoncé à la création d'un tribunal intercantonal ou d'une commission intercantonale en matière de protection des données statuant en tant que dernière instance judiciaire cantonale, notamment parce qu'une telle organisation, selon eux, aurait nécessité des modifications constitutionnelles préalables¹⁵¹.

De même, interrogé sur la question de la création d'un Tribunal des mineurs interjurassien, le Conseil-exécutif bernois a déjà eu l'occasion de considérer qu'une telle démarche ne semblait pas conforme à l'art. 67 al. 1 ConstC BE, lequel prévoit que seuls les citoyens et citoyennes du canton de Berne sont éligibles à la charge de juge. Il en a conclu que la justice pénale des mineurs n'était ainsi pas une tâche qui pouvait être déléguée à un organe intercantonal, du moins sans modification constitutionnelle préalable¹⁵². On aurait probablement pu soutenir qu'une révision constitutionnelle eût été nécessaire dans le canton du Jura également, du fait l'on peut inférer de la réglementation détaillée de la constitution cantonale jurassienne en matière d'organisation judiciaire que celle-ci ne permet pas que la justice soit exercée par des institutions intercantionales (sur la réglementation jurassienne, *supra* N 598)¹⁵³.

Les limites du droit constitutionnel cantonal : suite. – À l'inverse, la création d'une autorité judiciaire intercantonale commune est conforme à la constitution cantonale à chaque fois que celle-ci a laissé le soin au législateur de régler totalement l'organisation judiciaire. Il en va de même à chaque fois que le constituant a réservé à ce même législateur le droit d'instituer des autorités judiciaires spéciales, pour autant alors que la compétence de l'instance intercantonale nouvellement créée se limite à un domaine restreint (voir aussi, sur la question, *supra* N 597)¹⁵⁴.

692

¹⁵⁰ Pour un raisonnement similaire sur l'implication d'une réglementation détaillée de l'organisation judiciaire par la constitution cantonale, cf. Komm. KV ZH-SCHMID/HÄNER (2007), N 4-10 ad art. 73-79 Cst. ZH.

¹⁵¹ Cf. GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2010), p. 3.

¹⁵² Voir la Réponse du 13 mai 2009 du Conseil-exécutif bernois à l'interpellation de M. Zuber, Réforme judiciaire et Tribunal des mineurs interjurassien, du 3 mars 2009.

¹⁵³ Dans ce sens, MORITZ (2002), N 140 ad art. 77 et 78 Cst. JU.

¹⁵⁴ On pourrait cependant se demander si le constituant n'entendait pas se référer uniquement à des autorités spéciales cantonales, à l'exclusion de toute autorité intercantonale (dans ce sens, SCHULER [2006], N 8 ad art. 16 Cst. GR). Quoi qu'il en soit, dans ces cantons, il s'agira encore

Ainsi, le gouvernement grison a déjà eu l'occasion de considérer que l'institution de tribunaux intercantonaux disposant de compétences juridictionnelles sur le territoire cantonal – en l'occurrence une autorité intercantonale de recours en matière de reconnaissance des diplômes – n'était pas contraire à la constitution cantonale puisque celle-ci reconnaît au législateur cantonal le droit de prévoir des « autres autorités judiciaires » (« *weitere richterliche Behörde* ») que celles prévues par elle¹⁵⁵.

Un raisonnement similaire pourrait aussi être adopté afin de démontrer, par exemple, que la création d'autorités judiciaires intercantionales ne serait pas contraire à la constitution cantonale fribourgeoise (sur la réglementation fribourgeoise, *supra* N 597).

2. La délégation de compétences judiciaires

693 *La problématique.* – Dans la mesure où le droit constitutionnel fédéral envisage uniquement la création d'organes judiciaires intercantonaux, on peut se demander s'il n'interdit pas aux cantons, par le biais d'un silence qualifié, de procéder à une délégation de leurs pouvoirs judiciaires à d'autres cantons. Autrement dit, la question est de savoir si, au sens de la Constitution fédérale, un canton peut valablement céder à une autorité judiciaire d'un autre canton la compétence exclusive de se prononcer sur des litiges qui, normalement, devraient être jugés par ses propres tribunaux. Il faut dire, à titre comparatif, que l'ancienne Constitution fédérale prévoyait expressément la possibilité pour les cantons de déléguer certaines de leurs compétences judiciaires au Tribunal fédéral (sur la question, *supra* N 293).

694 *Le principe.* – Le fait que la Constitution fédérale n'autorise pas explicitement la délégation de compétences judiciaires d'un canton à un autre ne constitue pas, à notre sens, un silence qualifié du droit fédéral qui prohiberait ainsi une telle délégation. La problématique de la délégation de compétences judiciaires est bien couverte par l'art. 48 al. 1 Cst. qui encourage la collaboration intercantonale dans tous les domaines et, notamment, en matière de justice (sur l'art. 48 al. 1 Cst., *supra* N 84 s.). Bien plus, la Constitution fédérale – qui n'empêche pas la délégation de compétences législatives cantonales – ne semble pas s'opposer au principe même d'une délégation de compétences judiciaires, comme l'illustre l'art. 191b al. 2 Cst.¹⁵⁶.

de se demander si le mode de nomination des juges intercantonaux est, lui, conforme à la constitution cantonale (dans ce sens également, GROUPE DE TRAVAIL CST. [1973], p. 324; voir sur la question N 691 et 831 s.).

¹⁵⁵ Voir art. 56 Cst. GR; REGIERUNG GR (2006/I), p. 1417, à propos de la constitutionnalité de la Commission (intercantonale) de recours CDIP/CDS.

¹⁵⁶ Dans le même sens, OFJ (2002), p. 5.

La légitimité démocratique des autorités judiciaires appelées à se prononcer sur des affaires extracantonales pâtira légèrement du fait qu'elles n'ont pas été élues ou désignées – directement ou indirectement – par la population qui est soumise à cette extension de juridiction¹⁵⁷. Néanmoins, la Constitution fédérale n'exige aucunement des cantons qu'ils prévoient que leurs juges soient élus selon une procédure démocratique cantonale (*supra* N 282)¹⁵⁸. Cette forme de régionalisation de compétences judiciaires est donc admissible, pour autant qu'elle ne viole pas le principe de l'indépendance des juges¹⁵⁹. Cette petite exigence ne devrait pas poser de problème, car l'on peut soutenir qu'il s'agit là d'un procédé qui, sauf situation particulière, favorise l'indépendance des juges, notamment dans les petits cantons où la proximité entre juges et justiciables locaux s'avère parfois problématique¹⁶⁰.

Les limites générales à la délégation de compétences judiciaires. – La délégation intercantonale de compétences judiciaires pose toutefois de nombreux problèmes qui font qu'elle devrait malgré tout rester exceptionnelle en l'état du droit constitutionnel fédéral.

695

Le fait est qu'à l'instar de la création d'autorités judiciaires intercantionales, la délégation de compétences judiciaires à d'autres cantons ne peut guère porter sur de larges pans de l'activité judiciaire cantonale (*supra* N 688 ss). On peut même se demander si la délégation de compétences judiciaires au profit d'un autre canton ne doit pas être soumise à des restrictions plus sévères que la création d'autorités judiciaires communes, compte tenu du fait que cette forme de régionalisation judiciaire ne bénéficie pas d'une consécration constitutionnelle expresse¹⁶¹, tout en représentant une atteinte plus forte au principe de souveraineté. Il apparaîtrait ainsi assez logique qu'elle ne puisse porter que sur des domaines extrêmement spécialisés et bien délimités et qu'elle ne se justifie pas pour des raisons financières uniquement.

¹⁵⁷ SCHNYDER T. (2012), p. 8.

¹⁵⁸ Voir aussi BORTER (1976), p. 117.

¹⁵⁹ Cf., dans le même sens, ZRK (2003), p. 7; OFJ (2002), p. 4 s.; ZEHNDER (2007), p. 45 s. et 291; FLEINER/IVANOV (2007), p. 70-72. Le procédé était ou est encore largement connu dans les cantons qui connaissent encore certains tribunaux de rang communal, l'organisation d'un tribunal n'étant guère à la portée des petites communes. Par exemple, de nombreuses communes suburbaines bernoises s'étaient affiliées aux tribunaux du travail de Berne et de Thoune par un contrat dans lequel elles renonçaient à nommer leurs propres juges et assesseurs et se soumettaient au règlement du tribunal (cf. OACOT BE [2000], p. 42-43).

¹⁶⁰ Cf., dans ce sens, SCHINDLER (2016), p. 114; BRUNNER (2000), p. 186; aussi, mais en matière de surveillance des fondations, CONSEIL D'ÉTAT NE (2011), p. 1130, selon lequel « l'éloignement augment[e] l'indépendance de l'autorité de surveillance ».

¹⁶¹ D'un autre avis, ZRK (2003), p. 8, où il est soutenu que l'art. 191b Cst. couvre toutes les formes de « tribunaux intercantonaux » (« *interkantonale Gerichte* »).

696

Les limites découlant du droit au juge du domicile. – La délégation judiciaire à un autre canton ne se voit pas uniquement limitée par un problème de respect de la souveraineté cantonale, mais également par le problème de l'admissibilité des « juges étrangers ». En effet, l'art. 31 al. 2 Cst. donne le droit à tout un chacun à ce que les actions civiles dirigées contre lui soient jugées par des autorités judiciaires instituées par son propre canton. Comme nous l'avons vu, seul le législateur fédéral peut *a priori* déroger à ce principe au sens de la jurisprudence fédérale (sur la question, *supra* N 590). Un canton ne peut dès lors pas déléguer à des autorités judiciaires extracantonales le soin de juger les affaires que ses propres autorités devraient normalement juger en application du droit fédéral en tant que tribunaux du for du domicile du défendeur¹⁶².

À notre sens, cette limitation partielle – mais non négligeable – à la délégation de compétences judiciaires entraîne *de facto* une impossibilité de déléguer des compétences judiciaires en matière civile¹⁶³.

Exemple pratique. – Imaginons une convention par laquelle le canton de Schaffhouse déléguerait au canton de Zurich – et plus précisément au *Handelsgericht* zurichois – la compétence de juger les affaires relevant du droit commercial. Il nous semble que le tribunal zurichois ne pourrait pas se déclarer valablement compétent sur la base de cette convention intercantonale, sans risquer de violer l'art. 30 al. 2 Cst., à chaque fois qu'un Zurichois actionnerait un Schaffhousois sur la base d'un contrat exécuté ou exécutable dans le canton de Schaffhouse, étant précisé qu'il n'existerait aucun lien de rattachement juridictionnel avec le canton de Zurich au sens du CPC, ni d'élection de for contractuel justifiant une compétence du *Handelsgericht*¹⁶⁴.

697

Les limites découlant du principe de légalité. – Enfin, dans la mesure où elle opère une délégation de compétences judiciaires, et non un simple rattachement juridictionnel (voir, sur la distinction, *infra* N 704), la convention intercantonale devrait non seulement être approuvée par le parlement cantonal, mais également

¹⁶² Contra ZRK (2003), p. 8: « Ein Problem könnte das verfassungsmässige Recht darstellen, dass jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, Anspruch darauf hat, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzkantons beurteilt wird (Art. 30 Abs. 2 BV). Ohne die Frage zu klären, inwiefern mit der Stiftungsaufsicht Zivilklagen nach Art. 30 BV in Zusammenhang stehen können, ist auch hier festzuhalten, dass eine interkantonale Aufsicht dem nicht widersprechen muss. Erstens kann mittels Gesetz (wozu auch ein Konkordat zählt) von diesem verfassungsmässigen Recht abgewichen werden (Art. 30 Abs. 2 BV) und zweitens sieht der neue Art. 191b BV ausdrücklich interkantonale Gerichte vor. »

¹⁶³ D'ailleurs, un ministre jurassien, M. Juillard, a déjà eu l'occasion de relever devant le Parlement jurassien « toute la problématique du juge naturel » qu'il convient de respecter lors des réflexions menées en vue de la mise en place d'éventuels tribunaux intercantonaux rendues possibles, en pratique, par l'unification des procédures civile et pénale au niveau national (cf. Journal des débats/JU, Séance du 26 septembre 2007, 577 s.).

¹⁶⁴ Sur le malaise que peut susciter à un particulier le devoir d'intenter une procédure devant les autorités d'un autre canton que celui de son domicile, cf. FLEINER/IVANOV (2007), p. 86; ZEHNDER (2007), p. 291.

fixer, dans les grandes lignes, l'organisation de l'autorité judiciaire délégataire et la procédure applicable devant elle¹⁶⁵. Cela signifie très concrètement que le canton délégataire ne pourrait plus forcément procéder à des modifications législatives dans le domaine judiciaire concerné sans l'accord du canton « déléguant ».

Il s'agit là d'une exigence découlant du principe de la légalité sur laquelle nous reviendrons encore plus en détail dans le chapitre de la thèse portant sur les règles de légistique et de droit applicable. Cette exigence devrait, théoriquement, compliquer le procédé de la délégation de compétences judiciaires et compromettre ainsi grandement son utilité (*infra* N 1004 s.).

Les limites découlant du droit cantonal. – Quant aux constituants cantonaux, ils n'ont en principe pas envisagé la problématique de la délégation de compétences judiciaires à d'autres cantons. Ce type de délégation est *a priori* constitutionnel – ou inconstitutionnel – dans la même mesure que l'est la création d'une autorité judiciaire intercantonale. Il est dès lors renvoyé à ce qui a déjà été dit à ce propos (*supra* N 691 s.). 698

3. La création de ministères publics intercantonaux

Le principe. – À l'instar de ce qui prévaut pour la création d'autorités judiciaires, l'institution de ministères publics intercantonaux est admissible du point de vue du droit constitutionnel fédéral¹⁶⁶. Il suffit de se rappeler que, lors de l'adoption de l'art. 191b al. 2 Cst., certains parlementaires avaient dans l'idée de souligner le fait que les cantons pouvaient instituer non seulement des tribunaux communs, mais également des organes de poursuite pénale communs (*supra* N 95). Au niveau infraconstitutionnel, le CPP n'interdit pas non plus une telle organisation entre cantons¹⁶⁷. Bien au contraire serait-on tenté de dire puisque l'unification du droit de procédure pénale était en partie motivée par la possibilité d'augmenter les synergies intercantionales (voir aussi *supra* N 623). 699

À partir de là, on voit mal comment l'on pourrait s'opposer juridiquement à l'institution de postes de procureurs intercantonaux communs, voire à la délégation de compétences à un ministère public d'un autre canton, comme certains cantons le pratiquent déjà (*supra* N 223).

Un domaine sensible. – Il n'empêche qu'une éventuelle régionalisation des ministères publics cantonaux ne représente pas une atteinte anodine à la souveraineté cantonale. Les ministères publics cantonaux exercent une fonction se 700

¹⁶⁵ Voir dans le même sens OFJ (2002), p. 8.

¹⁶⁶ Cf. aussi BSK BV-WALDMANN (2015), N 9 ad art. 191 b Cst.; SG Komm. BV-KISS/KOLLER (2014), N 22 ad art. 191b Cst.

¹⁶⁷ Dans le même sens, cf. KELLER (2014), N 4 ad art. 14 CPP.

trouvant à cheval entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir gouvernemental. D'un côté, les ministères publics des cantons sont les autorités d'investigation et d'accusation compétentes pour la poursuite d'infractions soumises à la juridiction des cantons. De l'autre, ils sont responsables de l'exercice uniforme de cette action publique et doivent, dans ce cadre, déterminer la politique en matière de lutte contre la criminalité en collaboration avec le gouvernement cantonal, la plupart du temps par le truchement d'un procureur général. La définition de cette politique criminelle est un attribut important de la « souveraineté » cantonale dans la mesure où elle est intimement rattachée à la politique sécuritaire cantonale. Le fait que les procureurs cantonaux soient généralement élus par le parlement cantonal, voire par la population, en témoigne d'ailleurs (sur l'importance de la compétence cantonale en matière de sécurité publique, *supra* N 294).

701 *Les limites à la régionalisation.* – Il nous semble dès lors qu'en l'état du droit constitutionnel, l'intercantonalisation des ministères publics rencontre assurément quelques limites.

Premièrement, elle ne doit pas empêcher un canton de décider lui-même de ses priorités en matière de politique criminelle, laquelle représente une compétence gouvernementale trop importante pour faire l'objet d'une délégation. Ce principe exclut bien évidemment l'institution d'un éventuel procureur général intercantonal, mais également la création d'organes collégiaux intercantonaux imposant aux cantons des objectifs de politique criminelle coordonnée selon un processus décisionnel majoritaire¹⁶⁸. Cela signifie également que lors d'une éventuelle délégation de pouvoir en faveur d'un ministère public extracantonal, le procureur « étranger » ne peut agir que sur demande du canton qui a délégué sa compétence de poursuite et qu'il restera soumis à la surveillance des autorités compétentes – en principe le procureur général – de ce canton¹⁶⁹.

Secondement, la régionalisation des ministères publics doit concerner avant tout la poursuite pénale dans des domaines particuliers et spéciaux, à l'instar de la régionalisation des fonctions judiciaires¹⁷⁰. Le principe correspond d'ailleurs à une certaine pratique, car les seuls exemples d'intercantonalisation de la poursuite pénale concernent à ce jour le domaine de la criminalité économique. Remarquons également que les différentes organisations régionales existantes en

¹⁶⁸ Voir les propos de M. Schaffter, in: Journal des débats/JU, Séance du 26 septembre 2007, p. 577, lequel lançait l'idée d'un « Ministère public intercantonal de Boncourt à La Neuveville »; voir aussi CODIR PAJ (2013), p. 40.

¹⁶⁹ Cf., d'ailleurs, art. 1 al. 2 ainsi que les art. 5 et 7 al. 1 V-Wirtschaftsdelikte.

¹⁷⁰ Cf., dans le même sens apparemment, BRUNNER (2000), p. 187.

matière de collaboration policière évitent en principe soigneusement de procéder à une organisation régionale de la poursuite pénale¹⁷¹.

Les limites du droit constitutionnel cantonal. – La création d'autorités inter-cantoniales de poursuite pénale – comme la création de tribunaux intercantonaux – doit enfin respecter les constitutions cantonales des cantons concernés. Par son caractère détaillé, il arrive d'ailleurs que la réglementation constitutionnelle puisse empêcher certaines formes d'organisation intercantonale, notamment la délégation pure et simple de la poursuite pénale dans un domaine donné à un canton voisin.

On doutera par exemple de la validité de la règle adoptée par le législateur obwaldien – ou de l'interprétation qui lui a été donnée – autorisant le gouvernement à déléguer, par le biais de conventions intercantionales, certaines tâches de poursuite pénale à des procureurs extracantonaux¹⁷², alors même que la constitution cantonale prévoit l'élection de tous les procureurs par le parlement cantonal¹⁷³.

4. La « régionalisation improprement dite » des fonctions judiciaires

En général. – La création d'autorités judiciaires intercantionales communes de même que la délégation de compétences judiciaires à un autre canton sont deux formes de « régionalisation » des fonctions judiciaires cantonales : elles conduisent à octroyer à une autorité intercantonale ou cantonale des pouvoirs juridictionnels sur le territoire de plusieurs cantons qui représentent ensemble une région.

¹⁷¹ Voir pour des exemples art. 3 al. 1 let. b et art. 8 V-Hallwilersee LU/AG; art. 7 C-Police du Lac NE; art. 14 aCEPC GE/VD en lien avec art. 57a al. 3 LCR; aussi art. 5-7 V-Autobahnpolizei BE/SO.

¹⁷² Voir V-Wirtschaftsdelikte et lien avec art. 13 al. 3 de la Gesetz über die Gerichtsorganisation du 22 septembre 1996 (GDB 134.1): « *Das Obergerichtspräsidium kann für Aufgaben der Schlichtungsbehörde, der Staatsanwaltschaft oder der Jugendanwaltschaft ausserordentliche Stellvertretungen ernennen. Im gleichen Rahmen kann der Regierungsrat nach Anhören des Obergerichtspräsidiums mit andern Kantonen Vereinbarungen über die interkantonale Zusammenarbeit abschliessen. In diesen Fällen kann von der Wohnsitzpflicht abgesehen werden.* »

¹⁷³ Art. 69 al. 2 let. c Cst. OW. Il aurait pourtant été possible de prévoir une solution conventionnelle conforme à l'exigence constitutionnelle notamment en prévoyant qu'il appartenait, le cas échéant, au Grand Conseil de nommer le procureur nidwaldien en poste, ce qui correspond d'ailleurs à la solution choisie dans le domaine de la protection des données (élection par le parlement du préposé schwyzois; *supra* N 210). Le Gouvernement obwaldien a renoncé à une organisation commune au profit d'une acquisition de prestation uniquement parce que la première solution était « *zeit- und arbeitsintensiv* » (REGIERUNGSRAT OW [2011], p. 7).

Il existe d'autres formes de collaboration intercantonale en matière d'organisation judiciaire qu'il convient cependant de distinguer des deux précitées dans la mesure où elles opèrent une « régionalisation improprement dite » des fonctions judiciaires cantonales. En effet, ces autres modes de régionalisation ne permettent pas d'attribuer à une autorité un pouvoir juridictionnel s'étendant sur le territoire de plusieurs cantons. Ils visent simplement une « harmonisation » des compétences judiciaires cantonales à un niveau régional.

704

Les règles de rattachement juridictionnel. – Il convient tout d'abord de distinguer soigneusement les normes intercantionales qui opèrent des délégations de compétences judiciaires en faveur d'un autre canton des normes intercantionales qui fixent des règles en matière de rattachement juridictionnel. Nous avons déjà brièvement évoqué cette distinction en deuxième partie de thèse dans le chapitre consacré au principe de la territorialité du droit (sur les deux notions, *supra* N 343, 345 et 557).

Par le biais d'une délégation de compétences judiciaires, un canton transfère une partie de ses compétences judiciaires à des tribunaux extracantonaux afin que ceux-ci se prononcent sur des litiges qu'ils n'auraient jamais pu juger en l'absence d'une telle délégation. En revanche, par le biais d'une règle de rattachement, le même canton ne fait que renoncer à exercer ses compétences juridictionnelles sur des litiges qui présentent – ou pourrait présenter – un rattachement territorial non seulement avec lui, mais aussi avec un ou des autres cantons, tout en reconnaissant que les tribunaux de ce ou ces cantons sont prioritairement compétents pour juger ces mêmes litiges. En fait, en adoptant des normes intercantionales de rattachement juridictionnel, les cantons résolvent des conflits de souveraineté qui pourraient potentiellement survenir entre eux. De telles normes sont fréquentes, car il n'est pas rare que la collaboration intercantonale crée un risque de conflits de juridictions cantonales.

En somme, l'adoption de normes intercantionales de rattachement consiste en une simple « harmonisation » des règles cantonales de compétences juridictionnelles, tandis que la délégation intercantonale de compétences judiciaires représente une véritable forme de « régionalisation » des fonctions judiciaires cantonales. Nous reviendrons encore longuement dans la présente thèse sur la distinction que nous venons d'exposer (notamment *infra* N 1003 ss) qui est, à notre sens, fondamentale, mais que la doctrine a toujours omis d'opérer, du moins à notre connaissance¹⁷⁴.

Quelques exemples pratiques. – La situation dans laquelle un canton déléguerait à un canton voisin la charge de poursuivre ou de juger les infractions de criminalité économique commises sur son territoire n'est ainsi pas comparable à celle dans laquelle deux cantons conviennent, lors de la création d'un établissement intercantonal « multisite » (hôpital, école, etc.), que seuls les tribunaux de l'un d'eux sont compétents pour juger

¹⁷⁴ Voir, par exemple, ZEHNDER (2007), p. 45 s. et 291.

des litiges qui pourraient survenir entre les employés de cet établissement et celui-ci. Une fois, la convention intercantonale procède à une véritable « délégation » de compétences judiciaires. Un canton « cède » une compétence à un autre. Une autre fois, elle contient une simple « norme de rattachement » juridictionnel qui, à terme, permettra d'éviter des conflits de juridictions cantonales, notamment lorsque les employés de l'établissement intercantonal travaillent sur des sites différents situés dans divers cantons et non seulement dans le canton où est situé le siège de l'établissement. Un canton « renonce » à exercer sa compétence juridictionnelle, un autre canton restant alors seul compétent.

La nomination ou l'élection de « juges » extracantonaux. – Il est aussi possible de créer, *de facto*, une autorité judiciaire compétente à un niveau régional sans forcément créer une autorité intercantonale commune, ni même céder des compétences judiciaires à un tribunal extracantonal existant¹⁷⁵. Il suffit pour cela de permettre aux autorités cantonales d'élire ou de nommer aux postes de juges des personnes qui exercent – ou exerceront – cette même fonction dans un autre canton. Ainsi nommés, le juges en question travailleront, pour ainsi dire, « à temps partiel » pour plusieurs cantons.

705

Très théoriquement, cette « régionalisation improprement dite » peut se fonder sur une simple disposition de droit cantonal qui prévoirait l'éligibilité à la fonction de juge cantonal de personnes non forcément domiciliées dans le canton, mais qui ont été nommées à une fonction judiciaire similaire dans un autre canton¹⁷⁶. Pratiquement, une telle synergie intercantonale en matière judiciaire passera presque obligatoirement par la conclusion d'une convention intercantonale qui réglera la répartition des coûts de fonctionnement de cette « autorité judiciaire régionale » dans la mesure où le siège effectif de cette autorité se trouverait dans un seul canton.

La possibilité pour les autorités cantonales compétentes d'élire ou de nommer des juges extracantonaux à des fonctions judiciaires n'affecte *a priori* ni l'indépendance, ni la souveraineté des cantons. Elle est ainsi conforme au droit constitutionnel fédéral qui ne fixe aucune limite à un tel procédé, lequel pourrait représenter la seule forme d'organisation judiciaire intercantonale possible dans

¹⁷⁵ Pour l'abandon de l'obligation de domicile, SCHINDLER (2016), p. 114.

¹⁷⁶ Il n'existe encore aucun exemple d'une telle régionalisation en matière judiciaire. Des exemples existent toutefois en matière de protection des données. Le Grand Conseil du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures a nommé, pour une durée de quatre ans, renouvelable, comme préposé cantonal à la protection des données le préposé du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, M. Urs Glaus (Protokoll der Grossrats – Session du 6 février 2012). Sans prévoir expressément un tel procédé, le droit cantonal autorise expressément – et de manière générale – l'aménagement d'une autorité intercantonale (cf. art. 16 de la loi appenzelloise sur la protection des données du 30 avril 2000 [Datenschutzgesetz ; DSchG AI; GS AI 172.800).

la mesure où la régionalisation judiciaire constituerait une fin en soi et porterait sur des domaines très larges (sur la question, *supra* N 690)¹⁷⁷.

706

L'harmonisation de la jurisprudence. – Afin de réaliser une autre forme de « régionalisation » des fonctions judiciaires cantonales, il est enfin possible d'obliger les tribunaux à procéder à une harmonisation de leur jurisprudence à un niveau régional. L'idée est de faire en sorte que les tribunaux des cantons partenaires prennent connaissance, avant de trancher une affaire qui appelle l'application de normes fixées à un niveau intercantonal, de la jurisprudence développée par les tribunaux des autres cantons. Un tel procédé peut paraître adéquat lorsqu'il existe un risque de fragmentation de la jurisprudence relative à l'application de normes intercantionales, mais qu'il n'est pas opportun de créer une autorité judiciaire intercantonale en la matière (p. ex. masse des affaires à traiter, particularités en droit cantonal)¹⁷⁸. Il se retrouve de manière similaire dans quelques conventions internationales. Les cantons pourraient s'inspirer de celles-ci¹⁷⁹.

On peut soutenir que l'obligation de tenir compte de la pratique des autorités des autres cantons représente un principe qui découle automatiquement de la nature même du droit conventionnel et du principe de fidélité confédérale¹⁸⁰. Dans cette mesure, une telle obligation n'est pas contraire au principe d'indépendance des autorités judiciaires. De même, elle ne remet pas en cause la « supériorité » des autorités judiciaires cantonales suprêmes et ne pose dès lors pas de problème sous l'angle de l'art. 86 al. 2 LTF qui impose l'institution d'auto-

¹⁷⁷ En revanche, le procédé peut éventuellement contrevenir au droit constitutionnel cantonal dans les cas où le juge extracantonal élu ou nommé ne possède pas la citoyenneté du canton. Certains constituants cantonaux exigent effectivement que les personnes appelées à exercer des fonctions judiciaires sur leurs territoires jouissent de la citoyenneté cantonale (*supra* N 591 ss). Dans ces cantons, une révision constitutionnelle est nécessaire.

¹⁷⁸ Pour un exemple, GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 493:

¹⁷⁹ Voir, notamment, l'art. 1 du Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention de Lugano (RS 0.275.11). La disposition intercantonale pourrait quant à elle prendre la forme suivante: « Tout tribunal appliquant et interprétant la présente convention tient dûment compte des principes définis par toute décision pertinente rendue par les tribunaux des cantons liés par la présente convention concernant la ou les dispositions en cause ou toute disposition similaire de la présente convention. »

¹⁸⁰ Dans ce sens apparemment, GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 493, qui semble admettre une telle obligation implicite; dans le même sens au niveau international, cf., entre autres ATF 137 III 226, consid. 2.2: « Au contraire de ce qui vaut dans d'autres matières (...), il n'existe toutefois aucune obligation pour les tribunaux suisses, lors de l'interprétation de la LRFP, de tenir compte de la jurisprudence européenne en matière de responsabilité du fait des produits. Cela étant, l'intention du législateur d'adapter le droit suisse au droit européen de manière autonome doit être prise en compte et il convient donc d'éviter de contrecarrer l'harmonisation voulue sans qu'il y ait pour cela un bon motif (...). »

rités cantonales supérieures (sur la question, *supra* N 956). Il en irait différemment s'il existait pour un tribunal cantonal une obligation de se conformer à – et non de tenir compte simplement de – la pratique des autorités judiciaires d'un autre canton.

IV. Synthèse intermédiaire

Un cadre peu clair et incisif. – Le développement de la collaboration intercantonale et intercommunale porte évidemment atteinte à divers principes constitutionnels, tels que ceux de « souveraineté » cantonale et d'autonomie communale, l'interdiction de créer un quatrième niveau étatique et l'obligation de mettre en place une organisation étatique démocratique respectueuse de la souveraineté populaire. Néanmoins, comme la portée juridique des normes qui consacrent les principes précités s'avère imprécise et que la régionalisation conventionnelle est encouragée par d'autres règles constitutionnelles, les possibilités et les limites de cette régionalisation ne peuvent être fixées qu'au cas par cas, en fonction de l'ensemble des circonstances. L'idée est de parvenir à une solution respectant une « concordance pratique » entre les dispositions et principes constitutionnels concernés par l'intensification de la régionalisation conventionnelle (N 614 ss et 637 ss).

707

Peu de limites constitutionnelles à la régionalisation. – À l'intérieur de ce cadre constitutionnel, si l'on excepte les cas, assez rares pour l'heure, où le droit cantonal fixe des règles claires sur la manière dont doivent être exécutées certaines fonctions ou tâches étatiques, le cas échéant en excluant leur régionalisation conventionnelle (N 625), il apparaît difficile de délimiter, juridiquement, un cercle précis des tâches qui, sur le principe, ne pourraient pas être remplies de manière intercantonale ou de manière intercommunale sans révision préalable de la Constitution fédérale, respectivement sans modification de la constitution cantonale (N 641).

708

On peut certes imaginer qu'une régionalisation conventionnelle s'avère inconstitutionnelle ponctuellement. On pensera au cas d'une convention intercantonale opérant une très forte cession de compétences judiciaires ou, alors, à une convention d'adhésion ou d'acquisition de prestations portant sur des tâches communales ou cantonales importantes (N 667, 671 et 695). Toutefois, la plupart du temps, il semble que le juriste doive concéder un large pouvoir d'appréciation aux pouvoirs politiques quant à la détermination des limites qu'il convient de fixer au développement de la collaboration régionale. Nous reviendrons évidemment sur cette conclusion en fin de travail.

Régionalisation des fonctions judiciaires		Fonction principale	Application	Particularité
Proprement dite	Création d'un tribunal intercantonal	Assurer une jurisprudence uniforme au sein d'une organisation intercantonale, améliorer la compétence des tribunaux, réduire les dépenses étatiques	Tribunal civil, pénal ou administratif spécialisé (tribunal de commerce, tribunal pénal économique, autorité de recours pour une institution intercantonale)	Potentielle dérogation à la <i>constitution cantonale</i> (mode de désignation des juges, violation des règles constitutionnelles d'organisation judiciaire, etc.)
	Délégation de compétences judiciaires à un autre canton	Assurer une jurisprudence uniforme au sein d'une organisation intercantonale, améliorer la compétence des tribunaux.	Tribunal pénal et administratif spécialisé (tribunal pénal économique, autorité de recours sur une institution intercantonale)	Mode de régionalisation, qui pose des problèmes du point de vue du respect du <i>principe de légalité</i>
Improprement dite (harmonisation des fonctions judiciaires)	Règle de rattachement juridictionnel en faveur des tribunaux d'un canton partenaire	Éviter un conflit positif ou négatif de juridictions cantonales	Autorité appelée à exercer un contrôle sur les actes et les décisions d'une autorité exécutant une tâche pour le compte de plusieurs cantons (juridiction de recours, responsabilité de l'état, etc.)	Nécessité d'un lien de <i>rattachement territorial</i> pertinent entre le canton siège des tribunaux désignés et l'ensemble des litiges sur lesquels ceux-ci sont appelés à se prononcer
	Nomination de juges également élus dans d'autres cantons	Créer des synergies avec d'autres cantons et améliorer la compétence des tribunaux	Tribunal spécialisé, voire tribunal civil, pénal ou administratif intercantonal	Régionalisation ne nécessitant en théorie pas forcément la conclusion d'une convention intercantonale
	Obligation de prise en compte de la jurisprudence extracantonale	Éviter une application divergente du droit intercantonal	En lien avec l'application d'une convention intercantonale	Obligation découlant généralement de la <i>ratio legis</i> du droit intercantonal

Chapitre 10 : Les règles de gouvernance des organisations communes

I. Le cadre juridique général

Introduction. – Lorsqu'un canton ou une commune choisit de s'organiser de manière régionale en acquérant des prestations auprès d'un autre canton ou en concluant une convention d'adhésion avec une autre commune, la question des règles juridiques applicables à l'organisation de cette collaboration ne se pose normalement qu'avec peu d'acuité. Ces modèles d'organisations régionales conventionnelles, pour autant qu'ils soient admissibles s'agissant de l'exécution de la tâche publique concernée, sont relativement simples, car ils ne créent aucune nouvelle structure étatique (sur la question, *supra* N 186 s. et 204). 709

Il en va autrement lorsque les cantons et les communes choisissent de créer une entité régionale commune. La création d'une nouvelle structure étatique intercantonale ou intercommunale pose toute une série de questions auxquelles il convient de répondre en tenant compte des exigences que fixe le droit supérieur. À cet égard, la régionalisation conventionnelle doit bien évidemment respecter les limites que pose le droit fédéral (A), mais également, dans une certaine mesure, celles que pose le droit cantonal (B).

A. Le cadre juridique fixé par la Confédération

La problématique. – Les cantons et les communes doivent respecter les principes démocratiques imposés par la Constitution fédérale lorsqu'ils aménagent le système de gouvernance des organisations régionales conventionnelles qu'ils créent et lorsqu'ils règlent la composition des organes de ces organisations. Cependant, comme nous l'avons vu en seconde partie de thèse, ces principes ont une portée juridique mal définie qui laisse, il faut bien l'admettre, une grande marge de manœuvre aux cantons et aux communes en la matière (1). Il en va de même du principe d'égalité entre cantons ou communes, lequel ne limite pratiquement pas l'autonomie des collectivités partenaires (2). 710

1. Le respect des principes démocratiques généraux

711 *En général.* – Comme nous l'avons vu, les principes d'« organisation démocratique », de « souveraineté populaire » et de « séparation des pouvoirs », représentent des normes tout aussi importantes que vagues. Les cantons et les communes jouissent d'une grande marge de manœuvre quant à la manière de les concrétiser (*supra* N 281 ss, 303 ss et 282 ss). Ces principes doivent en outre être interprétés en tenant compte des règles constitutionnelles qui tendent à favoriser le développement de la collaboration entre les collectivités publiques, collaboration qui implique presque nécessaire l'aménagement d'une organisation régionale se situant en dehors du système démocratique traditionnel (sur la question, *supra* N 82 ss). Il s'agit là d'assurer une concordance pratique entre les différentes normes et intérêts constitutionnels (*supra* N 260).

Les quelques principes constitutionnels précités n'ont donc qu'une portée juridique minime s'agissant de la question de l'organisation régionale conventionnelle.

712 *La garantie d'une « organisation démocratique ».* – À notre sens, l'obligation de garantir une « organisation démocratique » au sens de l'art. 51 al. 1 Cst., de même que l'obligation de respecter le principe de la « souveraineté populaire », n'a probablement – en tant que règle générale régissant l'organisation régionale – aucune portée propre par rapport à l'obligation de respecter la « souveraineté » cantonale et l'autonomie communale.

Les principes démocratiques précités ne s'opposent notamment pas à ce que des représentants d'autres collectivités, voire des représentants de milieux extra-étatique siègent au sein d'organes régionaux jouissant de pouvoirs importants, tant que les collectivités publiques continuent d'exercer une influence déterminante dans le fonctionnement de l'organisation régionale et que celle-ci présente une certaine transparence (*supra* N 284 et 305). Il est tout au plus possible d'en déduire l'exigence vague – qui découle déjà en partie de la dernière obligation – selon laquelle les autorités cantonales ou communales élus doivent conserver des droits de participation au sein de l'organisation régionale lorsque celle-ci exécute une tâche importante pour les cantons et les communes partenaires et jouit pour ce faire de compétences importantes (pour des exemples, *infra* N 749, 762 et 780).

En fait, d'autres principes constitutionnels – comme celui de la légalité – ont, à notre sens, une influence plus directe sur la question de l'organisation régionale conventionnelle. Nous y reviendrons encore spécialement dans les prochains chapitres, notamment au moment d'examiner la question des délégations législatives qui peuvent être faites en faveur d'un organe intercantonal (*infra* N 923 ss).

Le principe de séparation des pouvoirs. – Le principe de la séparation des pouvoirs représente aussi un principe démocratique que les cantons et les communes doivent respecter au moment où ils mettent en place des règles de gouvernance pour des entités régionales communes. C'est ainsi que le droit schaffhousois prévoit expressément que « *[d]er Aufbau des [Gemeinde]verbandes richtet sich nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung* »¹.

713

Le fait est que les cantons et les communes disposent d'une grande marge de manœuvre dès lors qu'il s'agit de concrétiser le principe de la séparation des pouvoirs à leur niveau. Partant de ce constat exposé en deuxième partie de thèse (*supra* N 382 ss), nous voyons mal comment ce principe pourrait imposer – presque paradoxalement – des règles strictes de gouvernance régionale, du moins dans un domaine non judiciaire (sur l'indépendance des tribunaux régionaux, *infra* N 825 ss)². Sur un plan purement juridique, le principe de la séparation des pouvoirs constitue donc essentiellement une « ligne directrice générale » que les cantons et les communes doivent suivre et concrétiser en tenant compte des circonstances.

L'obligation d'assurer un contre-pouvoir. – Il convient de préciser le propos qui précède. Même considéré comme une simple « ligne directrice », le principe de la séparation des pouvoirs exige au moins que les organisations régionales communes qui jouissent de pouvoirs importants soient dirigées par plusieurs organes distincts³. C'est ce que prévoit le droit cantonal – et ce que prescrit la doctrine – au sein des associations des communes et des autres corporations intercommunales similaires (p. ex. un comité directeur et une assemblée des délégués)⁴.

714

Une séparation des pouvoirs minimale – entendue comme l'existence d'un équilibre des pouvoirs entre plusieurs organes – devrait également s'imposer au sein des organisations intercantionales importantes. Très souvent, les organes chargés de l'application d'une convention sont composés de membres d'exécutifs cantonaux, lesquels ont souvent négocié cette même convention. Si ceux-ci bénéficient en plus de pouvoirs financiers et réglementaires importants au sein de l'organisation intercantonale, l'essentiel des pouvoirs se voit concentré, dans un domaine donné, entre les mains d'un nombre restreint de personnes (sur la

¹ Cf. art. 106 al. 2 GG SH.

² Voir aussi, dans ce sens, WALDMANN (2010), p. 14; IVANOV (2008), p. 5; aussi SCHELLENBERG (1975), p. 97.

³ Voir, dans un sens similaire, BRUNNER (2000), p. 180.

⁴ Voir, pour la réglementation générale de l'association de communes, *supra* N 173 ss, et, pour un exemple concret, art. 50 let. b GG LU, selon lequel les membres de l'autorité directrice de l'association de communes ne peuvent pas appartenir au conseil intercommunal; aussi REGIERUNGSRAT SH (2006), p. 9, Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 6 ad art. 93 Cst. ZH, et SCHELLENBERG (1975), p. 97, étant précisé que cette dernière ne voit pas d'obligation d'assurer une stricte séparation personnelle et organique entre les pouvoirs.

question, *supra* N 227 ss). Des mécanismes de rééquilibrage des pouvoirs apparaissent alors nécessaires ou, du moins, souhaitables⁵. La pratique semble en être consciente. L'obligation, parfois prévue, d'instituer des commissions interparlementaires de contrôle au sein des organisations intercantionales constitue précisément une mesure visant à instaurer un contre-pouvoir au sein des institutions intercantionales d'importance (sur les commissions interparlementaires, voir *infra* N 799 ss).

2. Le respect du principe d'égalité

715 *En général.* – Les cantons et les communes sont habituellement représentés au sein des organes principaux des organisations régionales telles que les établissements autonomes intercantonaux ou les associations de communes. Il s'agit là de la caractéristique qui permet, sur un plan formel et systématique, de distinguer les modèles d'organisation commune des autres modèles d'organisation régionale, comme la convention d'adhésion intercommunale ou l'acquisition de prestations intercantionales, par le biais desquels une collectivité charge une autre collectivité d'exécuter une de ses tâches pour son compte (sur la question et les notions, *supra* N 130 ss).

Il serait toutefois erroné de partir de l'idée qu'au sein de telles organisations « communes », toutes les collectivités partenaires doivent obligatoirement avoir les mêmes droits de représentation et de participation. Le principe d'égalité entre cantons ainsi que celui d'égalité entre communes – tous deux pouvant être compris dans un sens relatif ou absolu (sur la question, *supra* N 319 ss) – ne l'exigent pas⁶.

716 *Au niveau intercommunal.* – D'un point de vue constitutionnel, il est donc possible de pondérer le nombre de sièges et/ou de voix auquel a droit une commune au sein d'un organe régional si des critères objectifs le justifient⁷. La faculté d'opter pour ces différentes modulations du principe d'égalité est acquise au niveau intercommunal. Certains tribunaux, dont le Tribunal fédéral, ont déjà

⁵ Dans le même sens, WALDMANN (2010), p. 14 s.; aussi, au niveau intercommunal, COUR DES COMPTES VD (2016), p. 60.

⁶ Voir aussi ZEHNDER (2007), p. 223.

⁷ Il est vrai que la représentation égale – entendu en son sens absolu – de chaque collectivité au sein d'une organisation régionale peut conduire à des situations insatisfaisantes. MEYLAN soulignait par exemple qu'une représentation « égale » des communes au sein d'une organisation intercommunale pouvait consacrer une « inégalité suprême » et conduire à des résultats antidémocratiques si une petite minorité de la population régionale pouvait ainsi imposer des décisions importantes à une ou plusieurs grandes communes qui représentent une large majorité de la population régionale (cf. [1972], p. 181 s.).

eu l'occasion de le souligner⁸. La répartition des sièges et/ou des voix au sein d'une organisation intercommunale peut ainsi dépendre du poids démocratique ou financier de chacune des communes partenaires. De telles règles sont prévues par le droit cantonal et/ou se sont imposées dans la pratique s'agissant du conseil intercommunal des associations de communes.

Le cadre légal dans les cantons romands. – En droit fribourgeois, les communes doivent déterminer le nombre de délégués dont chacune d'elles bénéficie ainsi que le nombre de voix dont jouit chaque délégué, en tenant compte notamment de la population des communes et de l'importance que l'organisation intercommunale revêt pour chacune d'elles⁹. Dans les autres cantons de Suisse romande, de telles solutions ne sont généralement pas exclues – et se sont imposées en pratique (*infra* N 746) – dans la mesure où le droit cantonal reste silencieux sur la question ou, du moins, ne prévoit que des règles de majorité d'application subsidiaire¹⁰.

Au niveau intercantonal. – Par analogie, la faculté d'opter pour ces différentes modulations du principe d'égalité (en fonction de la population, de l'engagement financier, etc.) existe aussi au niveau intercantonal – sous réserve d'une éventuelle règle-cadre intercantonale contraire – malgré l'importance politique particulière que revêt l'égalité absolue des cantons¹¹.

717

La concrétisation du principe d'égalité dans l'ACI. – La question de la représentation des cantons a donné du fil à retordre aux différentes parties prenantes à la négociation de l'ACI. Les cantons très peuplés – comme le canton de Genève – souhaitaient que l'ACI prévoie que les droits de participation des cantons au sein d'un organe intercantonal soient pondérés en fonction du nombre d'habitants de celui-ci ou de la contribution financière qu'il apporte à l'organisme commun¹². Les autres cantons – comme le canton du Jura – préféraient une représentation paritaire des cantons à une représentation proportionnelle de ceux-ci au sein des éventuels organes intercantonaux¹³. Ces derniers l'ont

⁸ Tribunal fédéral, arrêt 2C_706/2012 du 16 avril 2013, consid. 5.2; Cour constitutionnelle VD, arrêt 2011.0008 du 12 juin 2012, consid. 8; aussi SCHELLENBERG (1975), p. 162-165; PFISTERER (1962), p. 160-163

⁹ Voir art. 115 al. 2 LCo FR.

¹⁰ Dans ce sens, OACOT BE (1998), p. 76 en lien avec art. 133 al. 2 LCo BE; aussi art. 127 al. 3 LCom JU; art. 117 LCo VD; art. 55 let. d LAC GE; art. 120 al. 3 LCo VS.

¹¹ Voir, notamment, ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 38; ZEHNDER (2007), p. 223. En principe, les cantons sont représentés de manière égale. Plus rarement, les cantons sont représentés en fonction de leurs poids (p. ex. art. 1 al. 2 du Übereinkunft zwischen den Kantonen Zürich, Schwyz, Glarus und St.Gallen über die Fischerei im Zürichsee, Linthkanal und Walensee du 10 septembre 1993 [Ü-Fischerei ZH/SZ/GL/SG; p. ex. LS 923.72 10]).

¹² Cf. CONSEIL D'ÉTAT GE (2006), p. 19.

¹³ Voir, pour un exemple, les propos de M. COMTE devant le Parlement jurassien lors de l'adoption de l'aCConv, in: Journal des Débats, Séance du 24 octobre 2001, p. 547: « À ce propos, je peux vous indiquer que la délégation jurassienne s'est énergiquement battue pour le rejet de tout amendement visant à instaurer une représentation proportionnelle des délégations, qu'elle soit « dure », « douce » ou pratiquement insignifiante. Nous nous situons bien dans un cadre conventionnel qui, par définition, suppose l'égalité devant et dans le contrat auquel nous

en quelque sorte emporté puisque l'ACI dispose finalement que les cantons qui font partie d'un organisme responsable commun y disposent d'un droit paritaire de participation aux décisions, lequel ne peut être qu'exceptionnellement pondéré en fonction des engagements financiers respectifs (art. 12 al. 1 ACI). On retrouve la même règle s'agissant des éventuelles commissions de gestion interparlementaires qui seraient instituées pour contrôler les organismes responsables communs ; en leur sein, la répartition des sièges devrait également être paritaire, étant précisé qu'elle peut exceptionnellement se baser sur une clé de financement, laquelle doit toutefois prévoir une représentation minimale pour chaque canton (art. 15 al. 2 ACI).

718 *La représentation de collectivités.* – Le principe d'égalité ne restreint qu'extrêmement peu la marge de manœuvre des pouvoirs politiques lors de l'élaboration des conventions organisatrices régionales. *A priori*, il n'empêche même pas que l'une des collectivités partenaires ne soit pas représentée du tout au sein de certains organes d'une institution régionale. Cela peut être le cas lorsqu'un canton relativement petit ou une commune relativement petite appartient à une organisation régionale regroupant un grand nombre de collectivités¹⁴.

Parfois, la doctrine et la pratique exigent, au nom du principe d'égalité, que chaque collectivité membre d'une organisation régionale commune soit représentée au sein de l'organe central de celle-ci ou, le cas échéant, au sein de son organe de surveillance¹⁵. À notre sens, cette exigence ne découle cependant pas du principe d'égalité, mais, plus généralement, des principes de « souveraineté » cantonale et d'autonomie communale, car, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, ceux-ci impliquent la préservation de droits de participation et de surveillance lors de la régionalisation d'une tâche publique importante (*supra* N 653 ss)¹⁶.

719 *L'attribution d'une majorité absolue de voix à une collectivité.* – Le raisonnement est le même dans la mesure où l'on entendrait empêcher, au nom du principe d'égalité, qu'un canton ou une commune dispose, à lui seul ou à elle seule, de la majorité des représentants ou des voix au sein d'une organisation régionale. Certes, sur un plan politique, la collaboration régionale part d'une

nous proposons de souscrire. Seule une représentation paritaire permettrait de la garantir, ce qui est acquis dans le projet de convention qui vous est soumis ».

¹⁴ Il suffit que ce canton ou cette commune ait la possibilité d'être, une fois et selon les circonstances, représenté au sein de ces organes (dans ce sens, BRUNNER [2000], p. 128 s.).

¹⁵ Dans ce sens, cf. ZEHNDER (2007), p. 282; COMMISSION PARLEMENTAIRE NE (1980), p. 2298: « *Ce pourrait être le cas par exemple si un règlement général accordait la qualité de membre du Conseil intercommunal aux représentants des seules grandes communes membres.* »

¹⁶ Une représentation minimale s'impose aussi au regard du principe démocratique, en ce sens qu'une organisation régionale chargée d'exécuter une tâche publique importante n'est démocratique que si la population de chaque collectivité partenaire est représentée en son sein (cf. VERFASSUNGSKOMMISSION SZ [2009], p. 70).

certaine égalité entre collectivités et s'accommode mal des grandes communes et des cantons superpuissants¹⁷. Dans ce sens, les législateurs cantonaux prévoient souvent qu'une commune ne peut pas jouir, à elle seule, de la majorité des représentants et/ou des voix au sein des corporations intercommunales¹⁸. En réalité toutefois, l'exigence ne découle pas du principe d'égalité. Il s'agit simplement de tenir compte du fait qu'il pourrait exister un risque, pour les plus petites collectivités, de ne plus pouvoir exercer d'influence décisive au sein d'organisations régionales auxquelles elles auraient délégué une partie importante de leurs compétences, ce qui pourrait constituer une « *verbotene Selbstpreisgabe* » (voir aussi *supra* N 655)¹⁹.

B. Le cadre juridique fixé par les cantons

En général. – Nous venons de le voir : le droit fédéral fixe un cadre assez mince – ou flou – s'agissant de la manière dont les cantons et les communes doivent organiser leurs collaborations régionales institutionnalisées. Cette relative liberté n'empêche évidemment pas les cantons de limiter eux-mêmes leur propre autonomie organisationnelle de même que celle de leurs communes. Ils peuvent à cet égard ancrer dans leur droit cantonal des prescriptions en matière d'organisation intercantonale ou intercommunale (1).

720

De même, les cantons peuvent conclure ensemble des conventions-cadres intercantionales fixant des règles d'organisation générales et abstraites qu'ils s'engagent à respecter lors de l'élaboration de nouvelles conventions organisatrices intercantionales (2).

1. Les règles d'organisation de droit cantonal

Les lois cantonales. – Tous les législateurs cantonaux fixent de manière plus ou moins détaillée des règles d'organisation intercommunale. La réglementation légale des associations de communes ou des autres formes de corporation de communes similaires représente l'exemple le plus typique de règles cantonales en matière d'organisation régionale conventionnelle (*supra* N 171 et 179). Plus

721

¹⁷ Dans ce sens, GYGI (1973), p. 152).

¹⁸ Art. 115 al. 3 LCo FR; 127 al. 3 LCom JU; aussi art. 19 al. 2 et 3 LAgg FR, qui prévoit que, même s'il faut tenir compte de la population des communes, chacune de celles-ci doit avoir droit, dans tous les cas, à deux conseillers d'agglomération au moins et qu'aucune commune ne doit disposer de plus de la moitié des conseillers d'agglomération. Voir aussi art. 13 al. 1 AKCT.

¹⁹ Dans le même sens apparemment, WALDMANN, in: REGIERUNGSRAT BL (2013), p. 16.

rarement, certains droits cantonaux règlent d'autres formes d'organisations régionales, comme la commune-siège ou l'établissement intercommunal (*supra* N 169 et 186).

Cela étant dit, il arrive que le législateur cantonal impose ponctuellement une forme d'organisation intercommunale déterminée lorsqu'il délègue l'exécution d'une tâche aux communes tout en leur imposant de collaborer entre elles (p. ex. l'association de communes)²⁰. Le respect de l'ensemble de ces normes légales cantonales peut poser des questions épineuses que nous ne traitons pas dans la présente thèse, ce à dessein²¹. D'une part, l'examen de ces questions aurait allongé une thèse qui est déjà passablement lourde. D'autre part, comme nous l'avons déjà expliqué, les règles légales cantonales régissant l'organisation intercommunale sont appréciées, dans la présente étude, non pas comme des règles cantonales limitant l'autonomie des communes, mais plutôt comme des modèles d'organisation régionale offerts aux communes (sur la question, *supra* N 83 et 126).

À toutes fins utiles, nous relèverons tout au plus qu'en l'absence de règle cantonale claire, les communes sont en principe libres de choisir la forme que doit prendre la régionalisation intercommunale qu'elles veulent ou doivent opérer.

Exemple pratique. – Le problème s'est d'ailleurs déjà posé concrètement en droit bernois. En effet, le canton s'était demandé s'il était possible pour les communes de s'organiser sous la forme de la « commune-siège » (convention d'adhésion) en matière tutélaire. En effet, l'ancien art. 27 al. 2 de la loi sur l'introduction du Code civil suisse du 28 mai 1911 (LiCCS BE)²², aujourd'hui abrogé, prévoyait uniquement l'institution de cercles intercommunaux communs, c'est-à-dire la création d'une association de communes en cas de régionalisation. Finalement, les autorités cantonales compétentes avaient conclu que l'autonomie organisationnelle des communes, ancrée à l'art. 5 LCo BE, l'emportait et que la LiCCS BE ne représentait pas une *lex specialis* empêchant, par un silence qualifié, les conventions d'adhésion dans le domaine de l'organisation des autorités tutélares²³.

²⁰ Par exemple, certaines lois cantonales vaudoises comme, par exemple, la loi sur le service de défense contre l'incendie et de secours du 2 mars 2010 (LSDIS VD; RSV 963.15; art. 8 s.) ou la loi d'exécution de la législation fédérale sur la protection civile du 11 septembre 1995 (LVLPCi VD; RSV 520.11; art. 5-16), prévoient des formes spécifiques de collaborations intercommunales sans toutefois fixer de manière exhaustive, comme le fait la loi sur les communes, les règles d'organisation des organes de ces entités.

²¹ Le respect du droit cantonal peut poser problème. Par exemple, à Neuchâtel, la pratique a probablement adopté une pratique contraire à la LCo NE (cf., sur l'impossibilité de prévoir des droits de votes pluraux au sein d'un conseil intercommunal, *infra* N 746).

²² RSB 211.1.

²³ Voir AFFOLTER (2006), p. 7-9; également OFFICE DES AFFAIRES SOCIALES BE (2003), *Wegleitung für Sozialbehörde*, Berne 2003, p. 129; sur le fait que le canton doit faire preuve d'une « extrême réserve » lorsqu'il règle des modalités d'organisation communale, afin de respecter l'autonomie des communes, CONSEIL-EXÉCUTIF BE (1997), p. 19.

Le droit constitutionnel cantonal ? – Il est également possible que les constitutions cantonales imposent des règles de gouvernance en matière d'organisation intercantonale. De telles règles – qui sont actuellement exceptionnelles – *autorisent* le plus souvent les cantons à adopter une organisation intercantonale déterminée (p. ex. tribunaux intercantonaux, commissions interparlementaires ; N 679, 688 et 734). En comparaison, il est rare que des règles constitutionnelles cantonales *prescrivent* un système de gouvernance intercantonale déterminé. 722

Le développement de telles règles pourrait s'avérer souhaitable à l'avenir (p. ex. des règles sur les pouvoirs des commissions interparlementaires, sur l'élection des juges intercantonaux, sur l'adoption des budgets intercantonaux). Leur efficacité serait certes limitée dans la mesure où les éventuels cantons partenaires n'ont pas à les respecter. Il n'en demeure pas moins que ces règles auraient un effet obligatoire indirect : le canton qui les a adoptées devrait réviser sa constitution avant la conclusion d'une convention intercantonale qui ne les respecte pas ou, alors, soumettre celle-ci à référendum obligatoire avant de la ratifier (sur cette question, *supra* N 626 ss et *infra* N 1069 ss).

2. Les conventions-cadres intercantionales

En général. – S'ils entendent fixer des règles contraignantes en matière de collaboration intercantonale, les cantons ont tout intérêt à conclure des « conventions-cadres » prévoyant des règles générales de gouvernance applicables aux organisations régionales qu'ils créent. Les cantons ne s'y trompent plus puisque de telles conventions intercantionales ont tendance à gagner en importance (sur la question, *supra* N 234 ss). On pensera en particulier à l'ACI et, pour les cantons romands, à la CoParl, conventions-cadres que nous avons déjà maintes fois mentionnées. 723

L'avènement de telles conventions fait qu'il existe aujourd'hui, pour reprendre les termes d'AUER, « deux niveaux » de conventions intercantionales, les conventions-cadres étant en quelque sorte conçues comme des actes normatifs censés régir les conventions organisatrices spécifiques²⁴.

a. La nature des conventions-cadres intercantionales

La problématique. – Indéniablement, les conventions-cadres intercantionales revêtent une grande importance politique. Mais qu'en est-il de leur valeur juri- 724

²⁴ Cf. AUER, in: GRAND CONSEIL GE (2006), p. 19. LIENHARD/WICHTERMANN évoquent quant à eux « eine weitere Normstufe (...), die zwischen Bundesrecht und den jeweiligen, bereichsspezifischen interkantonalen Vereinbarungen angesiedelt ist » ([2005], p. 5).

dique ? Très concrètement, on peut se demander, par exemple, si, lors de la conclusion d'une convention organisatrice déterminée, les cantons peuvent renoncer à la création d'une commission interparlementaire de contrôle alors même que la CoParl ou l'ACI l'exigerait ? Autrement dit, la question est de savoir si les conventions-cadres ont véritablement une portée juridique contraignante et impérative pour les cantons, ou seulement une portée dispositive.

La réponse à la question que nous venons de poser est délicate, car la problématique du rapport entre les différentes conventions intercantionales – et en particulier celle du rapport entre les conventions-cadres et les conventions organisatrices régionales – n'est pas réglée très clairement par le droit fédéral. L'art. 48 al. 5 Cst. se limite à fixer le principe de la primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal et ne s'applique donc pas à la question d'une éventuelle hiérarchie entre les diverses conventions intercantionales²⁵. *A priori*, celle-ci s'examine à l'aune de l'art. 48 al. 3 Cst. dont la formulation est malheureusement laconique et obscure. Cette disposition constitutionnelle prévoit qu'une convention intercantonale ne peut pas être « contraire (...) au droit des autres cantons »²⁶.

725

L'opinion de ZEHNDER. – La problématique exposée – de même que l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 48 al. 3 Cst. en matière de collaboration intercantonale – n'a encore jamais fait l'objet d'une étude juridique approfondie, à notre connaissance du moins. Seul ZEHNDER semble s'être plié à l'exercice dans une thèse publiée en 2007. Cet auteur défend l'idée selon laquelle plusieurs cantons peuvent déroger à une convention-cadre intercantonale à laquelle ils sont parties prenantes, pour autant cependant que trois conditions soient remplies²⁷ :

1. Les autres cantons parties à la convention-cadre intercantonale n'ont aucun d'intérêt à se prévaloir du respect de celle-ci.
2. La dérogation à la convention-cadre intercantonale ne contredit pas le droit fédéral ou son esprit.

²⁵ Voir, notamment, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 72 ad art. 48 Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 62 ad art. 48 Cst.

²⁶ Voir BIAGGINI (2017), N 12 ad art. 48 Cst., BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 50 ad art. 48 Cst., et AUBERT (2003), N 9 ad art. 48 Cst, qui appliquent tous cette disposition au cas où une convention intercantonale entrerait en conflit avec une convention préexistante; voir aussi AUER (2016), qui comme d'autres auteurs, ne voit pas l'utilité pratique de la disposition constitutionnelle, semblant ainsi nier qu'elle pourrait régler la question des conflits de conventions. Sur le fait que l'art. 7 al. 2 aCst., repris à l'art. 48 al. 3 Cst., réglait aussi les conflits entre conventions intercantionales, cf. HÄFELIN (1969), p. 661.

²⁷ Voir ZEHNDER (2007), p. 124-127.

3. La convention-cadre intercantonale ne prévoit pas expressément qu'elle est obligatoire.

L'opinion de ZEHNDER : suite. – Sur le principe, nous nous rallions à cette interprétation de l'art. 48 al. 5 Cst. qui nous convainc. Nous doutons en revanche de l'application que ZEHNDER en fait. Cet auteur conclut en effet que l'ACI fixerait presque uniquement des principes de nature dispositive. Cela serait le cas, selon lui, des règles portant sur la procédure intercantonale de règlement des différends (art. 31-34 ACI), sur l'institution d'une commission de surveillance ou de contrôle de gestion lors de la création d'un organisme intercantonal commun (art. 14-15 ACI) et, surtout, sur les bases de calcul de la compensation des charges intercantionales (art. 27-30 ACI).

726

À notre sens, une telle conclusion ne peut pas être suivie ou, du moins, ne peut en aucun cas être généralisée à l'ensemble des conventions-cadres intercantionales.

Le but et la fonction des conventions-cadres. – Tout d'abord, les conventions-cadres ont pour but de fixer à l'avance des principes obligatoires en matière de collaboration intercantonale, principes qui bénéficient d'une certaine légitimité démocratique et améliorent celle de l'organisation intercantonale²⁸. Logiquement, l'application de ces principes n'est pas censée être négociée²⁹. Gardons d'ailleurs à l'esprit que l'ACI aurait pu être déclarée de force obligatoire pour tous les cantons si certains d'entre eux avaient refusé d'y adhérer³⁰.

727

L'intérêt général au respect des conventions-cadres. – Au regard de la fonction et du but des conventions-cadres, un canton a évidemment un intérêt à ce que les conventions organisatrices spécifiques – auxquelles il ne serait même pas (encore) partie – respectent les conventions-cadres qu'il a ratifiées, contrairement à ce que considère ZEHNDER. D'une part, il peut envisager d'adhérer, plus tard, à de telles conventions organisatrices, étant précisé que la réalisation d'un tel projet politique peut dépendre du respect des règles posées par la convention-cadre. D'autre part et surtout, il peut se prévaloir d'un intérêt général à ce que la collaboration intercantonale respecte certaines règles de gouvernance censées améliorer l'image négative que l'opinion publique a des mécanismes de coopération entre cantons³¹.

728

²⁸ Dans ce sens, apparemment, ZPDK (2006), p. 10.

²⁹ Cf., dans ce sens, expressément CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2220; aussi LIENHARD/WICHTERMANN (2005), p. 6.

³⁰ Voir art. 14 al. 1 PFCC; aussi CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2341, lequel souligne que l'ACI ne peut déployer ses effets de manière optimale que s'il s'applique à l'ensemble des cantons.

³¹ Par exemple, la CGSO a expressément rappelé que la conclusion de la CoParl et, en particulier, l'institution par celle-ci d'un bureau interparlementaire de coordination « profitera[it], en

729

Le texte et la systématique des conventions-cadres. – Il est fréquent que les conventions-cadres indiquent expressément les normes que les cantons peuvent renoncer à appliquer ou celles auxquelles ils peuvent déroger. C'est le cas de l'art. 12 al. 1 CoParl, qui comme nous le verrons encore, prévoit la possibilité de renoncer à la création d'une commission interparlementaire consultative lors de l'élaboration d'un projet de convention intercantonale, alors même que, théoriquement, une telle commission s'imposerait au sens de l'art. 7 CoParl (sur la question en particulier, *infra* N 1052). De même, l'ACI prévoit de manière explicite qu'il est possible de déroger à certaines de ses dispositions lors de la conclusion d'une convention intercantonale spécifique³².

On peut sans conteste partir de l'idée que c'est parce que les auteurs des conventions-cadres intercantionales avaient l'intention qu'elles soient impératives qu'ils ont indiqué les dispositions auxquelles ils entendaient n'attribuer qu'une valeur dispositives. Cela semble signifier logiquement qu'il n'est pas possible de déroger aux conventions-cadres dans la mesure où celles-ci n'émettent aucune réserve expresse quant à leur force normative.

730

La pratique politique. – Enfin, à notre connaissance, les acteurs politiques semblent être toujours partis de la prémisse selon laquelle les conventions-cadres intercantionales – et notamment l'ACI – étaient impératives³³. C'est d'ailleurs pour cette raison-là que les cantons romands avaient demandé à AUER d'examiner la conformité de la CoParl à l'ACI lors de l'élaboration de la première des deux conventions (sur la question, *supra* N 236). De même, lors de l'élaboration de la CoParl, les cantons contractants n'ont pas voulu reconnaître la possibilité de renoncer à la création d'une commission interparlementaire « de contrôle » lors de la création d'une institution ou d'une organisation intercantonale qui leur serait commune. Le rapport explicatif de la CoParl préparé par la Conférence des gouvernements de Suisse occidentale (CGSO) ne laisse que peu de place pour une opinion contraire³⁴ :

« L'article 15 al. 1^{er} énonce le principe que toute convention qui crée une institution intercantonale ou une organisation commune **doit prévoir** un contrôle interparlementaire.

fin de compte, à la collaboration intercantonale dans son ensemble » (cf. CGSO [2009], p. 8). Voir aussi LIENHARD/WICHTERMANN (2005), p. 6 s.

³² Voir, par exemple, art. 11 al. 2; art. 12 al. 1; art. 15 al. 2; art. 19 al. 3 ACI.

³³ Voir, p. ex., CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2219 s., où ce dernier retient que l'ACI « oblige » et « engage » les cantons; ZPDK (2006), p. 10, lequel souligne qu'une convention-cade fixe les « *rechtlichen Spielregeln* » de prochaines conventions; ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 46 s., qui considère que les cantons jouissent d'une marge de liberté « dans le cadre » de l'ACI; CGSO (2000), p. 4397, qui évoquait la « supériorité normative » de la Convention des conventions (aCConv).

³⁴ CGSO (2010), p. 10 (mise en évidence par l'auteur).

Il précise que cette haute surveillance parlementaire **doit être confiée** à une commission interparlementaire. »

Conclusion. – En somme, il n'est pas conforme à l'esprit et la fonction des conventions-cadres – ni à l'intention initiale et aux intérêts des cantons qui les ont conclues – que les négociateurs d'une convention organisatrice spécifique puissent s'écarter des règles générales fixées par les conventions-cadres. Nous concluons qu'en principe, les règles prévues par celles-ci sont impératives³⁵. Il n'est en principe pas possible d'y déroger par l'élaboration d'une convention intercantonale spécifique dans la mesure où la convention-cadre n'autorise pas expressément un tel procédé. Il en va par exemple ainsi de l'obligation d'instituer une commission interparlementaire de contrôle consacrée à l'art. 15 Co-Parl, laquelle n'est pas facultative, contrairement à ce que l'on soutient parfois (sur la question encore, *infra* N 799 ss)³⁶. À défaut, une telle dérogation constitue une violation de la règle – fixée à l'art. 48 al. 3 Cst. – selon laquelle une convention ne doit pas déroger aux engagements pris antérieurement envers les cantons tiers.

731

L'exception. – Une convention organisatrice spécifique peut exceptionnellement déroger aux règles fixées impérativement par une convention-cadre lorsque deux conditions sont réunies. Premièrement, les cantons qui ont conclu la convention organisatrice spécifique sont les mêmes cantons que ceux qui ont conclu la convention-cadre concernée. Deuxièmement, la convention organisatrice spécifique doit avoir suivi la même procédure d'adoption et de ratification que celle qui est applicable à la révision de la convention-cadre (pour la procédure de révision des conventions-cadres, voir *infra* N 735 et 1087). Matériellement, la « dérogation » opérée consiste, à y regarder de plus près, en une « modification » partielle de la convention-cadre.

b. Le « rang » des conventions-cadres intercantionales

La problématique. – Comme nous l'avons vu, la pratique et la doctrine se sont encore peu intéressées à la question de la nature (dispositive ou impérative) des conventions-cadres intercantionales. À partir de là, il n'est guère surprenant de remarquer que, jusqu'à présent, elles ne se sont guère interrogées sur celle de leur « rang » au sein de l'ordre juridique. En tout cas, les autorités cantonales –

732

³⁵ Voir d'ailleurs l'art. 15 al. 1 LConv FR, selon lequel une convention doit être « mise en œuvre conformément au droit fédéral et/ou intercantonal applicable »; aussi BUREAU DU GC BE (2009), p. 3, qui considère que les règles de l'ACI sont « impératives en cas de conclusion d'une convention de collaboration intercantonale » et qu'elles « restreignent la liberté de manœuvre des cantons dans la définition des modalités des processus décisionnels ».

³⁶ Cf., p. ex., le CONSEIL D'ÉTAT GE (2006), p. 28, qui retient que l'instauration d'une commission interparlementaire de contrôle est facultative.

que cela soit les gouvernements cantonaux dans leurs messages ou les parlements cantonaux lors de leurs débats – ne se sont pas véritablement préoccupées, lors des différentes phases d'élaboration ou de ratification de la CoParl ou de l'ACI, de la place qu'allaient prendre ces conventions-cadres au sein de l'ordre juridique cantonal.

Cette indifférence surprend, car la question était d'importance. Dans certains cantons, comme dans ceux de Vaud, Berne, Jura et Neuchâtel, ces conventions-cadres aurait dû faire l'objet d'un référendum obligatoire dans la mesure où elles auraient été qualifiées de conventions de « rang constitutionnel » (voir, sur le référendum conventionnel obligatoire, *supra* N 462 ss).

733

La conformité aux constitutions cantonales. – À vrai dire, dans les cantons de Neuchâtel, du Jura et de Vaud, on s'est contenté de considérer – de manière implicite ou en le motivant de manière extrêmement succincte – que la CoParl et l'ACI, qui renforçaient les attributions parlementaires dans le domaine des relations intercantionales, étaient conformes à la constitution cantonale ou, du moins, à son esprit, soit la règle générale selon laquelle le parlement jouit de la compétence constitutionnelle d'approuver les conventions dont le contenu est important³⁷. Pourtant, dans les cantons – notamment romands – où la représentation du canton et la négociation des conventions intercantionales relèvent de la compétence exclusive des exécutifs cantonaux, une telle opinion n'allait pas forcément de soi (sur la répartition des compétences, *supra* N 399 ss). Elle est tout au plus soutenable, comme s'est efforcé de le démontrer le Conseil-exécutif bernois de manière plus détaillée lorsqu'il a soumis le projet d'ACI au Grand Conseil³⁸.

La comparaison de la CoParl avec l'aCConv. – On remarquera que l'art. 7 al. 1 aCConv réservait expressément la constitution de chaque canton, pour bien montrer que l'aCConv n'avait pas « pour effet de modifier les compétences des différents pouvoirs au sein des cantons »³⁹. Cet article et cette idée n'ont pas été repris dans la CoParl⁴⁰.

734

La question du « rang constitutionnel ». – Quoiqu'il en soit, il nous semble qu'il aurait fallu examiner plus attentivement la question du rapport que peuvent

³⁷ Cf. CONSEIL D'ÉTAT NE (2010); GOUVERNEMENT JU (2010); CONSEIL D'ÉTAT VD (2010), p. 3, lequel retient tout au plus que « [l]a CoParl est conforme à la Constitution cantonale, en particulier à ses articles 103 al. 2 et 121 ». La question n'a à notre connaissance pas fait l'objet d'un examen de constitutionnalité plus poussé en Suisse alémanique non plus (cf. p. ex. REGIERUNG GR [2006/II], p. 1500).

³⁸ Voir CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2006), p. 4 s., lequel évoque en particulier la conformité à la constitution cantonale de l'obligation de créer des commissions interparlementaires de gestion posée à l'art. 15 ACI (*supra* N 632).

³⁹ Cf. CGSO (2004), p. 6.

⁴⁰ Cf. sur ce sujet MARTENET (2011), p. 177 s.

entretenir les conventions-cadres intercantionales avec les constitutions cantonales qu'elles complètent *a priori*.

Comme nous venons de le voir, ce « droit intercantonal supérieur » jouit d'une portée normative particulière puisque les conventions intercantionales qui tombent dans son champ d'application doivent lui être conformes (sur la nature impérative des conventions-cadres, *supra* N 724 ss). À l'instar des constitutions cantonales, il limite la marge de négociation des autorités lors de l'élaboration d'une convention intercantonale. Ajoutons que l'ACI et la CoParl imposent, dans certaines circonstances, la création de commissions interparlementaires de consultation ou de contrôle permanentes dont les pouvoirs ne sont pas négligeables, du moins sur le plan théorique. On peut légitimement se demander si cette obligation d'instituer des commissions interparlementaires ne constitue pas une règle de « rang constitutionnel », étant précisé que dans bon nombre d'autres cantons, les droits de participation du parlement en matière de relations extérieures font généralement l'objet d'une consécration constitutionnelle expresse (p. ex. droit de proposition, participation à des commissions interparlementaires ; cf., pour les détails, *supra* N 401)⁴¹.

La procédure de révision qualifiée de la CoParl. – La nature « constitutionnelle » de la CoParl transparaît également dans la réglementation même de sa propre révision (commission interparlementaire et approbation parlementaire obligatoires), qui démontre que le simple consentement des cantons contractants ne suffit en principe pas à permettre la révision de cette convention-cadre⁴².

Conclusion. – Vu ce qui précède, il conviendrait à notre sens de qualifier la CoParl et l'ACI de conventions intercantionales de « rang constitutionnel », peu importe la manière dont elles ont été « traitées » au moment de leur adoption. Ces deux conventions-cadre, que les acteurs politiques et la doctrine juridique n'hésitent pas à taxer du qualificatif de « Bible des accords intercantonaux »⁴³,

735

⁴¹ Dans ce sens, CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2006), p. 5. Soulignons d'ailleurs le fait que la constitution cantonale vaudoise elle-même contient une référence aux commissions interparlementaires (cf. art. 109 al. 3 Cst-VD) et que le Prof. Andreas Auer, interrogé lors d'un séminaire sur l'opportunité de donner un ancrage constitutionnel cantonal aux commissions interparlementaires intercantionales, a répondu de la manière suivante (cf. GRAND CONSEIL GE [2006], p. 28-29) : « Le problème des commissions interparlementaires ne semble pas être celui de la base légale, car elles l'ont dans la "Conventions des Conventions". Elles sont prévues par une convention qui lie tous les cantons romands. Par conséquent, que l'on consacre cette institution en plus dans une loi cantonale ou dans une constitution cantonale ne change pas grand-chose. »

⁴² Dans le même sens, AUBERT (1991/II), N 94, qui applique un tel raisonnement pour les traités européens.

⁴³ Voir les propos tenus par M. Perrin devant le Grand Conseil neuchâtelois, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance du 29 juin 2010, p. 255.

respectivement de « Constitution de la collaboration intercantonale » (« *Verfassung der interkantonalen Zusammenarbeit* »)⁴⁴, auraient dû faire l'objet d'un référendum obligatoire dans les cantons qui connaissent le référendum sur les conventions intercantionales de rang constitutionnel, c'est-à-dire sur les conventions qui complètent la constitution cantonale.

Si cela n'a été le cas lors de leur conclusion, leurs éventuelles modifications – si elles devaient s'avérer substantielles (*infra* N 1087) – ou leur abrogation devront suivre une telle procédure, au risque de vider de tout son sens le référendum obligatoire portant sur les conventions intercantionales complétant les constitutions cantonales (sur la question en particulier, *supra* N 464 ss).

c. L'applicabilité directe des conventions-cadres intercantionales

736 *La problématique.* – La question de la « nature » des conventions-cadres intercantionales ainsi que celle de leur « rang » ne préjugent pas de celle de l'applicabilité des règles que ces conventions contiennent. Bien évidemment, les normes des conventions-cadres intercantionales ne sont directement applicables que si elles sont suffisamment précises pour produire un effet juridique direct, c'est-à-dire pour s'appliquer comme telles à un cas d'espèce. Les règles posées qui ne sont pas forcément applicables directement doivent être concrétisées par les conventions organisatrices spécifiques (sur la question des règles intercantionales *self-executing*, aussi *supra* N 114).

737 *Les exemples de l'ACI et de la CoParl.* – Les normes intercantionales générales relatives à la question du droit applicable aux organisations régionales apparaissent en principe suffisamment précises pour être appliquées directement. Tel n'est pas toujours le cas des normes intercantionales générales régissant l'organisation régionale. Il en va ainsi de l'art. 14 et de l'art. 15 ACI qui prévoient que les cantons, lorsqu'ils instituent un organisme commun au sens de cette convention, doivent mettre en place un organe de surveillance adéquat ainsi qu'une commission de gestion interparlementaire au sein desquels des représentants de tous les cantons partenaires doivent pouvoir siéger. Il en va de même de l'art. 15 CoParl selon lequel les cantons de Suisse romande – le canton de Berne excepté – se sont engagés à constituer une commission interparlementaire de contrôle à chaque fois qu'ils créaient une institution intercantonale ou une organisation commune. De tels organes de surveillance, pour exister, doivent obligatoirement être institués dans la convention spécifique qui crée l'institution

⁴⁴ ORG. DE PROJET RPT (1999), p. 46 s.

intercantonale ou l'organisation commune⁴⁵. Cette convention doit au moins régler les détails de leur composition (p. ex. le nombre de membres composant l'organe), comme le rappelle d'ailleurs la CoParl elle-même⁴⁶. En revanche, une fois qu'un tel organe intercantonal a été créé, celui-ci peut se prévaloir directement des compétences spécifiques prévues par la convention-cadre (sur la question, *infra* N 813 ss)⁴⁷.

L'applicabilité directe en cas de révision. – En l'absence d'une norme contraire prévue par la convention-cadre, les règles directement applicables que celle-ci contient – de même que leurs modifications – s'appliquent à toutes les organisations intercantionales qui tombent dans le champ d'application de la convention-cadre. Cela signifie qu'une convention-cadre – et ses éventuelles révisions (partielles ou totales) – peut aussi s'appliquer aux organisations intercantionales spécifiques qui lui sont préexistantes⁴⁸. La réglementation contraire de la convention organisatrice spécifique doit alors céder le pas à une éventuelle règle-cadre contraire directement applicable et de nature impérative. C'est ainsi que les commissions interparlementaires instituées sous l'empire de l'aCConv disposent de l'ensemble des droits et des pouvoirs que la CoParl octroie aujourd'hui aux commissions interparlementaires de contrôle⁴⁹, la seconde convention constituant une révision totale de la première.

L'intérêt d'une réglementation transitoire. – Nous sommes conscient que le principe de droit transitoire exprimé ci-avant peut s'avérer problématique et qu'il peut conduire à des solutions compliquées sur le plan pratique. Les cantons seraient donc bien inspirés d'insérer dans leurs conventions-cadres des règles et des dispositions générales ou spéciales de droit transitoire. Les cantons de Suisse centrale l'ont par exemple fait aux art. 41 à 43 du Polizeikonkordat Zentralschweiz du 6 novembre 2009 (ZPK)⁵⁰ qui constitue une convention-cadre en matière de collaboration intercantonale policière.

⁴⁵ De même, selon le Conseil fédéral, l'ACI ne saurait servir de base à des paiements compensatoires entre les cantons (cf. CONSEIL FÉDÉRAL [2002/III], p. 2220).

⁴⁶ Art. 15 al. 3 CoParl. Ainsi, la réglementation de la CoParl relative à la création d'une commission interparlementaire de contrôle n'est pas « directement applicable », contrairement à celle relative à la création d'une commission interparlementaire de consultation (cf. aussi ZIEGLER [2009], p. 10).

⁴⁷ Dans ce sens apparemment, CONSEIL D'ÉTAT VD (2008/II), p. 2, selon lequel les modalités de mise en place du contrôle interparlementaire sont directement prévues par l'aCConv, aujourd'hui remplacée par la CoParl.

⁴⁸ Dans ce sens, ZPDK (2009), p. 25.

⁴⁹ Cf., dans ce sens, CIP HIRC VD/VS [2012], p. 3, qui considère qu'elle s'est vue renforcée par la CoParl par l'introduction de nouveaux droits parlementaires (interpellation, résolutions et postulats); aussi CIP RIVIERA-CHABLAIS VD/VS [2008], p. 5.

⁵⁰ P. ex. SRL 352.

L'applicabilité en cas d'abrogation. – Enfin, on présumera qu'une convention organisatrice spécifique reste soumise, de manière transitoire, à la convention-cadre intercantonale qui était en vigueur à l'époque de son adoption et qui lui était applicable à ce moment-là, ce même après l'abrogation de cette convention-cadre⁵¹. L'idée est d'éviter que l'abrogation d'une convention-cadre ne crée des lacunes juridiques dans l'organisation et dans le fonctionnement des entités intercantionales existantes. Les cantons partenaires peuvent évidemment convenir d'une autre solution lors de l'abrogation de la convention-cadre, en adoptant les dispositions transitoires adéquates, ou, alors, après cette même abrogation, en révisant la convention organisatrice spécifique.

II. Quelques questions choisies

741 *Plan.* – Sur un plan politique, mais aussi juridique, deux problématiques s'avèrent être centrales lorsqu'il s'agit d'aménager la gouvernance d'une organisation régionale conventionnelle. Nous pensons, d'une part, aux règles de fonctionnement des organes communs (A) et, d'autre part, aux règles de financement de l'organisation régionale commune (B). Nous proposons dès lors de traiter ces deux questions de manière approfondie dans l'ordre précité.

A. Le fonctionnement des organes régionaux commun

742 *Introduction.* – Les cantons et les communes sont fréquemment représentés par un ou plusieurs délégués au sein des organes régionaux « communs » chargés d'exercer une fonction étatique ou d'exécuter une tâche publique pour leur compte (p. ex. assemblée des délégués d'une association de communes ou d'une agglomération, comité gouvernemental au sein d'un établissement autonome intercantonal, conférence interdépartementale). Nous nous proposons dès lors d'examiner les règles régissant la prise de décision au sein de tels organes (1) et de nous interroger sur la possibilité pour les collectivités de donner des instructions juridiquement contraignantes sur la manière dont leurs représentants doivent se comporter dans l'exercice de leur mandat (2).

1. Les règles de prise de décision

743 *En général.* – À première vue, il serait tentant de penser qu'au sein d'une organisation régionale, le respect de la « souveraineté » cantonale, tout comme celui de l'autonomie communale, suppose que toute décision soit prise à l'unanimité

⁵¹ Dans ce sens, ZPDK (2009), p. 25.

des collectivités partenaires ou, du moins, des délégués qui les représentent au sein des organes régionaux compétents. Reconnaissons au passage qu'une telle règle aurait aussi le mérite de respecter au mieux le principe de l'égalité entre les cantons de même que celui de l'égalité entre les communes – pour autant que ces deux principes soient entendus dans un sens absolu – dans la mesure où ces collectivités ne se verraient pas obligées de respecter une décision que d'autres ont adoptée. Il fut ainsi un temps où l'on doutait qu'il soit possible de prévoir qu'une décision puisse être prise à la majorité des représentants des cantons au sein d'un organe intercantonal⁵².

La pratique et la doctrine récentes se sont cependant largement distancées d'une telle opinion qu'il convient effectivement de nuancer fortement, voire de renverser complètement⁵³, en ce sens qu'au sein d'un organe régional, la prise de décision à la majorité représente la règle (a) et la prise de décision à l'unanimité l'exception (b).

a. *L'adoption de décisions à la majorité*

Un critère de constitutionnalité parmi d'autres. – Le fait que des organes intercantonaux ou intercommunaux prennent des décisions à la majorité ne représente pas en soi et dans son fondement même – une cession excessive de souveraineté cantonale ou d'autonomie communale. Pour s'en convaincre, il suffit de se remémorer que la constitutionnalité d'un mécanisme de collaboration régionale s'apprécie au vu de l'ensemble des circonstances et, surtout, qu'un canton ou qu'une commune peut, sur le principe, déléguer l'exécution de certaines de ses tâches à un autre canton, respectivement à une autre commune (sur ces questions, *supra* N 185 ss, 204 ss et 651 ss). Ces deux postulats posés, il se révélerait absurde et contraire à toute logique d'exiger qu'un organe régional collégial soit toujours soumis au principe de l'unanimité, en particulier dans les cas où il se chargerait, en réalité, d'une tâche publique qui aurait pu faire l'objet d'une simple convention d'adhésion ou d'une convention d'acquisition de prestations, c'est-à-dire dans les cas où il se chargerait d'exécuter une tâche qu'un canton ou une commune aurait pu céder purement et simplement à une autre collectivité.

Le principe de la majorité comparé à celui de l'unanimité. – Plus généralement, il est erroné de penser que le principe de l'unanimité est forcément plus respectueux de la souveraineté cantonale ou de l'autonomie communale que le principe de la majorité. Dans une organisation régionale conventionnelle, les

⁵² Cf., en particulier, HÄFELIN (1969), p. 651 s. et 738.

⁵³ Voir notamment TANQUEREL (2001), p. 32; BRUNNER (2000), p. 116.

collectivités partenaires cèdent toujours une part de leur autonomie, même lorsque le processus de décision est régi par le consensus ou par le principe de l'unanimité.

Le principe de l'unanimité permet certes à chacun des cantons ou à chacune des communes partenaires d'éviter qu'une décision qui ne lui convient pas lui soit imposée par les autres cantons ou communes partenaires. Dans cette mesure, il représente l'assurance de ne pas se voir contraint de tolérer des décisions prises par d'autres collectivités et doit ainsi prévaloir lors de prise de décisions touchant des aspects essentiels de la souveraineté cantonale ou de l'autonomie communale (pour les exemples, *infra* N 749)⁵⁴. Il arrive cependant que le principe d'unanimité empêche les cantons et les communes d'exercer efficacement et opportunément leurs droits de participation au sein de l'organisation régionale et, ainsi, d'influer sur la politique régionale. Des collectivités, représentant pourtant la majorité de la population, peuvent se retrouver dans l'impossibilité de mettre en œuvre les solutions qu'elles souhaiteraient sur le plan intercantonal ou intercommunal. De même, le principe d'unanimité n'est pas toujours compatible avec l'intérêt à assurer une collaboration efficace. Une seule collectivité récalcitrante peut freiner, sinon stopper une dynamique régionale souhaitable, notamment en retardant l'application ou la mise en œuvre de solutions inédites⁵⁵.

En comparaison, la règle de la majorité se justifie en partie par le fait qu'elle permet l'exercice d'une souveraineté cantonale ou d'une autonomie communale définie de manière positive (« souveraineté coopérative » ; sur la notion, *supra* N 278 ss) et par le fait qu'elle favorise une collaboration régionale efficace. À partir de là, il est possible présumer, comme le fait une partie de la doctrine, qu'en l'absence de règles contraires, les organes régionaux prennent – ou peuvent prendre – leurs décisions à la majorité simple des membres qui les composent⁵⁶.

746

La possibilité de moduler les règles de majorité. – Si le principe de la majorité est présumé s'appliquer lors d'une procédure décisionnelle régionale, il faut comprendre celui de la majorité « simple » des voix exprimées lors cette procédure. Il faut également supposer que chaque membre de l'organe régional

⁵⁴ Aussi BORTER (1976), p. 112.

⁵⁵ Cf., dans ce sens, CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2218: « Il est dans la nature du fédéralisme suisse qu'une décision puisse être prise – dans des conditions bien définies – à la majorité des cantons. Le principe de l'unanimité n'est pas compatible avec celui de la cohabitation confédérale: il peut susciter des blocages, freiner sinon arrêter la dynamique souhaitable, retardant ainsi l'application de solutions inédites. »; aussi TANQUEREL (2001), p. 32; Comm. aCst.-HÄFELIN (1989), N 87 s. ad art. 7 aCst.

⁵⁶ Dans ce sens, ZEHNDER (2007), p. 225, 265, 276 et 282; BEURRET-FLÜCK (1983), p. 31; DORMANN (1970), p. 88.

dispose d'une voix équivalant aux autres⁵⁷. Il est néanmoins possible de moduler les règles de la majorité afin d'éviter que des décisions soient prises sans l'accord de certaines collectivités membres (ou de leurs représentants) ou, du moins, trop facilement sans l'accord de celles-ci. Sur le principe, les cantons sont largement libres d'aménager des règles intercantionales se distançant de la majorité simple au sein d'un organe régional⁵⁸, du moins lorsque celui-ci n'est pas élu directement par la population⁵⁹. Il en va de même pour les communes au niveau intercommunal dans les limites du droit cantonal supérieur (sur la question aussi, *supra* N 716).

Une manière de varier le principe de la majorité consiste à prévoir un quorum de présence au sein de l'organe régional, une majorité qualifiée des voix des membres siégeant dans cet organe ou, simplement, la prépondérance de la voix de son président⁶⁰. Le procédé protégera généralement les petites collectivités représentées au sein de l'organisation régionale.

Il est également possible de pondérer le droit de vote des membres d'un organe régional (vote plural) en fonction du poids contributif ou de la population des collectivités que ces membres représentent⁶¹. Le procédé protégera en

⁵⁷ Pour une règle conventionnelle expresse, voir art. 14 al. 1 C-HE-ARC, selon lequel « [l]a Commission interparlementaire HE-Arc prend ses décisions à la majorité des membres présents »; voir aussi art. 8 al. 2 K-Polizeischule Hitzkirch.

⁵⁸ Les règles de prise de décisions qui se distancient du principe de la majorité devraient en principe être prévues par la convention organisatrice elle-même (voir notamment art. 29 C-HE-ARC, qui prévoit l'unanimité; aussi art. 13 C-HEP-BEJUNE, qui évoque la prise de décision « par consensus »; art. 20 al. 1 C-HES-SO, selon lequel le comité gouvernemental prend ses décisions « d'un commun accord »). Il n'est toutefois pas exclu qu'elles soient prévues par une réglementation secondaire, par exemple par le règlement d'organisation interne d'un organe intercantonal, pour autant, bien entendu, que la convention organisatrice ne prévoise pas expressément de règles particulières ou qu'elle contienne un silence qualifié sur la question des majorités nécessaires (voir, à titre illustratif, art. 7 des statuts de la CIIP du 25 novembre 2011 en lien avec art. 18 al. 2 CSR; aussi art. 8-10 du Règlement de la Conférence des autorités cantonales compétentes en matière pénitentiaire du 10 octobre 1988 en lien avec art. 5 al. 4 CLDPA et art. 9 al. 4 CEDPM).

⁵⁹ Le Tribunal fédéral ne s'est jamais opposé à l'institution de votes à la majorité qualifiée au sein des parlements cantonaux « vu l'autonomie reconnue aux cantons dans ce domaine » (cf. Tribunal fédéral, arrêt 1C_248/2007 du 21 avril 2008, consid. 4.4; voir aussi ATF 105 Ia 11, consid. 2; voir, dans le même sens, MARTENET [1999], p. 362, lequel considère que « rien n'empêche les cantons de prévoir un vote du Grand Conseil à la majorité qualifiée pour les projets les plus importants »).

⁶⁰ Pour des exemples au niveau intercantonal, cf. art. 8 C-AS-SO; art. 10 V-BVG-Aufsicht Ostschweiz; aussi art. 4 AIMP.

⁶¹ ZEHNDER (2007), p. 226; GYGI (1973), p. 152. Il est rappelé que les principes déduits de la garantie des droits politiques – et notamment le principe des droits politiques – ne s'appliquent pas aux organes qui sont élus par un autre organe que le corps électoral (voir, en matière intercommunale, Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2015.00799 du 24 février 2016, consid. 2.2.1; aussi SG Komm. BV-STEINMANN [2014], N 5 ad art. 34 Cst.). En revanche, il est

principe les grandes collectivités représentées au sein de l'organisation régionale.

Enfin, il est bien sûr possible de prévoir des systèmes combinant l'exigence d'une majorité qualifiée avec un système de vote plural afin de trouver un équilibre qui satisfasse l'ensemble des intérêts en présence.

Exemples pratiques de règles de majorité combinées. – Lors de l'élaboration de la convention relative à la création du Syndicat intercommunal des sapeurs-pompiers volontaires du Littoral neuchâtelois, lequel était censé regrouper plus d'une vingtaine de communes, les communes sont parties de l'idée que chacune d'elles – peu importe sa grandeur – devait être représentée par une seule et unique personne au sein du conseil intercommunal, car elles voulaient assurer une dimension raisonnable à ce conseil. Il a par ailleurs été décidé que celui-ci devait prendre généralement ses décisions à la majorité absolue des membres présents. Toutefois, dans ce syndicat, l'adoption du budget, des comptes et l'octroi de crédits nécessitent non seulement la majorité des deux tiers des délégués présents, mais également la majorité des voix de ces mêmes délégués, voix qui sont exceptionnellement pondérées en fonction du nombre d'habitants et du poids financier de la commune qu'ils représentent⁶². Cette solution – qui est peut-être douteuse quant à sa conformité au droit cantonal⁶³ – est censée protéger l'autonomie financière de l'ensemble des communes partenaires, qu'elles soient grandes ou petites. Une solution analogue a également été choisie pour l'École intercantonale de police d'Hitzkirch (aussi, sur cette réglementation, *infra* N 783).

b. L'adoption de décisions à l'unanimité

747 *En général.* – Nous devons apporter quelques tempéraments à ce qui vient d'être exposé. Il arrive parfois que la préservation de la souveraineté cantonale, ainsi

contraire à l'égalité des droits politiques de prévoir des droits de vote pondérés pour des personnes élues au suffrage direct, situation pour l'heure rarissime en matière d'organisation régionale. En effet, le Tribunal fédéral considère que l'on ne peut traiter différemment un député ou un groupe de députés déterminé sans porter une atteinte simultanée à l'égalité des chances des droits politiques des citoyens. Cette différence de traitement empêche effectivement le ou les députés en question de représenter efficacement les électeurs qui ont voté pour lui ou eux (ATF 123 I 97, consid. 5d). La doctrine en a donc déduit, et ce à juste titre, qu'« il n'est pas admissible d'instituer, au sein d'un parlement, des députés de deuxième classe, qui disposeraient de moins de compétences que leurs collègues » (TANQUEREL [2000], p. 572) et que, dès lors, « *der Wille des Stimmvolkes sich in der Zusammensetzung und den Beschlüssen des Parlamentes unverfälscht widerspiegeln muss und folglich die Parlamentsmitglieder das gleiche Recht an der Ratstätigkeit haben* » (VON WYSS [2000], p. 103).

⁶² Voir art. 19 du règlement général du syndicat intercommunal des sapeurs-pompiers volontaires du Littoral neuchâtelois.

⁶³ La pondération des voix semble en effet exclue en droit neuchâtelois. Celui-ci prévoit que les décisions sont prises à la majorité (simple ou qualifiée) des « membres » de l'assemblée des délégués et envisage plutôt un nombre variable de délégués par commune que la pondération de leur droit de vote dès lors qu'il s'agit de tenir compte de l'importance de communes associées (voir art. 76 en lien avec art. 73 et 75 LCo NE et CONSEIL D'ÉTAT NE [1995], p. 2512).

que celle de l'autonomie communale, impose qu'une décision soit prise à l'unanimité des collectivités membres d'une organisation régionale ou, du moins, à l'unanimité des délégués qui représentent ces collectivités au sein d'un organe régional. Certaines décisions peuvent en effet s'avérer tellement importantes qu'elles ne peuvent être imposées à un canton ou à une commune qui n'y a pas adhéré, au risque sinon de violer les principes de souveraineté cantonale ou d'autonomie communale.

La nécessité d'un accord en procédure conventionnelle. – Évidemment, la création d'une organisation régionale nécessite en principe l'accord de l'ensemble des collectivités qui entendent y adhérer. La création d'une organisation régionale – qu'elle soit intercantonale ou intercommunale – ne peut pas être imposée sur la base d'une décision prise à la majorité des collectivités qui entendent en être membres. Dans la même logique, toutes les modifications essentielles d'une convention organisatrice régionale doivent faire l'objet d'un accord unanime des collectivités partenaires. 748

Nous reviendrons évidemment sur ces deux questions au moment de traiter les règles générales régissant la procédure conventionnelle (*infra* N 1038 ss et N 1088 ss).

Les décisions régionales importantes. – Plus généralement, une décision régionale ne devrait jamais intervenir sans l'accord d'une collectivité partenaire dès lors qu'elle revêtirait une importance fondamentale pour celle-ci. 749

Le principe joue un rôle capital à chaque fois que la collaboration institutionnalisée porte sur une tâche ou sur une fonction étatique dont l'exécution régionalisée s'avère controversée ou, du moins, délicate. On pensera à l'adoption d'une planification stratégique à long terme dans un domaine sensible pour lequel les cantons et les communes disposent de larges compétences (p. ex. l'adoption de la planification locale, le mandat d'objectif d'une haute école intercantonale ; aussi N 666)⁶⁴. On mentionnera aussi les décisions de type électif ou opérationnel dont l'importance politique est centrale (p. ex. la nomination d'un secrétaire de commune commun ou la nomination du commandant d'une force intercantonale de police⁶⁵; *supra* N 670 et N 673).

Enfin, au niveau intercantonal, certaines décisions financières peuvent nécessiter l'existence d'un consensus des collectivités partenaires. Nous reviendrons plus spécifiquement sur ce point lorsque nous examinerons la question du financement des entités régionales communes (*infra* N 777 ss).

⁶⁴ C'est ainsi que les décisions d'« ordre plus politique et stratégique », y compris en termes de communication, doivent être prises à l'unanimité au sein de la CIIP (cf. CIIP [2011], p. 6; art. 7 al. 2 let. a des statuts de la CIIP du 25 novembre 2011); voir aussi ZFDK (2006), p. 7.

⁶⁵ Voir, p. ex., art. 35 al. 5 ZPK.

2. L'instruction des délégués

750 *La problématique.* – Les organes régionaux – qu'ils soient intercommunaux ou intercantonaux – se composent très souvent de représentants ou de délégués des différentes collectivités partenaires. Il s'agit tantôt de personnes qui appartiennent automatiquement à l'organe régional du fait de leur fonction politique cantonale ou communale (p. ex. conseillers d'État), tantôt de personnes spécialement choisies par les communes ou les cantons pour siéger au sein d'un tel organe. Le but est de garantir une participation ou, simplement, une surveillance directe des collectivités sur le fonctionnement de l'organisation régionale conventionnelle à laquelle elles ont adhéré⁶⁶. Les délégués sont également censés défendre les intérêts des collectivités auxquelles ils appartiennent.

La question reste de savoir si, d'un point de vue juridique, les collectivités partenaires peuvent donner des instructions contraignantes à leurs délégués sur la manière dont ceux-ci doivent se comporter au sein de l'organe régional ou si ces mêmes délégués exercent librement leur fonction. Cette question, peu examinée par la doctrine malgré son importance pratique⁶⁷, doit recevoir une réponse nuancée. Celle-ci dépend de l'existence – ou non – d'une réglementation régionale sur le sujet (a-b) ainsi que de l'éventuelle fonction parlementaire de la personne déléguée au sein de l'organe régional (c).

a. Le droit d'instruction en l'absence de réglementation régionale

751 *En général.* – Le plus souvent, le droit intercantonal ou intercommunal ne se prononce pas sur la question de savoir si les cantons ou les communes peuvent instruire leurs représentants au sein d'un organe régional avant, par exemple, que celui-ci ne prenne une décision. Dans de telles situations, on présume souvent qu'ils en ont le droit⁶⁸.

752 *Les règles de droit cantonal : les délégués des communes.* – À vrai dire, une telle conception a le mérite de correspondre à la tendance générale du droit cantonal de prévoir explicitement qu'en matière de collaboration intercommunale, les délégués des communes *doivent obéir* aux instructions de vote que celles-ci pourraient leur donner, voire que ces mêmes délégués *doivent demander* des directives avant la prise de décisions importantes⁶⁹. Ainsi, en Suisse romande,

⁶⁶ REGIERUNGSRAT ZH (2013/I), p. 150; REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 72.

⁶⁷ IFF ET AL. (2009), p. 113: « Weiter ist oftmals nicht oder unklar geregelt, ob Delegierte an Weisungen gebunden sind, oder ob sie in ihren Verhandlungen und Entschlüssen frei sind. »

⁶⁸ Voir, entre autres, COUR DES COMPTES VD (2016), p. 27, et SCHELLENBERG (1975), p. 126.

⁶⁹ Voir, s'agissant de l'obligation pour un délégué de rechercher des instructions avant une prise de décision, art. 54 al. 2 GG LU; s'agissant également du devoir de consulter les exécutifs communaux, art. 106 al. 4 GG SH. À notre connaissance, aucun canton ne l'interdit, étant

les législateurs cantonaux bernois, valaisan et fribourgeois ont choisi de disposer, expressément, que les communes peuvent donner des directives de vote à leurs délégués, à tout le moins au sein d'une association de communes⁷⁰.

Les règles de droit cantonal : les délégués des cantons. – En comparaison, il n'arrive que rarement que le droit cantonal se prononce sur la question des instructions qu'il est possible de donner à un représentant du canton au sein d'un organe intercantonal. Le droit zurichois constitue plutôt une exception sur ce point⁷¹.

753

Les droits valaisan et vaudois. – Il convient cependant de relever ici que le Grand Conseil valaisan a adopté le 17 mars 2011 une loi sur les participations de l'État à des personnes morales et autres entités⁷², laquelle prévoit à son art. 13 que les délégués des cantons doivent, si nécessaire, requérir des instructions et que le Conseil d'État peut donner d'office de telles instructions. Il n'est à notre sens pas exclu qu'une telle loi soit également applicable en matière de collaboration intercantonale⁷³. Il en va de même de la loi vaudoise sur les participations de l'État et des communes à des personnes morales du 17 mai 2005 (LPECM VD)⁷⁴. Ces dispositions donnent un cadre général qui peut servir à définir les caractéristiques d'une délégation efficace dans le contexte d'une organisation régionale intercantonale ou intercommunale⁷⁵.

L'exigence d'une base légale cantonale ou communale ? – Quoi qu'il en soit, un droit d'instruction existe, à notre sens, indépendamment de toute base légale expresse dans le droit cantonal ou communal.

754

Comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse, la doctrine et la pratique reconnaissent aux cantons et aux communes le droit de donner des directives aux entités décentralisées auxquelles ils ou elles ont délégué certaines de leurs tâches, ce même en l'absence de base légale en ce sens. Un tel droit d'instruction ne requiert pas forcément de base légale expresse, car il peut être déduit implicitement des normes définissant l'objectif de la décentralisation et le degré

précisé qu'une ancienne disposition du droit st-gallois dans ce sens a été supprimée (cf., sur la situation prévalant sous l'ancien droit, SCHENKER [1986], p. 227).

⁷⁰ Art. 133 al. 3 LCo BE; art. 109 al. 1 LCo VS; art. 115 al. 4 LCo FR.

⁷¹ Voir art. 7a OG RR ZH et 23 al. 1 VOG GG ZH.

⁷² RSVs 170.3.

⁷³ On relèvera toutefois que le Conseil d'État valaisan est d'avis que « certaines entités que l'on pourrait éventuellement qualifier de "paraétatiques" – par exemple diverses Conférences intercantionales – ne se prêtent manifestement pas à l'application des règles contenues dans le projet de loi » (CONSEIL D'ÉTAT VS [2010], p. 11).

⁷⁴ RSV 610.20.

⁷⁵ Cf. COUR DES COMPTES VD (2016), p. 28; sur la question de l'application de la loi vaudoise à la collaboration intercommunale, voire UCV VD (2016/I), p. 9.

d'autonomie de l'entité décentralisée⁷⁶. Un tel raisonnement s'applique évidemment à l'organisation régionale, laquelle constitue une « décentralisation coopérative » (sur la question, *supra* N 420 et 434). Ajoutons que la solution inverse ne ferait pas grand cas non plus des principes de souveraineté cantonale et d'autonomie communale⁷⁷. Elle ferait par ailleurs totalement fi du principe de collégialité lorsque le délégué est issu de l'exécutif cantonal ou communal⁷⁸, et, dans les autres cas, du raisonnement logique selon lequel le droit de désigner un délégué – et le cas échéant de le révoquer – inclut celui de l'instruire⁷⁹.

On considère ainsi largement – même si l'opinion n'est pas incontestée – qu'il est possible pour une commune de donner des instructions à ses délégués, même lorsque le droit cantonal ne le permet pas expressément⁸⁰. On voit mal pourquoi il devrait en aller autrement au niveau intercantonal, quoi qu'en dise ZEHNDER⁸¹. En pratique d'ailleurs, les cantons semblent se passer de base légale⁸². Les réglementations adoptées revêtent donc essentiellement une fonction de rappel favorisant la sécurité politique et juridique⁸³.

755 *L'existence d'un silence qualifié ?* – S'il est préssumé, le droit des cantons et des communes d'instruire leurs délégués n'existe pas lorsqu'une règle de droit le proscriit. Une telle proscription peut résulter d'une réglementation expresse, ce qui est rarement le cas (sur la question également, *infra* N 762). Elle peut

⁷⁶ Par exemple, une disposition comme l'art. 2 C-HIRC VD/VS, qui prévoit que l'établissement intercantonal dispose de l'autonomie conférée par la convention pour accomplir sa mission, tout en réservant la surveillance des Conseils d'État, permet probablement de déduire la faculté, pour ces derniers, de donner des instructions à leurs délégués au sein des organes de l'établissement.

⁷⁷ Sur l'importance d'un droit d'instruction afin de renforcer les droits de participation des collectivités partenaires au sein d'une organisation régionale, cf. notamment ZRK (2008), p. 6; ZFDK (2005), p. 3-4, qui parle d'une « "interessante" Kompetenz »; CTA (2004), p. 57.

⁷⁸ Dans ce sens, CONSEIL D'ÉTAT FR (2013), p. 2263; apparemment aussi BIAGGINI (2012), p. 146; voir notamment à propos la collégialité au niveau communal, cf. art. 150 al. 1 Cst-VD et art. 65b LC VD.

⁷⁹ Voir, pour un tel raisonnement, GRISEL (2002), p. 7, en lien avec l'art. 118 al. 3 LC VD.

⁸⁰ Pour la collaboration intercommunale, UCV VD (2016/II), p. 14; CONSEIL D'ÉTAT VD (2011/I), p. 22; VLG LU (2006), N 33; GRISEL (2002), p. 7; TREPP (1975), p. 365 s.; SCHELLENBERG (1975), p. 124 s.; PFISTERER (1969), p. 168 s.; *contra* THALMANN (2002), N 4.9.5.5 ad § 7 GG ZH; ALLEMANN (1983), p. 257, et, apparemment aussi, FRIEDERICH (2013), N 291. Tout au plus exige-t-on parfois l'existence d'une base légale de niveau communal (REGIERUNGSRAT ZH [2013/I], p. 150; SCHENKER [1986], p. 227).

⁸¹ Cf. ZEHNDER (2007), p. 295.

⁸² Voir, par exemple, REGIERUNGSRAT UR (2009), p. 17; aussi BOGLI (1998), p. 59.

⁸³ Dans ce sens, REGIERUNGSRAT SO (2004/II), p. 1; pour un exemple, voir le règlement de fonctionnement des délégations du Conseil municipal de la Commune de Chêne-Bougeries, approuvé par le Conseil municipal le 7 décembre 2006.

également découler d'une règle implicite, c'est-à-dire d'un silence qualifié du droit applicable⁸⁴.

Imaginons par exemple qu'une personne soit nommée au sein d'un organe régional par un autre organe régional ou par plusieurs collectivités partenaires de manière conjointe. Une telle personne ne peut évidemment pas recevoir d'instructions du canton ou de la commune dont elle est ressortissante compte tenu des conflits de loyauté auxquels elle pourrait être soumise⁸⁵. *A priori*, l'édiction de directives contraignantes pourrait également être exclue lorsqu'il est prévu – comme le fait le droit neuchâtelois pour l'assemblée des délégués des associations de communes – que l'organe régional fonctionne de la même manière qu'un parlement⁸⁶, lorsqu'il est prévu qu'une commune doit déléguer plusieurs personnes au sein d'un conseil intercommunal⁸⁷ ou, comme nous le verrons encore, lorsqu'il est prévu que le législatif cantonal ou communal désigne lui-même les délégués au sein de l'organisation régionale (*infra* N 763).

Il s'agit cependant d'examiner avec prudence la question d'un éventuel silence qualifié du droit supérieur compte tenu de l'importance que peut revêtir le droit d'instruction en lien avec la préservation de la « souveraineté » cantonale et de l'autonomie communale.

L'organe compétent pour instruire : les règles expresses. – La reconnaissance d'un droit d'instruction soulève immédiatement la question de l'organe compétent pour les délivrer.

756

En matière intercommunale, le droit cantonal, lorsqu'il contient une réglementation à ce propos, part généralement de l'idée qu'il appartient à l'exécutif communal de donner d'éventuelles instructions. Ainsi, le droit cantonal fribourgeois, à l'instar du droit schaffhousois, précise que les délégués des communes doivent se référer à l'avis de leur exécutif⁸⁸. Quant au législateur bernois, il s'en est également tenu à la règle selon laquelle il appartenait au conseil communal

⁸⁴ Voir, dans ce sens également, SCHELLENBERG (1975), p. 125 s., selon laquelle on peut déduire du but d'une association de communes – notamment s'il tend à coordonner certaines tâches de planification communale – que les communes partenaires ont renoncé à toute faculté de donner des instructions à leurs délégués.

⁸⁵ Dans ce sens, cf. Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 27 ad art. 133 LCo BE; aussi BIAGGINI (2012), p. 146, lequel relève les potentiels conflits de loyauté qui seraient liés au droit d'instruire. On précisera ici qu'il est cependant possible en soi de donner des mandats contraignants à son délégué quel que soit l'organe régional au sein duquel celui-ci siège. Sur le principe, rien ne s'y oppose (cf. REGIERUNGSRAT SH [2006], p. 9; Komm. GG BE-FRIEDERICH [1999], N 27 ad art. 133 LCo BE).

⁸⁶ Art. 75 al. 1 LCo NE.

⁸⁷ Dans ce sens, ALLEMANN (1983), p. 257 s.; peut-être aussi ZEHNDER (2007), p. 296; apparemment d'un autre avis SCHELLENBERG (1975), p. 127 s.

⁸⁸ Art. 115 al. 4 LCo FR; art. 106 al. 4 GG SH.

(exécutif) de donner des instructions contraignantes au représentant ou à la représentante de la commune au sein de l'assemblée des conférences régionales, en l'occurrence au président de commune⁸⁹.

577

L'organe compétent pour instruire : en l'absence de règles. – À notre sens, en l'état du droit cantonal, la solution qui précède – c'est-à-dire la règle selon laquelle il est du ressort de l'exécutif cantonal ou communal d'instruire les délégués – devrait prévaloir de manière générale, ce même au niveau intercantonal. Il s'agit de la seule règle conforme au principe incontesté selon lequel la représentation de la commune tombe dans la sphère de compétence de cette autorité (sur la question, *supra* N 399 s. et 416), de même qu'au principe, régulièrement admis par le droit cantonal, selon lequel les autorités exécutives exercent les compétences cantonales ou communales résiduelles⁹⁰. Notons d'ailleurs que la jurisprudence a déjà eu l'occasion de juger qu'un parlement ou un corps électoral communal ne pouvait pas délivrer – par le biais d'une motion, respectivement d'une initiative – d'instructions contraignantes aux membres de son exécutif qui le représentaient au sein d'une organisation intercommunale (aussi *infra* N 1078)⁹¹.

Dès lors, en l'état actuel du droit, d'autres solutions – notamment celle qui consisterait à répartir la compétence d'instruire entre l'autorité exécutive et l'autorité législative⁹² – doivent *a priori* trouver un fondement juridique exprès,

⁸⁹ Art. 145 al. 2 LCo BE.

⁹⁰ Dans ce sens, Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 29 ad art. 133 LCo BE.

⁹¹ Tribunal fédéral, arrêt du 7 mars 1984, consid. 4a, in: ZBl 1984, p. 552; aussi Département des Innern AG, décision du 17 juin 1986, in: AGVE 1986, p. 491; Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, consid. 4a, in: BLVGE 1983, p. 27: « *Nichts spricht dafür, dass der Einwohnerrat im Falle einer kommunalen Beteiligung an fremden Unternehmungen über weitergehende Befugnisse verfügen soll. Seine Kompetenz ist deshalb auch in einem solchen Fall auf die Entscheidung beschränkt, ob und allenfalls in welchem Umfang sich die Gemeinde an dieser Unternehmung beteiligen soll. Hingegen fallen Fragen, welche die interne Organisation einer von Dritten geführten Unternehmung betreffen und auf welche die Gemeinde ohnehin nur einen mittelbaren Einfluss (mittels Delegiertenstimme) besitzt, nicht in die Entscheidungskompetenz des Einwohnerrats.* »

⁹² Il est vrai que l'on peut imaginer qu'un éventuel droit de donner des instructions échoie à l'autorité communale en charge de la nomination du délégué. De même, on peut également concevoir une compétence combinée entre l'autorité exécutive communale et l'autorité législative communale selon la décision à laquelle doit prendre part le délégué (cf. REGIERUNGSRAT LU [2003], p. 72; PFISTERER [1969], p. 169). Une telle règle pourrait toutefois s'avérer difficile à appliquer (cf., dans le même sens, SCHELLENBERG [1975], p. 127).

en l'occurrence dans la constitution cantonale s'agissant de l'instruction des délégués cantonaux et dans une loi cantonale s'agissant des délégués communaux⁹³.

La violation des instructions. – La dernière question consiste à déterminer les conséquences que peut avoir le fait qu'un délégué viole les instructions qui lui ont été valablement données ou, alors, le fait qu'il ne respecte pas le devoir qui lui incombe de demander des instructions⁹⁴.

758

De prime abord, le principe de la confiance et le principe de sécurité du droit excluent qu'un canton ou une commune puisse demander l'annulation d'une décision prise par un organe régional en invoquant le grief selon lequel son représentant n'aurait pas respecté les instructions de vote qui lui avaient été données sur la base d'un droit général de donner des instructions. Les éventuelles sanctions juridiques d'une telle violation du devoir de fonction – qui s'ajouteraient le cas échéant à d'autres « sanctions » politiques – ne peuvent qu'être internes (révocation du mandat, retrait d'un département ou d'un dicastère, etc.)⁹⁵.

Il en va peut-être différemment dans les cas où la convention organisatrice régionale ou une autre règle de droit qui lui est supérieure exigerait, de manière expresse et spécifique, que les délégués se chargent de prendre des instructions avant de participer à une décision. Dans un tel cas, une décision régionale pourrait être annulée si la violation du devoir d'instruction a eu un impact sur l'issue du processus décisionnel (sur la question également, *infra* N 761).

b. Le droit d'instruction dans la réglementation régionale

En général. – Les communes et les cantons peuvent régler la question du droit d'instruction de leurs délégués directement dans la convention organisatrice à laquelle ils adhèrent. Trois options s'offrent alors à eux. Ils peuvent envisager de réserver expressément le droit qu'ils ont de donner des instructions à leurs

759

⁹³ Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, consid. 4a, in: BLVGE 1983, p. 27; pour un exemple, art. 35 al. 1 de la loi appenzelloise sur les communes du 7 juin 1998 (Gemeindegesetz; GG AR; bGS A.Rh 151.11), selon lequel « [d]ie Delegierten handeln nach Instruktionen der entsendenden Behörde ».

⁹⁴ La question de la forme et du contenu que doivent revêtir les éventuelles instructions données ne reçoit quant à elle aucune réponse juridique. On comprendra simplement qu'il existe pour la commune un intérêt pratique évident à donner des directives générales plutôt que des consignes de vote précises, au risque sinon d'empêcher toute démarche de négociation utile de la part de son délégué (dans le même sens, FRIEDERICH [1999], N 28 ad art. 133 LCo BE).

⁹⁵ Voir, pour la collaboration intercommunale, REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 73; Komm. BV BE-FRIEDERICH (1999), N 31 ad art. 133 LCo BE; SCHELLENBERG (1975), p. 126; PFISTERER (1969), p. 169 s.; voir d'ailleurs art. 109 al. 1 LCo VS, selon lequel les communes peuvent « donner [aux délégués] des instructions et prévoir la révocation des mandats lorsque ces instructions ne sont pas respectées ».

délégués, de le *reconnaître* expressément ou, sous certaines conditions, l'*exclure* complètement ou partiellement.

760 *La clause de réserve.* – Tout d'abord, les cantons et les communes peuvent choisir de rappeler dans la convention organisatrice régionale le droit qu'ils ont d'instruire leurs délégués et de réglementer le procédé. La pratique connaît de telles clauses de réserve⁹⁶. Cette précision peut avoir le mérite de lever l'incertitude d'un éventuel silence qualifié de la convention sur cette question (sur la question, *supra* N 755). Cela dit, ce droit d'instruire restera, à notre sens, un droit général dont la violation n'a que peu de conséquences juridiques⁹⁷. Il est renvoyé ici à ce qui a été exposé ci-avant (sur la question, *supra* N 758).

761 *La reconnaissance du droit d'instruire.* – Les cantons et les communes peuvent aller plus loin et convenir qu'ils ont le droit de donner des instructions aux personnes qu'ils ont déléguées au sein d'un organe intercantonal ou intercommunal – voire s'accorder sur le fait que ces délégués ont le devoir de requérir des instructions auprès d'eux – à chaque fois, par exemple, que l'organe concerné est appelé à prendre une décision importante. La réglementation conventionnelle crée alors la présomption selon laquelle une décision qui aurait été prise en violation d'instructions données – voire en violation du devoir de s'enquérir d'instructions – n'est pas valablement prise et qu'elle est annulable, pour autant, bien sûr, que cette violation ait pu avoir une influence déterminante sur l'issue du processus décisionnel⁹⁸.

Une telle réglementation peut renforcer considérablement l'influence des cantons ou des communes au sein de l'organisation régionale et, probablement, améliorer la légitimité démocratique des décisions prises par celle-ci. Ce double effet se trouve encore renforcé s'il est prévu que les décisions en cause doivent être adoptées à l'unanimité et/ou s'il appartient au législatif cantonal ou communal de délivrer les instructions. De telles règles ont toutefois l'inconvénient de compliquer et de ralentir le fonctionnement de l'organisation régionale conventionnelle. Elles ne devraient dès lors concerner que les décisions particulièrement importantes (p. ex. adoption de budgets, de crédits).

762 *L'exclusion de l'instruction des délégués.* – Enfin, le droit d'instruction des cantons et des communes peut se voir exclu par une règle intercantonale ou intercommunale adoptée en ce sens⁹⁹. Une règle juridique de ce genre libère les

⁹⁶ Pour un exemple, cf. art. 18 al. 2 V-FHZ selon lequel « [d]ie Wahl, Stellvertretung und Mandatierung der Mitglieder des Konkordatsrates ist Aufgabe der einzelnen Regierungen der Konkordatskantone ».

⁹⁷ D'un autre avis, ZEHNDER (2007), p. 295.

⁹⁸ Dans le même sens, ZEHNDER (2007), p. 295.

⁹⁹ Aussi, BOEGLI (1998), p. 59. Le droit d'instruction étant présumé, une telle règle devrait être prévue directement dans la convention organisatrice. En effet, il sera la plupart du temps peu

délégués de toute obligation – juridique et politique – de suivre les directives qu’ils pourraient recevoir du canton ou de la commune qu’ils représentent, sans pour autant leur interdire de les suivre volontairement¹⁰⁰. Elle affermit ainsi l’autonomie de l’organisation régionale conventionnelle concernée, car les délégués ne sont plus responsables juridiquement – ni politiquement – devant les cantons ou les communes qu’ils représentent.

La règle, telle que présentée, peut s’avérer problématique si les tâches déléguées à l’organisation régionale sont importantes ou politiquement sensibles, car le droit de donner des instructions aux délégués permet normalement de relativiser la perte d’autonomie cantonale ou communale inhérente à tout projet de collaboration. Rappelons que les collectivités ne peuvent procéder à de larges délégations de pouvoirs en faveur d’une organisation régionale sans disposer, simultanément, de droits de participation leur permettant d’influencer l’activité de celle-ci, au risque sinon de créer un nouvel échelon étatique (sur la question, *supra* N 329, 333 ss et 641 ss). Dans cette mesure, une renonciation générale au droit de donner des instructions est permise en soi, mais pourrait conduire à douter, en fonction de l’ensemble des circonstances, de la constitutionnalité d’une collaboration intercantonale ou intercommunale¹⁰¹.

c. Le droit d’instruction des parlementaires délégués

La problématique. – L’exécutif – qu’il soit cantonal ou communal – ne peut pas donner d’instructions aux délégués de la collectivité à laquelle il appartient si ceux-ci sont issus du sérail parlementaire, ni s’ils ont été désignés à cette fonction régionale par le parlement ou par l’un de ses organes (p. ex. commission

763

compatible avec l’esprit de la convention qu’une autorité régionale prévoie le libre exercice de son mandat dans un règlement d’organisation interne.

¹⁰⁰ Autrement dit, cela n’exclut cependant pas que les délégations puissent recueillir auprès des autorités cantonales ou communales compétentes des précisions et des conseils concernant les intérêts particuliers du canton ou de la commune (cf. CHS BE [2009], p. 12).

¹⁰¹ Voir d’ailleurs SCHELLENBERG (1975), p. 126, qui défend l’opinion selon laquelle une commune ne peut pas renoncer de manière générale à son droit de donner des instructions au sein des associations de communes : « *Ein genereller Verzicht auf die Ausübung des Weisungsrechts ist jedoch u. E. unzulässig, da die Gemeinden schon aus kommunalrechtlichen Überlegungen nicht vollständig auf ihre Mitgliedschaftsrechte, insbesondere auf die indirekte Einflussnahme auf die Willensbildung des Verbandes verzichten können.* »; aussi KAUF (2011), p. 42 s.: « *Für die Beurteilung, ob eine weitere, unzulässige Staatsebene geschaffen wird, ist unter anderem entscheidend, wie viele Mitwirkungsrechte die Kantone verlieren respektive ob Organe oder Räume geschaffen werden, welche sich vom verfassungsrechtlichen Fundament des dreigliedrigen Bundesstaates lösen. Überschritten ist die Grenze des Zulässigen dann, wenn z.B. einer interkantonalen Einrichtung ganze Sachbereiche zur selbstständigen Regelung und Entscheidung übertragen werden – und die Kantone dabei ihre Einflussmöglichkeiten weitgehend verlieren.* »

parlementaire). En effet, il serait illogique qu'un délégué nommé par le législatif reçoive des directives contraignantes de l'exécutif (sur la question, *supra* N 755 s.).

La question reste de savoir si les différents parlements cantonaux ou communaux peuvent, eux, exercer une influence sur de tels délégués et, notamment, s'ils peuvent leur donner des instructions sur la manière de se comporter au sein de l'organe régional où ils siègent (p. ex. CIP, conseil intercommunal d'association de communes, etc.). Cette question, qui s'est déjà posée quelquefois en pratique, pourrait devenir importante au regard du nombre croissant de commissions interparlementaires intercantionales et du développement probable de leurs compétences (sur la question, *supra* N 817 ss). La réponse qu'il convient d'y apporter s'avère néanmoins délicate, car un droit d'instruction des délégués parlementaires – s'il est admissible dans son principe – pourrait s'avérer peu respectueux du principe de libre mandat de ces députés.

764

Le principe de libre mandat des parlementaires. – Comme nous l'avons déjà évoqué brièvement en deuxième partie de thèse, le droit cantonal reconnaît effectivement la liberté parlementaire comme un principe général démocratique (*supra* N 515). Le principe représente même un « droit fondamental de tout parlementaire », même en tant que commissaire¹⁰². Il faut donc présumer que les parlementaires délégués au sein d'un organe régional exercent librement leur fonction au sein de cet organe, ce tout particulièrement lorsque les parlements délèguent plusieurs de leurs membres – en principe issus de partis différents – au sein de cet organe (sur la question, *supra* N 755)¹⁰³.

En toute logique, la manière concrète dont il convient de sauvegarder les intérêts du canton ou de la commune peut seulement faire l'objet d'une appréciation par les délégations parlementaires cantonales qui en débattent à l'interne¹⁰⁴. Le parlement cantonal conserve quant à lui une possibilité d'influencer les délégués par des décisions ayant le caractère de mandats de délégation non contraignants (p. ex. sous la forme de résolutions)¹⁰⁵ ou en adoptant des normes

¹⁰² CHS BE (2009), p. 4.

¹⁰³ Voir, dans ce sens également, les propos du Prof. Andreas Auer lors d'un séminaire sur la collaboration intercantonale (cf. GRAND CONSEIL GE [2006], p. 38 s.): « Devant qui ces délégués sont-ils responsables ? Qui leur demandera des comptes ? Qui leur posera des questions pour savoir comment ils ont agi au sein de cette commission interparlementaire ? Pourquoi ont-ils voté oui ou non ? Je pense que le mandat libre, dont vous bénéficiez tous grâce à la Constitution, vaut aussi pour les commissions interparlementaires. Cela signifie que chaque député vote selon sa conscience, sans être lié, mais évidemment que sa représentativité en souffre un peu. »

¹⁰⁴ CHS BE (2009), p. 4.

¹⁰⁵ Dans ce sens, mais timidement, BUREAU DU GC BE (2009), p. 2, qui estime que la question de savoir dans quelle mesure chaque membre de la délégation est tenu de respecter la décision du parlement au moment du vote « appelle encore clarification ».

légales très générales rappelant le devoir des parlementaires délégués de défendre les intérêts de leur canton ou de leur commune¹⁰⁶.

Deux exemples pratiques. – Cette distinction entre les délégués nommés par l'exécutif – ou issus de celui-ci – et ceux issus du législatif se retrouve parfois en droit cantonal et communal. C'est ainsi qu'au sens du droit fribourgeois, les parlementaires délégués au sein des organismes interparlementaires ou conventionnels sont uniquement appelés à rendre compte au Grand Conseil de leurs activités, alors que les autres représentants et représentantes de l'État informent de manière adéquate le Conseil d'État fribourgeois de l'exécution de leur mandat¹⁰⁷. Plus concrètement, l'art. 6 du règlement de la commission permanente aux affaires régionales du 24 juin 2013, adopté par la commune de Nyon, prévoit que le représentant de l'exécutif communal au sein du Conseil intercommunal du Conseil régional du district de Nyon s'exprime selon les instructions votées par l'exécutif, tandis que les représentants du législatif communal au sein de ce même organe intercommunal s'expriment librement. La commune de Nyon a considéré, à juste titre, que l'introduction d'une norme communale – envisagée initialement par le parlement – obligeant les parlementaires délégués au Conseil intercommunal à prendre position conformément à la décision prise par la Commission communale des affaires régionales ne résisterait pas à un recours d'un parlementaire invoquant sa liberté de vote¹⁰⁸.

La possibilité d'instaurer un mandat contraignant. – Dans la mesure où la liberté des parlementaires représente un principe général de droit cantonal, la possibilité de donner des instructions contraignantes à des parlementaires communaux délégués au sein d'organes intercommunaux devrait être spécialement prévue par une règle de même niveau hiérarchique, donc par une règle de droit cantonal.

765

Quant à la faculté d'instruire les parlementaires cantonaux délégués au sein d'un organe intercantonal, elle devrait logiquement être envisagée par la convention organisatrice intercantonale qui institue l'organe interparlementaire en question¹⁰⁹. En effet, à défaut de règle spéciale dans la convention intercanto-

¹⁰⁶ Cf. par exemple art. 30a al. 2 LGC BE, selon lequel les commissions interparlementaires « suivent les développements et les discussions des institutions intercantionales et défendent les intérêts de l'organisme responsable et ceux du canton ». Comme l'a précisé la Commission de haute-surveillance du Grand Conseil bernois, il s'agit en effet là d'un « mandat général, formulé sans plus de précision, qui en réalité énonce une évidence, d'où son caractère de simple rappel » (CHS BE [2009], p. 10).

¹⁰⁷ Cf. art. 5 al. 3 LConv FR en lien avec l'art. 54 al. 2 LOCEA FR; voir aussi COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 6, où il est expliqué que l'information à apporter par les parlementaires au Grand Conseil est proportionnelle à l'importance de l'objet et aux attentes des destinataires, mais que les personnes concernées gardent le choix de la manière de rendre compte, laquelle devrait rester dépourvue de formalisme.

¹⁰⁸ Cf. MUNICIPALITÉ DE NYON VD (2013), p. 2.

¹⁰⁹ CHS BE (2009), p. 16. Nous précisons ici qu'à notre sens, la CoParl empêche toute restriction à la liberté des parlementaires qui siègent au sein d'une commission interparlementaire « consultative », dans la mesure où elle détaille déjà le fonctionnement et la prise de décision au

nale, il faut partir de l'idée que celle-ci n'entend pas s'écarter du principe général de libre mandat des députés et qu'elle contient un silence qualifié sur la question, si bien que les délégués parlementaires ne peuvent en principe pas recevoir d'instructions contraignantes de leurs cantons¹¹⁰. Compte tenu de cette présomption, la convention qui ne prévoirait pas la faculté de donner des instructions doit au moins réserver une telle faculté et autoriser les cantons partenaires à en faire usage, étant précisé que la création d'une base légale formelle claire en droit cantonal s'avère encore nécessaire dans une telle situation¹¹¹.

Vu les considérations qui précèdent, nous doutons évidemment de la validité ou, du moins, de la portée du droit neuchâtelois – en l'espèce des art. 1 et 3 du règlement de la commission des affaires extérieures concernant les délégations du 23 avril 2003¹¹² – qui dispose que la commission parlementaire des affaires extérieures donne un mandat préalablement défini aux parlementaires délégués au sein des commissions interparlementaires.

B. Le financement des organisations régionales communes

766 *Introduction.* – Lorsque les cantons et les communes choisissent de s'organiser de manière régionale en procédant à l'acquisition de prestations auprès d'un autre canton ou en concluant une convention d'adhésion avec une autre commune, la question des règles applicables au financement de cette collaboration pose généralement peu de problèmes juridiques. Il est habituellement prévu que la collectivité délégataire qui n'arrive pas à couvrir les coûts engendrés par le prélèvement de taxes obtienne de la collectivité mandante un dédommagement qui est fixé de manière forfaitaire ou qui dépend des prestations réellement exécutées.

La situation est différente lorsque les cantons et les communes choisissent de créer une entité ou une institution régionale commune. En effet, une telle

sein de celle-ci et impose une délégation de sept parlementaires par canton (art. 9 à 11 CoParl). En revanche, elle ne réglemente aucunement le fonctionnement et la prise de décision au sein des commissions interparlementaires « de contrôle ». Bien au contraire, elle laisse les cantons libres de régler ces questions lors de la conclusion des conventions intercantionales établissant une telle commission (art. 15, al. 3 et 8, CoParl).

¹¹⁰ D'un autre avis, mais relevant la contradiction de mettre en place une délégation parlementaire qui serait liée par un mandat contraignant, ZEHNDER (2007), p. 295 s.

¹¹¹ Cf., dans ce sens, mais pas clairement, CHS BE (2009), p. 12; pour un exemple de règle conventionnelle permettant, à notre sens, la délivrance de mandats contraignants sur la base du droit cantonal, art. 6 al. 1 let. a C-HIRC VD/VS, selon lequel les Grands Conseils peuvent « arrêter la composition de la commission interparlementaire, désigner ses membres et fixer les modalités d'exercice de son mandat ».

¹¹² RSN 151.106.

organisation devra généralement être financée par le biais de contributions financières que chacune des collectivités partenaires devra verser (1) et/ou par le biais de taxes que cette organisation sera autorisée à prélever (2). Or, l'un et l'autre mode de financement posent des problèmes constitutionnels particuliers.

1. Les contributions financières des cantons et des communes

Plan. – En pratique, le financement des activités d'une organisation régionale s'opère souvent – partiellement ou totalement – par le biais de contributions financières versées par les collectivités partenaires. Il s'agit donc d'examiner, de manière générale, les problèmes juridiques que posent ces contributions financières (a), avant d'examiner, plus précisément, s'il est possible de déléguer à l'organisation intercantonale ou intercommunale le pouvoir d'en décider, seule, du montant (b). 767

a. L'obligation de verser une contribution financière en général

Les contributions périodiques. – Lorsqu'elles ne couvrent pas entièrement leurs charges par d'autres revenus (taxes, subventions, etc.), les organisations régionales communes doivent intégrer à leurs budgets prévisionnels de fonctionnement les contributions financières qui seront dues par les collectivités partenaires, compte tenu des dépenses d'exploitation et d'investissement qu'elles devront consentir en lien avec l'exécution des tâches qui leur ont été déléguées. Ces contributions, qui découlent de l'exécution de conventions organisatrices régionales, s'imposent aux cantons ou aux communes qui ont adhéré à celle-ci : ces collectivités ne peuvent s'en défaire et doivent les verser. L'obligation de payer de telles contributions financières échappe, cas échéant, à toute procédure de référendum financier cantonal ou communal, car ces versements d'argent apparaissent comme des dépenses liées¹¹³. 768

¹¹³ Aussi JENNY K. (1984), p. 309. Pour rappel, il ressort en principe des constitutions ou de leur systématique – c'est-à-dire soit expressément soit implicitement – que seules les dépenses nouvelles doivent être soumises au référendum financier (cf. art 62 al. 1 let. c ConstC BE; art. 46 let. b Cst. FR; art. 67 al. 1 Cst-GE; art. 83 al. 1 let. a Cst-VD; art. 42 al. 3 let. b Cst. NE; art. 78 let. c Cst. JU; art. 46 let. b Cst. FR; plus généralement pour un vision d'ensemble, AUER [2016], N 1280-1283). La règle prévaut même lorsque ni la constitution, ni la loi ne la mentionne expressément (ATF 103 Ia 284, consid. 2, et la jurisprudence citée). Or, selon le Tribunal fédéral, une dépense est nouvelle « lorsqu'elle se rapporte à une tâche qui sort du champ d'activité antérieur de l'administration ou lorsqu'elle découle d'un acte normatif qui laisse à l'autorité une marge de manœuvre relativement importante quant à l'ampleur de la dépense ou à ses modalités ». Une dépense est en revanche liée « lorsque son principe et son étendue sont fixés par une norme légale ou lorsqu'elle est absolument nécessaire à l'accomplissement d'une tâche étatique prévue par la loi, voire à l'exécution d'une décision déjà prise

L'adoption du budget prévisionnel de fonctionnement d'une organisation régionale commune représente donc une décision d'une grande importance pour chacune des collectivités partenaires dans la mesure où celles-ci devront fournir des contributions financières sur cette base, même si le montant exact des contributions est fixé à la fin de l'exercice en fonction des comptes effectifs. À cela s'ajoute que le budget prévisionnel – le cas échéant accompagné d'un mandat de prestation – constitue également un instrument de pilotage central de cette organisation. Ces quelques éléments font que la question de l'agencement des compétences budgétaires au sein d'une organisation régionale – et, plus spécifiquement, celle de la compétence de fixer les contributions financières dues périodiquement par les collectivités partenaires – appelle un examen approfondi. Nous nous plierons à l'exercice un peu plus loin dans la présente thèse (*infra* N 773 ss).

769

Les contributions exceptionnelles ou uniques. – Il arrive parfois que la création ou le développement d'une organisation régionale conventionnelle oblige les cantons et les communes à consentir à des contributions financières exceptionnelles. On pensera au cas où une organisation régionale, qui, en principe, « s'auto-suffit », doit faire face à un déficit inattendu ou à une dépense imprévue qu'une ou plusieurs collectivités se sont engagées à couvrir, le cas échéant de manière subsidiaire (p. ex. dédommagement lié à un acte illicite). On mentionnera aussi les contributions uniques qui peuvent être dues au moment de la création d'une organisation régionale afin que celle-ci puisse disposer des biens – en particulier immobiliers – nécessaires à son fonctionnement (p. ex. construction d'un bâtiment).

Très souvent, de telles contributions font l'objet d'une réglementation conventionnelle expresse, si bien qu'elles représentent, comme les contributions périodiques, des dépenses liées pour les collectivités qui y consentent¹¹⁴.

Le référendum financier cantonal face au référendum conventionnel. – Théoriquement, il est donc possible, pour un canton, de « contourner » le référendum financier en adoptant une disposition conventionnelle prévoyant une dépense déterminée. Lorsqu'une convention intercantonale exposée au référendum facultatif prévoit de manière suffisamment précise une dépense qui, en soi, devrait être soumise au référendum financier obligatoire,

». Autrement dit, la dépense nouvelle – contrairement à la dépense liée – n'est pas « impérativement dictée » par un texte en vigueur, tant en ce qui concerne son principe qu'en ce qui concerne son montant et son utilisation précise (Tribunal fédéral, arrêt 1P.47/2001 du 26 avril 2001; voir aussi ATF 125 I 87, consid. 3b; AUER [2016], 1181-1189, lequel nuance l'application de cette jurisprudence dans le cas où le droit cantonal connaît des dispositions spéciales).

¹¹⁴ Il faut que la dépense soit suffisamment définie par la convention. Par exemple, lorsqu'un canton s'engage simplement à recevoir dans son école davantage d'élèves d'autres cantons, les frais d'exécution d'un projet d'agrandissement de l'école en question ne sont pas des dépenses dites « liées » (ATF 95 I 213, consid. 4a).

celui-ci doit être « occulté » selon l'expression utilisée par GRISEL¹¹⁵. Il en va théoriquement de même si la convention n'est pas sujette du tout à référendum, mais qu'elle engage une dépense qui, en soi, devrait être soumise à référendum facultatif. Aucun référendum n'a alors lieu. Toutefois, cette espèce de contournement des droits politiques en matière financière n'est pas possible dans les cantons romands¹¹⁶. Certaines constitutions ont en effet prévu que les conventions intercantionales qui entraînent des dépenses soumises à un certain type de référendum financier sont soumises au même type de référendum conventionnel¹¹⁷. D'autres ont étendu le référendum financier facultatif – ou obligatoire lorsqu'elles le connaissent – à l'ensemble des (autres) « actes » ou « décrets » parlementaires qui entraînent une nouvelle dépense atteignant le seuil déterminant en matière de référendum financier, étant précisé que l'approbation de conventions intercantionales peut être assimilée à de tels actes ou décrets¹¹⁸.

Les contributions extraordinaires décidées par un organe régional. – Enfin, 770
on peut imaginer qu'un organe intercantonal ou intercommunal jouisse du pouvoir d'imposer aux collectivités partenaires l'obligation de verser des contributions financières extraordinaires dans le but de permettre des dépenses ou des investissements non budgétés, ni imposés par la stricte exécution de la convention organisatrice régionale. Une fois décidées, de telles contributions financières représentent pour les collectivités débitrices des dépenses liées non sujettes à référendum cantonal ou communal¹¹⁹. Il va donc de soi que cette forme de régionalisation des compétences financières appelle un examen approfondi (*infra* N 773 ss).

Les règles de répartition des frais. – Les collectivités partenaires jouissent 771
d'une grande liberté lorsqu'il s'agit de régler le système ou la clef de répartition de la charge financière au sein d'une organisation commune. Le droit supérieur (p. ex. convention-cadre, droit cantonal) n'impose que très rarement des règles

¹¹⁵ GRISEL (2005), N 7; cf. aussi ATF 95 I 213; Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 25 ad art. 16/17 Cst. GR; RECHTSKONSULENT LU (2003), p. 5 s.

¹¹⁶ Il est tout au plus envisageable dans le canton du Valais. Toutefois, dans ce canton qui ne connaît pas l'institution du référendum financier obligatoire, le Conseil d'État ne peut pas conclure seul une convention intercantonale qui entraînerait des dépenses qui dépasserait ses compétences financières. Or, les conventions intercantionales approuvées par le parlement – généralement par le biais d'une loi – sont toutes soumises à référendum facultatif, si bien que le référendum facultatif ne peut être contourné théoriquement (voir art. 31 Cst. VS et *supra* N 407 et 460 ss).

¹¹⁷ Voir art. 77 let. f et art. 78 let. c Cst. JU; art. 42 al. 3 let. e et art. 42 al. 3 let. b Cst. NE; art. 62 al. 1 let. b ConstC BE; voir aussi sur la question, MORITZ (2002), N 77 ad art. 77 et 78 Cst. JU; BOLZ (1995), N 4 ad art. 62 ConstC BE.

¹¹⁸ Voir art. 45 let. b et art. 46 let. b Cst. FR; art. 67 al. 1 Cst-GE; art. 83 al. 1 let. a Cst-VD.

¹¹⁹ Cf. dans ce sens Tribunal fédéral, arrêt 1P.123/2002 du 25 juin 2003, consid. 3.3.1; AUER (2016), N 1190; MÜLLER (1978), p. 9. Par exemple, expressément dans ce sens, art. 170 al. 2 GemG NW: « *Die Gemeinden sind verpflichtet, die vom Gemeindeverband festgelegten Beiträge zu leisten.* »

impératives sur ce point¹²⁰. Quant au principe d'égalité, il exige tout au plus de prendre en compte, dans la répartition des frais, le fait qu'une collectivité profiterait nettement moins ou nettement plus de l'organisation régionale que les autres¹²¹.

Notons au passage qu'une fois convenues, les règles de répartition des charges liées à une organisation régionale ne peuvent plus être modifiées sans l'accord de chacune des collectivités partenaires. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il est envisageable d'autoriser un organe régional – statuant à l'unanimité – à procéder, temporairement, à une autre répartition des frais. Une telle faculté devrait en outre se fonder sur une règle conventionnelle expresse et se justifier par l'avènement de circonstances particulières (sur la question en particulier, *infra* N 1093 ss).

772

La contestation des contributions financières. – Sur le principe, un canton ou une commune peut évidemment vouloir contester les contributions financières qui lui sont réclamées du fait de son appartenance à une organisation régionale. Dès lors qu'une procédure amiable ne permet pas de résoudre un tel litige, celui-ci doit normalement faire l'objet, s'il concerne un problème intercommunal, d'une action de droit administratif auprès du tribunal cantonal, voire d'une plainte auprès du gouvernement cantonal, et, s'il concerne un problème intercantonal, d'une action auprès du Tribunal fédéral¹²².

Cela étant dit, il convient de garder à l'esprit que la voie de l'action est une voie de droit subsidiaire et qu'une autre forme de démarche procédurale peut s'avérer prioritaire. Il se peut notamment qu'il ressorte d'une convention organisatrice intercommunale ou du droit cantonal qu'un organe régional déterminé (p. ex. le conseil intercommunal d'une association de communes) dispose du pouvoir de décider de la contribution qui est due par les communes partenaires, sous réserve d'un éventuel recours contre cette décision¹²³.

De manière similaire, il se peut aussi qu'une convention organisatrice intercantonale confère à un organe spécial un véritable pouvoir de « décider » – ou

¹²⁰ Voir, notamment, sur le plan intercantonal, art. 27-30 ACI en lien avec CDC (2005), p. 7.

¹²¹ Dans ce sens, en matière intercommunale, mais laissant la question ouverte, ATF 113 Ia 341, consid. 5b; en matière intercantonale, art. 28, al. 2 et 3, ACI, selon lequel « [l']indemnité (...) est calculée en fonction de l'utilisation effective des prestations », en tenant compte notamment de l'« accès garanti à l'offre de prestations » et des « avantages et désavantages de site importants en lien avec la fourniture ou l'utilisation des prestations ».

¹²² Voir, en matière intercommunale, SCHENKER (1986), p. 275; en matière intercantonale, art. 120 al. 1 let. b LTF.

¹²³ Voir, pour un exemple où une telle compétence a été niée, Verwaltungsgericht AG, arrêt du 1^{er} janvier 1996, consid. I/3, in: AGVE 1996, p. 17.

de trancher les litiges liés à – des contributions financières¹²⁴. C'est par exemple le cas de l'art. 59 C-HE-ARC qui prévoit que les cantons du Jura, de Berne et de Neuchâtel doivent soumettre leurs litiges en rapport avec la HE-ARC à un tribunal formé de trois arbitres, pour autant qu'ils n'aient pas réussi à résoudre leur différend par voie de conciliation¹²⁵. Les cantons sont liés par la décision rendue par ce tribunal arbitral, sous réserve bien sûr d'une action ou d'un recours ultérieur devant le Tribunal fédéral¹²⁶.

¹²⁴ Sur l'admissibilité du procédé, malgré la lettre de l'art. 120 LTF, voir BSK BGG-WALDMANN (2011), N 9 ad art. 120 LTF, et TANQUEREL/MCGREGOR (2010), p. 241 s.; aussi SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 64 ad art. 48 Cst.

¹²⁵ Voir aussi, pour une réglementation analogue, art. 42 C-HEP-BEJUNE; art. 58 C-HES-SO; sur l'obligation de procéder préalablement à une procédure de conciliation si elle est spécialement prévue, voir ATAF 2014/5, consid. 3.2.2; pour une opinion plus nuancée dans le cas où la procédure de conciliation n'est pas expressément prévue, mais déduite de l'art. 44 al. 3 Cst., ATF 125 I 458, et BIAGGINI (2017), N 10 ad art. 44 Cst.

¹²⁶ De nombreuses conventions intercantionales stipulent que les décisions du tribunal arbitral qu'elles imposent sont « définitives » (p. ex. art. 33 C-HIB VD/FR; aussi art. 37 al. 1 Staatsvertrag FHNW; art. 45 al. 1 Rheinhafen-Vertrag; art. 25 al. 1 V-BVG-Aufsicht BS/BL). Cela ne signifie toutefois pas qu'il n'est pas possible de contester une telle décision devant du Tribunal fédéral. Il serait contraire au système fédéral suisse de prévoir qu'une autorité instituée par des cantons tranche définitivement les conflits pouvant résulter entre eux. Il semble en tout cas que le droit fédéral parte de l'idée qu'il incombe à la Confédération d'exercer une telle tâche : l'art. 189 al. 2 Cst. dispose qu'il appartient au Tribunal fédéral de connaître des différends entre les cantons (dans ce sens ZEHNDER [2007], p. 206, n. 445, Comm. aCst.-HÄFELIN [1989], N 104 ad art. 7 aCst.; BEURRET-FLÜCK [1983], p. 39 s., HÄFELIN [1973], p. 260 s. et HÄFELIN [1969], p. 657 s.; ATF 141 III 84, consid. 4.2, et Tribunal fédéral, arrêt 2E_3/2009 du 11 juillet 2011, consid. 2.4: « *Denn in einem Bundesstaat ist es von zentraler Bedeutung, dass die Kantone als souveräne Gliedstaaten ihre Streitigkeiten untereinander direkt vor dem Bundesgericht als neutrale Instanz in einem Verfahren anhängig machen können, welches die Gleichberechtigung der Parteien sicherstellt.* »). Plus pragmatiquement, il est également possible de considérer qu'au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la renonciation conventionnelle à une voie de droit devant le Tribunal fédéral – qui ne peut dans la plupart des cas pas intervenir avant le prononcé de la décision sujette à recours – doit de toute façon résulter d'une déclaration expresse exprimant une volonté claire des parties, étant précisé que l'indication d'après laquelle les parties considèrent la sentence à intervenir comme « définitive » ou « sans appel » n'est pas suffisante (voir ATF 131 III 173, consid. 4.2.1, et références citées ; aussi, sur la question, MCGREGOR [2015], N 1241-1247). Finalement, la seule question délicate reste de déterminer s'il convient pour un canton de déposer un recours ou, alors, une action devant le Tribunal fédéral pour contester la sentence arbitrale. À notre avis, c'est la voie de l'action qui est ouverte et non celle du recours de droit public, compte tenu du texte clair de l'art. 120 al. 1 let. b LTF – le cas échéant interprété à la lumière de l'art. 16 al. 2 PFCC (dans sa version allemande) – et de l'intérêt qu'il existe à assurer, au sein d'un État fédéral, qu'une autorité centrale neutre tranche directement, indépendamment et librement les conflits entre les entités territoriales fédérées sans être liée par les considérations de fait et de droit d'une instance précédente (dans ce sens apparemment, ATF 141 III 84, consid. 4.2, et Tribunal fédéral, arrêt 2E_3/2009 du 11 juillet 2011, consid. 2;

b. *Le pouvoir de fixer les contributions financières*

773 *Plan.* – La question de savoir si une organisation régionale commune peut se voir attribuer le pouvoir de fixer elle-même les contributions financières qui lui sont dues par les collectivités partenaires est importante, en particulier lorsque cette organisation dépend en grande partie de telles contributions financières. Il convient cependant d'y apporter une réponse différenciée selon que l'on envisage d'octroyer un tel pouvoir à une organisation de nature intercommunale (i) ou, alors, à une organisation de nature intercantonale (ii).

(i) *Au niveau intercommunal*

774 *En général.* – Un principe est aujourd'hui incontesté : une organisation intercommunale peut jouir de la compétence de décider des contributions financières que doivent lui payer les communes qui en sont membres. Les contributions sont alors déterminées sur la base d'un budget élaboré et adopté par cette même organisation. On admet également qu'un organe intercommunal puisse décider, seul, d'adopter des crédits extraordinaires ou de contracter des emprunts pour financer des dépenses nouvelles, non directement liées au fonctionnement de l'organisation intercommunale auquel il appartient. Ces dépenses ou ces emprunts seront financés, à leur tour, par des contributions spéciales des communes membres ou, simplement, par l'augmentation de leurs contributions périodiques.

Il semble donc acquis que le fait d'octroyer les pouvoirs financiers précités à des organisations intercommunales ne heurte pas irrémédiablement – sur le plan constitutionnel à tout le moins – le principe de l'autonomie communale, ni celui de souveraineté populaire.

775 *La réglementation cantonale.* – Le droit cantonal dispose ainsi régulièrement que l'assemblée des délégués des associations de communes ou des autres corporations intercommunales similaires jouit du pouvoir d'adopter le budget de l'association et qu'il peut adopter des crédits extraordinaires. Il appartient alors à ce même organe de fixer, sur cette base, les contributions financières que

aussi, ZEHNDER [2007], p. 207, n. 445, semblant considérer que la sentence ne représente qu'une proposition d'arrangement; plus généralement et apparemment dans le même sens, JAAG [2013], p. 779; d'un autre avis et sur la question de manière approfondie, MCGREGOR [2015], N 1150-1232, spéc. 1163-1167; également TANQUEREL/MCGREGOR [2010], p. 275 s. en lien avec p. 241 s.; laissant apparemment la question ouverte, Comm. LTF-WURZBURGER [2014], N 15 ad art. 120 LTF).

doivent prêter les communes partenaires pour l'exercice en question¹²⁷. Récemment encore, le législateur zurichois a codifié dans la loi un tel principe de gouvernance qui existait déjà dans la pratique¹²⁸.

Les législateurs cantonaux n'ont cependant pas toujours été si ouverts. Il y a quelques décennies, le droit neuchâtelois prévoyait encore que l'adoption d'un crédit extrabudgétaire au sein d'une association de communes nécessitait l'accord de chacune des communes membres¹²⁹. La règle a finalement été modifiée et, aujourd'hui, l'octroi de crédits doit être approuvé par deux tiers des membres présents du Conseil intercommunal¹³⁰. D'autres cantons – comme celui de Vaud – ont procédé à des modifications similaires de leur droit¹³¹.

La justification de la délégation du pouvoir financier. – Le fait de reconnaître une telle autonomie financière aux organisations intercommunales suit évidemment des considérations pratiques¹³². Les associations de communes regroupent souvent un grand nombre de communes. La compétence de fixer elles-mêmes leurs budgets et les contributions périodiques de leurs membres – sans devoir demander l'accord de chacun de ceux-ci – est donc essentielle à leur fonctionnalité. Pour reprendre les mots de la Conférence tripartite sur les agglomérations (CTA), il convient d'« éviter[r] que la coordination obtenue au niveau stratégique soit finalement annulée par l'autonomie financière des communes »¹³³.

776

¹²⁷ Art. 147 GG SG; art. 101 GG ZH.

¹²⁸ Voir entre autres REGIERUNGSRAT ZH (2013), p. 165.

¹²⁹ Voir la version initiale de l'art. 79 aLCo NE (RLN III 512), selon lequel les décisions du syndicat étaient exécutoires sans l'approbation des communes membres, sauf les « décisions qui créent un engagement financier extraordinaire à la charge des membres ou qui se rapportent à la conclusion d'un emprunt ».

¹³⁰ Art. 79 et 81 LCo NE.

¹³¹ Art. 115 ch. 13 et art. 125c LC VD.

¹³² CONSEIL D'ÉTAT NE (1979), p. 1998: « Un syndicat regroupant une quarantaine, voire une cinquantaine de communes (...) serait en effet rapidement paralysé dans l'état actuel de notre législation. »; CONSEIL D'ÉTAT VD (1975), p. 174: « Le législateur de 1956 a considéré que – les communes étant solidairement responsables des dettes de l'association (art. 128, al. 2) – il était juste qu'elles eussent le droit de se prononcer sur les plus gros engagements sociaux et d'en empêcher éventuellement la conclusion. C'était assurément logique. Mais, à l'expérience, cette disposition s'est révélée beaucoup trop rigide. Dans une association groupant de nombreuses communes, la consultation de chacune d'elles prend un temps considérable, pendant lequel l'association peut se trouver littéralement dans la gêne (...). »

¹³³ CTA (2004), p. 49.

Très régulièrement, cette perte d'autonomie communale et le déficit démocratique engendré ont été compensés – ou « équilibrés »¹³⁴ – par l'octroi simultané d'un droit de référendum financier intercommunal¹³⁵ ou par l'obligation de fixer un plafond d'emprunt ou de dépense extraordinaire dans la convention intercommunale organisatrice¹³⁶. Ajoutons en outre que le canton exerce en règle générale un contrôle financier sur les organisations régionales telles que les associations de communes, contrôle qui devrait théoriquement empêcher que ces dernières soient tentées d'abuser de leurs pouvoirs financiers, par exemple en inscrivant au budget des dépenses non liées¹³⁷.

(ii) Au niveau intercantonal

777 *La problématique.* – Sur le principe, la Constitution fédérale et les constitutions cantonales – du moins celles des cantons romands – n'empêchent pas les gouvernements et les parlements cantonaux de déléguer leurs compétences financières à d'autres organes, pas même lorsque ces compétences sont partagées avec le corps électoral par le truchement du référendum financier¹³⁸. Il n'est

¹³⁴ COMM. PARL. NE (1980), p. 2295 : « Un équilibre a été trouvé entre d'une part la nécessité d'assouplir le fonctionnement du syndicat intercommunal en évitant la paralysie due à la règle de l'unanimité, et d'autre part le danger d'accroître sans limite le pouvoir politique nouveau venant s'intercaler entre la commune et le canton. »

¹³⁵ Cf. CONSEIL D'ÉTAT VD (1975), p. 170 : « Le renforcement des associations de communes ne doit pas se faire aux dépens de nos institutions démocratiques. Aussi bien, le projet prévoit que les décisions du conseil intercommunal pourront faire l'objet d'un référendum dans une mesure et sous des conditions analogues à celles qui font règle pour le référendum en matière communale » ; art. 106 al. 3 GG SH : « *Beschlüsse über neue Ausgaben, die einen in der Verbandsordnung festzulegenden Betrag überschreiten, bedürfen der Zustimmung der Gemeindeversammlung beziehungsweise der Einwohnerräte der Verbandsgemeinden. Die Verbandsordnung kann stattdessen die Möglichkeit des fakultativen oder obligatorischen Referendums durch die Stimmberechtigten der Verbandsgemeinden vorsehen.* »

¹³⁶ CONSEIL D'ÉTAT VD (1975), p. 172; voir aussi art. 53 al. 1 let. c GG GR : « *Folgende Befugnisse dürfen der Gesamtheit der Stimmberechtigten nicht entzogen werden : (...) Beschlüsse über Ausgaben, deren Höhe die finanziellen Kompetenzen anderer Organe übersteigt, wobei die Statuten auch das fakultative Referendum vorsehen können.* »

¹³⁷ Voir notamment art. 100 al. 1 let. b GG LU; voir, pour un exemple inverse, où l'association de communes n'entendait pas constituer certaines provisions à son budget comme le lui demandait l'autorité cantonale de surveillance, Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2015.00371 du 4 novembre 2015.

¹³⁸ En effet, selon une jurisprudence fédérale constante, la délégation du pouvoir de décider de dépenses normalement soumises à référendum est admise si elle se fonde sur une loi formelle, si elle se limite à un domaine déterminé, si elle ne vide pas l'institution du référendum financier de son sens et si elle n'est pas expressément interdite par la constitution cantonale (voir notamment ATF 121 I 291, consid. 2c, pour des cas concernant les droits constitutionnels bernois et valaisan, ATF 105 Ia 80, consid. 5, et ATF 99 Ia 207, consid. 3).

ainsi pas exclu, *a priori*, d'opérer des délégations de compétences financières en faveur d'organes intercantonaux¹³⁹. On pourrait même soutenir que cette problématique se rapproche de celle de la délégation législative en faveur d'organes intercantonaux, procédé qui est, faut-il le rappeler, admissible (*supra* N 539 ss).

Ce premier constat étant posé, concédons que la délégation de compétences financières à un organe régional – lorsque de telles compétences s'avèrent être substantielles – constitue une atteinte importante à la souveraineté cantonale dont l'autonomie financière et budgétaire représente l'un des piliers centraux (*supra* N 290 s.). À partir de là, nous devons évidemment nous demander dans quelle mesure il est possible pour les cantons d'autoriser un organe intercantonal à fixer, sans leur accord, les contributions financières qu'ils doivent à une organisation régionale, que cela soit sur la base du budget d'exploitation et de fonctionnement de l'organisation régionale ou, alors, d'un crédit extrabudgétaire adopté par ce même organe¹⁴⁰.

La comparaison avec la collaboration intercommunale. – L'embarras est qu'il n'est pas possible d'opérer une analogie complète avec ce qui prévaut en la matière au niveau intercommunal. La problématique de la régionalisation des compétences financières se pose différemment dans le domaine de la collaboration intercantonale qu'elle ne se pose dans celui de la collaboration intercommunale.

778

Tout d'abord, contrairement aux organisations intercommunales, les organisations intercantionales ne sont pas soumises à la surveillance d'une autorité centrale supérieure (p. ex. le Conseil fédéral) qui contrôlerait leurs budgets et leurs comptes. Il est donc essentiel que les autorités politiques cantonales et, en particulier, les parlements cantonaux, en charge du pouvoir de haute surveillance, conservent la possibilité de surveiller la gestion financière des organisations régionales auxquelles les cantons participent (sur ces questions, *supra* N 390 ss)¹⁴¹.

¹³⁹ Cf., dans ce sens *a priori*, Tribunal fédéral, arrêt 1P.503/2005 du 20 janvier 2006, consid. 3.1: « *Mit der Delegation überträgt der Gesetzgeber die Kompetenz zur Bewilligung von ganz oder teilweise neuen Ausgaben einem hierfür primär nicht zuständigen Organ (...)* »; aussi HUNGERBÜHLER (1992), p. 81. Selon GRISEL (cf. [2004], N 988), la délégation ne serait apparemment possible qu'au profit d'un organe élu. Cette condition supplémentaire ne trouve cependant pas d'ancrage dans la jurisprudence fédérale et la délégation de compétences à d'autres organes de l'administration en général est admise même si elle passe pour peu respectueuse des procédures démocratiques (cf. SCHMITZ [1991], p. 271, et GRAF [1989], p. 306). Précisons cependant que, dans quelques rares cantons, la constitution empêche la délégation de compétences du corps électoral à d'autres autorités que le parlement ou le gouvernement (voir, p. ex., art. 68 al. 1 Cst. AR et art. 49 al. 1 Cst. SH).

¹⁴⁰ Dans ce sens, mais pas clairement, CSEC-N (2005), p. 5209.

¹⁴¹ Dans ce sens, GROUPE DE TRAVAIL CST. (1973), p. 324 : « Dans tous ces cas, un certain transfert des pouvoirs de décision aux organes intercantonaux est inévitable. (...) En pareille

De même, au niveau intercantonal, il n'existe, pour l'heure, aucun système de référendum financier (intercantonal) permettant de compenser le déficit démocratique que pourrait engendrer le fait de déléguer certaines compétences financières importantes à un organe intercantonal. Il s'agit d'éviter que l'institution du référendum financier cantonal ne soit partiellement vidé de son contenu par une éventuelle intercantonalisation des compétences financières.

Enfin, et surtout, il convient de tenir compte du fait qu'une organisation régionale intercantonale regroupe, en règle générale, moins de cantons qu'une organisation régionale intercommunale ne regroupe de communes. Il existe ainsi une nécessité pratique moindre d'autoriser un organe intercantonal à fixer, seul, le montant des contributions que les cantons doivent verser à une organisation régionale afin de financer le fonctionnement et les investissements de cette organisation.

779

Les problèmes pratiques et leurs solutions. – Les problèmes pratiques liés aux risques de blocage ou, simplement, à la lenteur de la procédure parlementaire peuvent être résolus par des processus de conciliation interparlementaire ou par la fixation d'un cadre budgétaire fixe, prédéfini par la convention organisatrice intercantonale (pour un exemple, *infra* N 783)¹⁴². Ils peuvent également l'être par un allongement des périodes budgétaires (p. ex. adoption d'un budget ou d'un engagement financier bisannuel ou trisannuel)¹⁴³. *A priori*, le contrôle parlementaire peut même se voir renforcé, dans un certain sens, par le développement de la collaboration intercantonale, dès lors que les parlements cantonaux ont l'opportunité de se prononcer sur les moyens financiers d'une institution intercantonale par le biais d'une enveloppe financière pluriannuelle, laquelle peut être liée à un ordre de mission ou à un mandat d'objectifs, pluriannuel lui aussi¹⁴⁴.

occurrence (...), il sera toutefois nécessaire de sauvegarder les attributions – au moins le pouvoir de surveillance – des organes constitutionnels des cantons. Dans le cas des écoles intercantionales, par exemple, cela peut se faire en réservant la compétence budgétaire des Parlements cantonaux et les droits d'approbation des Gouvernements cantonaux » ; aussi SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 59 ad art. 48 Cst., selon lesquels « [w]esentlich ist, dass die Tätigkeiten, inkl. das Finanzgebaren der interkantonalen Organe und Einrichtungen von den Regierungen und ebenso von den Parlamenten der Vertrags- resp. Trägerskantone beaufsichtigt werden ».

¹⁴² Voir l'art. 4 V-Bostadel, où il est prévu qu'une commission interparlementaire composée de cinq délégués par canton intervienne en cas de divergences entre les deux parlements.

¹⁴³ Voir HUOVINEN (2012), p. 181.

¹⁴⁴ CoDIR PAJ (2013), p. 47; ZFDK (2006), p. 6: « *Jährlichkeit bedeutet deshalb nur vordergründig mehr Flexibilität. Die faktische Bindung für das Folgejahr lässt kaum Spielraum für wesentliche Änderungen der Leistungs- und Finanzziele. Wenn die Partner gemeinsam effektiv und effizient steuern wollen, können sie das nur mit mehrjährigen Leistungsaufträgen. Weniger ist hier mehr* » ; aussi BOLZ/LIENHARD (2001), p. 17 ; plus critique sur l'instrument et

La planification financière pluriannuelle. – C’est ainsi que la C-HES-SO prévoit que les cantons concluent avec la HES-SO une convention d’objectifs quadriennale qui définit les missions et contient, notamment, le plan financier et de développement de l’établissement, c’est-à-dire une enveloppe globale assortie d’un engagement financier des cantons. Cette convention d’objectifs est signée par le Comité gouvernemental au nom des cantons, mais les contributions des cantons au budget de la HES-SO restent soumises à l’approbation des cantons partenaires, conformément à la procédure budgétaire de chaque canton¹⁴⁵. De nombreux autres établissements intercantonaux disposent aussi d’une enveloppe budgétaire pluriannuelle approuvée par les cantons partenaires¹⁴⁶.

Le principe : la nécessité d’un accord parlementaire. – Vu ce qui précède, en l’état du droit constitutionnel, les cantons ne jouissent *a priori* pas d’une grande marge de manœuvre dès lors qu’ils entendraient déléguer des compétences financières et budgétaires à un organe régional, contrairement à ce que l’on considère parfois à tort¹⁴⁷. Il nous semble que l’encouragement à la collaboration régionale voulue par le constituant fédéral ne permet pas de considérer que celui-ci entendait autoriser de larges délégations de compétences financières en faveur d’organisations intercantionales.

780

En règle générale donc, un organe intercantonal n’est pas habilité à fixer sans l’accord des cantons partenaires – soit, en principe, sans le consentement de leurs parlements¹⁴⁸ – les contributions financières que ces mêmes cantons doivent verser à une institution commune, que cela soit en raison de l’adoption d’un crédit extrabudgétaire ou sur la base du budget d’exploitation et de fonctionnement de cette organisation. Ce n’est que lorsque les implications financières liées à une régionalisation sont de moindre importance ou, éventuellement, lorsque la Constitution fédérale encourage la mise en place d’organisations intercantionales autonomes dans un domaine donné qu’il est envisageable,

sur la perte de contrôle budgétaire par le parlement en cas d’octroi d’enveloppes budgétaires pluriannuelles, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 43 ad §6.

¹⁴⁵ Art. 5 et 6 C-HES-SO.

¹⁴⁶ Art. 23 K-Polizeischule Hitzkirch; art. 6 Staatsvertrag FHNW; art. 7 et 17 V-FHZ; art. 7 V-Unibas.

¹⁴⁷ Aussi, HÄFELIN (1973), p. 258, lequel exprime des doutes quant à la constitutionnalité des délégations de compétences financières qui seraient faites en faveur d’organes intercantonaux; *contra* ZEHNDER (2007), p. 331: « *Zur Darstellung des bestehenden grossen Gestaltungsspielraums mag hier das Beispiel der interkantonalen Fachhochschulen illustrativ sein (...).* » Cet auteur se fonde cependant sur la pratique adoptée dans le domaine des hautes écoles intercantionales, domaine bénéficiant d’une réglementation particulière au niveau fédéral (*infra* N 784).

¹⁴⁸ Dans la mesure où les contributions cantonales peuvent apparaître comme une décision importante, il devrait en principe appartenir à chacun des parlements cantonaux d’approuver le budget et les crédits des organisations régionales, conformément au principe démocratique fixé à l’art. 51 al. 1 Cst. (voir aussi, sur l’importance d’un accord du parlement et non du gouvernement cantonal, BORTER [1976], p. 119).

exceptionnellement, d'autoriser les gouvernements cantonaux¹⁴⁹ – voire un organe régional – à se substituer aux parlements (voir *infra* N 782 ss).

781

La pratique des cantons. – Les cantons se sont généralement ralliés à cette stricte règle de gouvernance financière qui assure une « concordance pratique » entre les différents principes constitutionnels touchés par l'intercantonalisation¹⁵⁰. La réglementation conventionnelle adoptée à ce jour par eux est à ce point constante que l'on peut même se demander si une telle règle de gouvernance financière ne s'impose pas d'elle-même, en l'absence, voire en dépit de règle clairement contraire, comme une sorte de principe coutumier régissant l'organisation intercantonale¹⁵¹. Remarquons à cet égard que le Forum Interparlementaire Romand (FIR) avait proposé en 2000, dans un avant-projet de concordat-type qu'il avait esquissé, la règle-cadre selon laquelle les parlements cantonaux devaient approuver le budget et les comptes des organismes intercantonaux de même que leurs autres engagements financiers¹⁵².

¹⁴⁹ Voir, pour un exemple, art. 5 K-Psychiatriekonkordat UR/SZ/ZG.

¹⁵⁰ Art. 68 CIGB; art. 6 al. 4 C-HIRC VD/VS en lien avec art. 7 de l'arrêté d'application de la Convention intercantonale du 17 décembre 2008 sur l'Hôpital Riviera-Chablais, Vaud-Valais (A C-HIRC; RSV 810.94.1), lequel prévoit que les deux Conseils d'État approuvent le budget de l'hôpital intercantonal dans le cadre du processus budgétaire annuel des deux cantons, l'adoption définitive des budgets cantonaux par les Grands Conseils respectifs étant réservée; pour une règle similaire, cf. art. 7 al. 4 C-HIB VD/FR; art. 19 al. 3 CSR, lequel réserve la procédure budgétaire des cantons s'agissant de l'approbation des contributions dues au fonctionnement de la CIIP, voir d'ailleurs aussi CIIP (2007), p. 35; art. 9 al. 3 C-HE-ARC qui dispose que « [l]es contributions des cantons au budget de la HE-Arc sont soumises à l'approbation des cantons signataires conformément à la procédure budgétaire propre à chaque canton »; pour une règle similaire, cf. art. 6 al. 2 C-HES-SO; aussi art. 4 V-Bostadel; art. 52 et 55 P-Concordat RHUSO; art. 15 Staatsvertrag FHNW; art. 19 et 34 V-Unibas; art. 24 al. 1 V-Swiss TPH BL/BS. L'art. 9 let. f K-Polizeischule Hitzkirch représente ici une exception notable, mais la convention regroupe un grand nombre de cantons.

¹⁵¹ C'est en tout cas l'avis du Parlement jurassien (cf. les propos de Michel Jobin, in: Journal des débats n° 19, Séance du 15 novembre 2000, p. 810) lorsqu'il a modifié l'art. 3 de la Loi concernant l'adhésion du canton de Berne au concordat intercantonal créant une Haute École Pédagogique commune aux cantons de Berne, Jura et Neuchâtel (HEP-BEJUNE) (RSJU 410.210.1) en ce sens que le Gouvernement pouvait certes arrêter les contributions financières du canton à la HEP, mais seulement « sous réserve des compétences budgétaires du Parlement ». Il ne s'agissait selon lui que d'une précision qui aurait de toute manière prévalu; voir aussi, pour un exemple, art. 23 al. 2 Rheinhafen-Vertrag et REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 22.

¹⁵² Voir art. 8 par. 2 et art. 11 par. 1 du concordat-type (cf. FIR [2000], p. 4408): « Le vote des montants cantonaux, des comptes et budgets annuels reste de l'autorité de chaque Grand Conseil » et « [l]e Grand Conseil approuve annuellement le budget et les comptes de l'organisme intercantonal géré par un concordat. Il approuve, sur la base du préavis de la commission intercantonale, les autres engagements financiers des organismes intercantonaux. »

La délégation de compétences « de moindre importance ». – Comme mentionné, il convient d'admettre quelques exceptions au principe selon lequel le budget doit être approuvé par chacun des cantons partenaires, généralement par l'intermédiaire de son parlement. L'autonomie financière des cantons et la « souveraineté populaire cantonale » ne sont pas forcément mises en péril par une régionalisation des compétences financières cantonales si celle-ci reste de moindre envergure. Il est donc possible de déléguer certaines compétences financières de faible importance à un organe intercantonal.

782

Autrement dit, il est possible – mais exceptionnellement et dans une mesure limitée – de déléguer à un tel organe la compétence d'adopter, seul et définitivement, un budget ainsi que des crédits supplémentaires ou extraordinaires, c'est-à-dire de l'autoriser à fixer lui-même les contributions financières – ordinaires ou extraordinaires – que les cantons membres doivent verser à une organisation régionale conventionnelle.

Les compétences « de moindre importance ». – Vu ce qui précède, un organe régional peut évidemment fixer, seul, le budget d'une petite structure administrative intercantonale et les contributions financières cantonales qui sont dues pour son fonctionnement (p. ex. secrétariat d'une conférence intercantonale)¹⁵³.

783

L'admissibilité de la délégation ne s'apprécie cependant pas du point de vue régional – par exemple au regard du montant global du budget ou du crédit adopté – mais au regard des implications financières concrètes que pourrait avoir la délégation pour chacun des cantons partenaires, en tenant compte, entre autres, de la clef de répartition et de la capacité financière de ceux-ci. Le fait qu'une délégation de pouvoirs financiers doive rester de « moindre importance » ne s'oppose ainsi pas à ce qu'une telle délégation intervienne au sein d'une organisation régionale conventionnelle supposant le versement de grandes participations financières périodiques de la part des cantons partenaires. On peut envisager, au sein d'une telle organisation, des crédits supplémentaires ou extraordinaires impliquant le versement d'une contribution financière d'un faible montant de la part des cantons. De tels crédits peuvent évidemment être

¹⁵³ Cf. p. ex. art. 5 al. 2 CLDPA, selon lequel la Conférence latine des autorités cantonales compétentes en matière d'exécution des peines et des mesures constitue un secrétariat dont les frais sont supportés en commun par les cantons partenaires et fixe la contribution due par chaque canton; aussi art. 8 al. 2 CEDA; voir également art. 38 CEDPM selon lequel la Conférence fixe une contribution extraordinaire à verser par les cantons concordataires en cas d'occupation faible des établissements concordataires; art. 6 K-Psychiatrie UR/SZ/ZG qui autorise l'autorité concordataire (Konkordatsrat) à décider seule et définitivement des dépenses peu importantes, comme des frais d'expertise, qui, en pratique, ne dépassent pas Fr. 50'000.- (cf. aussi REGIERUNGSRAT SZ [2016], p. 17).

adoptés sans l'accord de ceux-ci, sur la base d'une décision d'un organe régional.

De même, après avoir accepté un budget prévisionnel initial lors de la création d'une organisation régionale, les cantons peuvent autoriser un organe intercantonal à adopter seul les budgets prévisionnels subséquents et, le cas échéant, à s'écarter quelque peu du « modèle » initial. Il suffit que ces cantons encadrent le pouvoir octroyé de façon à ce que l'éventuelle augmentation des participations financières approuvées initialement par les parlements cantonaux reste minimale¹⁵⁴.

L'exemple de l'école intercantonale de police d'Hitzkirch. – On ne peut s'empêcher de reprendre, à titre illustratif, la réglementation applicable à l'école intercantonale de police d'Hitzkirch qu'EHRENZELLER qualifie de « *durchdachte und demokratiefreundliche Regelung der Finanzierung* »¹⁵⁵. Le budget de l'école intercantonale de police et les contributions initiales des cantons partenaires ont été fixés directement dans la convention. Une augmentation du budget global nécessite l'accord de chacun des cantons, selon leur procédure propre. Toutefois, l'organe central de l'école (*Konkordatsbehörde*), composé de représentants des cantons, a la possibilité de modifier, dans une limite bien précise, le budget et les contributions des cantons sur la base d'une décision prise par les deux tiers de ses membres, pour autant que ceux-ci représentent des collectivités qui supportent, ensemble, au moins deux tiers des coûts financiers de l'école (sur la question des majorités combinées, *supra* N 746). En l'occurrence, l'augmentation possible est plafonnée à 2% du budget global initial indexé à l'IPC¹⁵⁶.

784

Les exceptions constitutionnelles fédérales. – Nous venons de le voir : en l'état de la Constitution fédérale, les cantons ne sont en principe pas autorisés à abandonner une part importante de leurs compétences financières à une organisation régionale, au risque sinon de vider le principe de « souveraineté cantonale » d'une grande partie de sa substance. Il conviendrait, à notre sens, d'opérer une révision constitutionnelle fédérale si l'on entendait autoriser de manière générale une intercantonalisation plus poussée sur ce point.

Une interprétation moins restrictive de la Constitution fédérale peut éventuellement s'imposer dans des domaines – comme celui des hautes écoles – où la Constitution fédérale encourage les cantons à collaborer, tout en les obligeant à octroyer un « haut degré d'autonomie »¹⁵⁷, notamment sur le plan financier, aux entités intercantionales qu'ils créent (art. 63a al. 3 Cst.; *supra* N 96)¹⁵⁸. Dans

¹⁵⁴ Dans ce sens, s'inspirant de règles du CO en matière de société simple, JAAG/RÜSLI (2011), p. 36.

¹⁵⁵ EHRENZELLER (2005), p. 77.

¹⁵⁶ Voir art. 9 let. f et 42 K-Polizeischule Hitzkirch.

¹⁵⁷ CSEC-N (2005), p. 5206 s.

¹⁵⁸ Sur l'obligation imposée aux cantons, BIAGGINI (2017), N 12 ad art. 63a Cst.; BSK BV-HÄNNI (2015), N 19-20 ad art. 63a Cst.; voir aussi, sur l'autonomie financière, CRUS/CSHES/CSHEP, Les six thèses des trois conférences des recteurs/trices, Berne 2005,

un tel cas, il faut en effet interpréter la Constitution fédérale afin d'atteindre une « concordance pratique » entre les normes qu'elle contient et, plus particulièrement, tenir compte du fait que l'autonomie des hautes écoles constitue un « principe de rang constitutionnel »¹⁵⁹.

Sur cette base, il ne serait pas totalement exclu de considérer, par exemple, que les cantons qui exploitent une haute école de manière commune ont la faculté de procéder à une cession de compétences financières légèrement plus large qu'ordinairement permise dans le cadre d'une organisation intercantonale¹⁶⁰. Les décisions financières importantes pourraient être prises à l'unanimité des gouvernements des cantons partenaires ou, alors, à l'unanimité des représentants de ces mêmes cantons au sein de l'organe intercantonal désigné comme compétent pour les questions budgétaire et financière¹⁶¹.

2. La perception de taxes et d'impôts

La problématique. – Le financement des organisations régionales conventionnelles ne s'effectue pas uniquement par le biais de contributions financières consenties par les cantons ou les communes partenaires. Il est possible d'autoriser l'organisation régionale à se financer, en tout ou en partie, par la perception de taxes auprès de personnes privées. Cette faculté de prélever des taxes appelle cependant quelques précisions selon que l'on envisage la perception de « taxes causales » (a) ou la perception d'« impôts » (b).

785

a. Le financement des coûts par les taxes causales

En général. – Il est bien évidemment possible d'autoriser les organisations régionales conventionnelles à se financer – en tout ou en partie – par la perception de contributions financières causales, c'est-à-dire par des taxes qui « constituent la contrepartie d'une prestation spéciale ou d'un avantage particulier appréciable économiquement accordé par l'État »¹⁶². Parfois, ce mode de financement est même obligatoire dans la mesure où le droit supérieur impose qu'une tâche publique soit financée par le prélèvement de taxes.

786

ainsi que, sur la garantie fédérale de l'autonomie des hautes écoles, ATF 140 I 201, consid. 1.2.1 non publié.

¹⁵⁹ Voir MACHERET (2011), p. 274 s. ; aussi BSK BV-HÄNNI (2015), N 19 ad art. 63a Cst. ; Komm. BV-EHRENZELLER (2014), N 19 et 35 ad art. 63a Cst.

¹⁶⁰ Pour un arrêt où le Tribunal fédéral souligne le double fondement des pouvoirs des organes intercantonaux dans le domaine des hautes écoles, c'est-à-dire à l'art. 48 Cst. et à l'art. 63a Cst., voir Tribunal fédéral, arrêt 2C_1149/2015 du 29 mars 2016, consid. 4.3.1.

¹⁶¹ Dans ce sens, art. 23 V-FHZ.

¹⁶² Notamment ATF 135 I 130, consid. 2.

C'est ainsi que la pratique connaît de nombreux type de taxes causales « régionales », comme des émoluments judiciaires et administratifs ou des taxes d'utilisation. Au niveau intercommunal, il n'est pas rare que des organisations régionales perçoivent également des charges de préférence, qui sont dues en contrepartie de la plus-value qu'apporte une prestation de l'État à un patrimoine privé (p. ex. contributions d'équipement), ou des taxes de remplacement, qui, elles, sont dues en contrepartie de l'exemption d'accomplir un devoir imposé par la loi (p. ex. taxe d'exemption de service du feu)¹⁶³.

787 *Le respect du principe de légalité.* – Comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse, le principe même de la perception d'une taxe causale et les bases de calcul de celles-ci doivent reposer sur une base légale formelle (*supra* N 511). Cette exigence découlant du principe de légalité – même si elle est affaiblie en comparaison avec celle prévalant pour les impôts – peut poser problème dans le cadre d'une organisation régionale. De manière schématique, la convention organisatrice doit en principe régler les éléments principaux de la taxe causale à prélever, si l'on part du présupposé, contestable, qu'un organe intercantonal ou intercommunal ne peut pas adopter d'acte équivalant à une « base légale formelle »¹⁶⁴. Nous examinerons plus en détail cette question épineuse – et la manière dont il convient de la régler – dans le cadre du chapitre consacré à la légistique conventionnelle régionale et au droit applicable aux organisations régionales (*infra* N 976 ss).

788 *Le financement des organes régionaux selon ZEHNDER.* – On peut ensuite se demander si, juridiquement, le produit de taxes causales peut servir à financer l'ensemble des coûts de fonctionnement des organes régionaux¹⁶⁵.

ZEHNDER répond à cette question par la négative, du moins en se référant à la problématique de la collaboration intercantonale¹⁶⁶. Selon lui, les taxes causales régionales ne peuvent servir à couvrir les frais de fonctionnement des commissions interparlementaires, ni d'ailleurs ceux engendrés par les organes intercantonaux intergouvernementaux ou interdépartementaux¹⁶⁷. Dans la mesure où

¹⁶³ Voir, par exemple, art. 34 BauG AG.

¹⁶⁴ Dans ce sens, au niveau intercantonal, ZEHNDER (2007), p. 343 s.

¹⁶⁵ À vrai dire, la même question peut se poser dans les cas où une collectivité finance sa contribution à une organisation intercantonale ou intercommunale par le biais d'une taxe cantonale ou communale, comme le prévoit par exemple le droit fribourgeois en matière de taxes sur les eaux usées. En effet, selon l'art. 40 al. 2 LCEaux FR, les taxes communales, « pour les installations [d'évacuation et d'épuration] à caractère intercommunal, (...) couvrent aussi la part qui incombe à la commune ». Il pourrait s'agir ici de se demander si le produit de la taxe peut servir à couvrir l'entier de la contribution due par la commune, même si celle-ci devait servir à financer des frais de fonctionnement de l'organisation intercommunale dans son ensemble.

¹⁶⁶ ZEHNDER (2007), p. 347.

¹⁶⁷ ZEHNDER (2007), p. 347, n. 958; aussi WÜST (1969), p. 285 s.

ces frais découlent – en tout ou en partie – de l'exercice de tâches de surveillance, de consultation et de coordination intercantonale, ils ne se trouveraient pas dans un « lien fonctionnel » suffisant avec les autres coûts de l'organisation régionale et ne pourraient donc être rattachés à la même « branche administrative » que ceux-ci. Un financement des organes régionaux serait alors contraire à la règle déduite du principe constitutionnel de couverture des frais¹⁶⁸ selon laquelle le produit d'une taxe causale ne doit pas dépasser l'ensemble des coûts engendrés par la « branche concernée de l'administration »¹⁶⁹.

Critique de l'opinion de ZEHNDER. – Cette opinion nous paraît trop restrictive et doit être nuancée.

789

Tout d'abord, dans la mesure où les frais de fonctionnement des organes régionaux ne représentent qu'une part minime de l'ensemble des frais couverts par le produit d'une taxe, il est probablement possible de renoncer à une application stricte du principe de couverture des frais¹⁷⁰.

De plus, le Tribunal fédéral concède aux cantons et aux communes une grande marge d'appréciation dans la définition des coûts qu'ils et elles entendent couvrir par le biais d'une taxe causale, pour autant que ces coûts présentent un lien entre eux¹⁷¹. En l'occurrence, les organes régionaux « supérieurs » (interparlementaires, interdépartementaux, etc.) présentent un lien organisationnel

¹⁶⁸ Voir, entre autres, sur le fondement constitutionnel, WYSS (2009), p. 97-100.

¹⁶⁹ Cf. notamment ATF 126 I 180 consid. 3a/aa et la jurisprudence citée ci-après; voir aussi DORMANN (1970), p. 103, selon lequel les taxes ne peuvent « *nicht höher angesetzt werden, als sich die Kosten für die betreffende Verrichtung der interkantonalen Stelle belaufen* », au risque sinon de passer pour un impôt.

¹⁷⁰ La jurisprudence reconnaît non seulement que le principe de la couverture des coûts n'interdit pas, totalement, que le produit de la taxe dépasse l'ensemble des coûts engendrés par la branche concernée de l'administration, pour autant que ce dépassement reste dans une mesure minime (ATF 126 I 180 consid. 3a), mais elle reconnaît également que l'on peut renoncer, pour des raisons pratiques, à retrancher certains coûts, même s'ils ne sont pas directement liés à la prestation étatique et qu'ils ne devraient en principe pas être supportés par le débiteur de la taxe (ATF 124 I 11, consid. 7f; Tribunal administratif BE, arrêt du 6 juin 1990, in: JAB 1990, p. 471; aussi TAF, arrêt A-5998/2010 du 29 mars 2012, consid. 4.3, et WIEDERKEHR [2015], p. 60, lesquels évoquent un pourcentage de dépassement admissible de 5%).

¹⁷¹ Voir notamment Tribunal fédéral, arrêt 2C_322/2010 du 22 août 2011, consid. 3: « *Die Umschreibung des massgeblichen Verwaltungszweigs hat dabei nach funktionellen Kriterien zu erfolgen. Es ist darauf abzustellen, welche Verwaltungsaufgaben sachlich zusammengehören. Dem Gemeinwesen steht bei der Bildung kostenmässiger Einheiten ein gewisser Spielraum zu (...).* »; aussi WYSS (2009), p. 95.

fort avec les entités administratives chargées d'exécuter la tâche de manière régionale¹⁷². Il existe aussi un lien fonctionnel entre les frais générés indirectement par la collaboration régionale et les autres frais normalement couverts par la taxe causale régionale concernée. La collaboration mise en place est censée permettre une réduction des dépenses publiques de la branche concernée ou, du moins, une allocation plus efficiente de ces dépenses à un niveau supracommunal ou supracantonal¹⁷³.

790 *Critique de l'opinion de ZEHNDER : suite.* – Enfin, le principe de couverture des coûts ne constitue pas un principe constitutionnel auquel il est impossible de déroger. Les cantons ou les communes peuvent toujours décider qu'il n'est pas applicable au prélèvement d'une taxe déterminée et qu'il est possible d'obtenir un surplus financier par elle (« *einen Mehrertrag abwerfen* »)¹⁷⁴. Le procédé nécessite simplement l'adoption d'une base légale formelle. Celle-ci pourrait consister, le cas échéant, en une disposition de la convention organisatrice régionale qui réglerait assez précisément la taxe à prélever, tout en prévoyant expressément que celle-ci est aussi appelée à financer les frais de fonctionnement des organes intercantonaux ou intercommunaux institués par cette même convention¹⁷⁵.

791 *Conclusion.* – En somme, une organisation régionale peut *a priori* supporter elle-même les coûts de fonctionnement de l'ensemble de ses organes – même interparlementaires ou intergouvernementaux – par le biais des taxes qu'elle perçoit. Il importe peu, à ce sujet, que la régionalisation d'une tâche engendre des coûts de coordination ou de surveillance qui, auparavant, n'étaient pas couverts par le produit d'une taxe causale lorsque la tâche était exécutée à un niveau cantonal ou communal. La spécialisation de l'activité étatique et l'autonomisation financière qu'opère la régionalisation peut en fait représenter l'occasion,

¹⁷² Sur l'importance du lien organisationnel, WYSS (2009), p. 95; aussi WIEDERKEHR (2015), p. 60, selon lequel « *ein Anteil am Aufwand der leitenden Behörde hinzugerechnet werden [kann]* ».

¹⁷³ On précisera, à titre de comparaison, que la jurisprudence admet que des coûts indirects – comme ceux induits par le fait de choisir un certain mode de financement en vue de l'exécution d'une tâche publique – représentent des dépenses qui peuvent être intégrées au calcul de la couverture des frais (cf. notamment ATF 120 Ia 171, consid. 2a; aussi WIEDERKEHR [2015], p. 60).

¹⁷⁴ ATF 124 I 11, consid. 6d; ATF 122 I 279, consid. 6a ; aussi WIEDERKEHR (2015), p. 66 s.; WIEDERKEHR/RICHLI (2014), N 718; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 14 ad § 58; d'un avis plus nuancé apparemment, pour les taxes qui seraient par nature dépendantes des coûts, HÄNER (2015/I).

¹⁷⁵ La réglementation d'une telle taxe ne doit bien entendu pas conduire à la création d'un impôt (*infra* N 792 ss). Elle doit respecter le principe d'équivalence et ne pas conduire à la perception d'un « *Mehrbetrag* » trop important qui, notamment, surpasserait les coûts liés au fonctionnement des organes régionaux (voir aussi WYSS [2009], p. 31).

dans certaines situations, de parvenir à une meilleure couverture des dépenses publiques par la perception de taxes causales¹⁷⁶.

b. Le prélèvement d'impôts

La problématique. – On pourrait imaginer que des cantons et des communes désirent octroyer à une organisation régionale conventionnelle le pouvoir de prélever non pas une taxe causale régionale, mais un « impôt » régional, soit une « participation des citoyens aux charges de la collectivité (...) du[e] indépendamment de toute contre-prestation spécifique de la part de l'État »¹⁷⁷. L'organisation bénéficiaire de cet impôt pourrait notamment couvrir toutes ses dépenses non couvertes par les produits de taxes causales. Le procédé aurait le mérite de lui assurer une certaine autonomie financière, car son financement ne dépendrait plus du versement de contributions financières par les collectivités partenaires.

792

Cela étant dit, même s'il peut sembler tentant à première vue, un tel procédé n'est pas permis en l'état du droit constitutionnel fédéral et cantonal, même si certains auteurs de doctrine retiennent le contraire¹⁷⁸. Au sens de la présente thèse, il s'agit même de l'une des rares limites absolues et inconditionnelles en matière de régionalisation des compétences cantonales et communales.

Une « Selbstpreisgabe » interdite. – À vrai dire, la doctrine, lorsqu'elle se penche sur la question qui vient d'être exposée, semble considérer que le principal problème que pose l'instauration d'un impôt intercantonal ou intercommunal consiste uniquement en la difficulté de faire en sorte qu'un tel impôt repose sur une base légale formelle suffisante¹⁷⁹. En ce sens, la possibilité ou non de créer un impôt régional ou non représenterait un simple problème de légistique.

793

À notre sens, la perception d'un impôt pose un autre problème, bien plus important et complexe : elle représente une atteinte sensible aux principes de souveraineté cantonale et d'autonomie communale.

Comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse, le pouvoir de prélever l'impôt et d'en utiliser le produit est un élément central de l'autonomie des cantons et des communes. Cette idée est profondément ancrée dans les consciences

¹⁷⁶ Sur le rapport entre le degré de couverture des coûts induits et la spécialisation de l'administration, cf. notamment HÄNER (2015/I), p. 18; WIEDERKEHR/RICHLI (2014), N 691.

¹⁷⁷ Entre autres, ATF 135 I 130, consid. 2.

¹⁷⁸ Voir ZEHNDER (2007), p. 348-353; dans le même sens s'agissant des organisations intercommunales, GYGI (1973), p. 147, reprenant simplement l'auteur suivant: MEYLAN (1972), p. 175.

¹⁷⁹ Pour une appréciation limitée au principe de la légalité, ZEHNDER (2007), p. 352 s.; MEYLAN (1972), p. 175.

ainsi que dans la pratique juridique et politique. La cession du droit de prélever un impôt et de se financer par celui-ci peut donc passer pour un abandon disproportionné de « souveraineté » cantonale ou d'autonomie communale (voir *supra* N 290 s. et 312). Rappelons aussi au passage que l'encouragement constitutionnel à la collaboration régionale – qu'elle soit intercantonale ou intercommunale – concerne l'exécution commune de tâches publiques. Or, le prélèvement d'impôts ne constitue pas en soi une tâche publique, mais simplement l'un des moyens servant à financer l'exécution des tâches de l'État en général (aussi *supra* N 616).

794 *La création d'un nouvel échelon étatique interdit.* – Au surplus, comme nous l'avons également vu en deuxième partie de thèse, il existe, en droit constitutionnel suisse, l'idée selon laquelle la création d'un nouvel échelon fiscal entraîne avec elle celle d'un nouvel échelon étatique. Or, un tel échelon est prohibé tant par la Constitution fédérale, dans la mesure où il serait supracantonal, que par les constitutions cantonales, s'il s'avérait infracantonal. Le législateur cantonal a régulièrement concrétisé ce principe en prévoyant que les associations de communes ou les autres corporations intercommunales analogues ne pouvaient pas prélever d'impôts (*supra* N 335).

Tous ces arguments nous conduisent à conclure qu'une organisation ne peut pas se financer par la perception d'un impôt intercantonal ou intercommunal, à moins qu'une base constitutionnelle ne l'y autorise expressément¹⁸⁰.

795 *L'importance pratique de l'interdiction des impôts régionaux.* – Il est probable que la problématique s'avère essentiellement académique s'agissant des impôts que l'on pourrait qualifier de « traditionnels ». On voit mal des cantons ou des communes céder leurs compétences – ou une partie d'entre elles – en matière d'imposition du revenu, des bénéfices ou du capital.

L'interdiction de prélever des impôts régionaux pourrait en revanche avoir une importance pratique s'agissant d'autres contributions fiscales qu'il convient de qualifier, d'un point de vue constitutionnel, d'« impôts », même lorsqu'elles présentent certaines caractéristiques propres aux taxes causales¹⁸¹. On pensera

¹⁸⁰ Dans ce sens en matière de collaboration intercommunale, REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 27. ; GUY-ÉCABERT (2004), p. 86; pour la situation en droit bernois, LIENHARD (1994), p. 34; apparemment aussi Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 10 ad art. 90 Cst. ZH; aussi OBERSON (2012), N 13 ad § 2, selon lequel il appartient aux constitutions cantonales d'autoriser certaines collectivités à prélever des impôts; pour un avis plus nuancé selon lequel il appartient au législateur d'accorder le cas échéant aux associations de communes le droit de prélever des impôts, cf. Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 14 ad art. 131 LCo BE; apparemment dans le sens de la présente thèse en matière intercantonale BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.

¹⁸¹ Voir, pour un avis contraire, ZEHNDER (2007), p. 351-353. On remarquera que les autorités régionales de surveillance des fondations LPP prélèvent en pratique des taxes annuelles de

en particulier aux contributions fiscales qui seraient prélevées en lien avec une prestation étatique, mais dont le montant dépasserait largement la valeur de celle-ci (*Gemengesteuer*)¹⁸². On mentionnera également les « impôts d'attribution des coûts » dont les recettes sont destinées à couvrir des dépenses qui profitent à – ou sont provoquées par – des personnes déterminées sans pour autant être suffisamment individualisées (*Kostenanlastungssteuer* ; p. ex. les taxes de séjour et les taxes d'encouragement au tourisme)¹⁸³.

Quelques exemples pratiques. – Cette interdiction de financer une organisation régionale par un impôt spécial – même si celui-ci faisait l'objet d'une convention régionale approuvée par chacun des différents législatifs des cantons ou des communes partenaires – pourrait empêcher le développement de la collaboration régionale dans certains domaines.

Ainsi, les cantons ne peuvent pas créer un établissement d'assurance incendie intercantonal prélevant, en plus de primes d'assurance, certains impôts immobiliers spéciaux affectés à la prévention et à la lutte contre les incendies¹⁸⁴. Quant aux communes, elles ne peuvent pas déléguer à une organisation régionale le soin de prélever une seule et même taxe sur les résidences secondaires ou, alors, une taxe sur la plus-value au sens de l'art. 5 LAT et le droit d'en utiliser elle-même le produit¹⁸⁵. Les cantons et les communes peuvent en revanche s'obliger, en concluant une convention en ce sens, à prélever le même impôt au même taux au sein d'une même région (p. ex. une taxe dite « sur les lits froids »)¹⁸⁶.

surveillance qui peuvent passer pour des impôts (cf., sur la nature de *Kostenanlastungssteuer* des taxes générales de surveillance, WIEDERKEHR [2017], p. 55 s.), mais qu'un tel « impôt » se fonde directement sur le droit fédéral (voir art. 64c LPP).

¹⁸² Le Tribunal fédéral a toujours nuancé la pertinence des distinctions en matière d'impôt, considérant qu'il existe tout au plus quelques sortes de sous-catégories d'impôts (voir, en particulier, Tribunal fédéral, arrêt 2C_466/2008 du 10 juillet 2009, consid. 4.2-4.4; voir aussi DUBEY/ZUFFEREY [2014], N 1841-1843; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER [2014], N 13 s. et 39 s. ad § 58; OBERSON [2012], N 11 ad § 1; TANQUEREL [2011], N 233). On admet ainsi que les impôts mixtes – pour autant que l'on puisse les qualifier ainsi – sont soumis au même régime juridique que les impôts entendus au sens strict.

¹⁸³ Tribunal fédéral, arrêt 2P.154/2005 du 1^{er} juillet 2005, consid. 2.1.

¹⁸⁴ Tribunal fédéral, arrêt 2C_168/2011 du 24 juin 2011, consid. 3.2.

¹⁸⁵ Voir aussi, sur la question, Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 11 ad art. 131 LCo BE, lequel reconnaît qu'une association de communes pourrait prélever une taxe sur la plus-value engendrée par une mesure de planification, dans la mesure où la taxe de plus-value représenterait une contribution causale, ce qui est précisément litigieux (sur la question notamment, WIEDERKEHR [2017], p. 53 s., HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [2016], N 2870-2872, et ATF 142 I 177, précisant que la taxe de plus-value serait une taxe causale non liée aux coûts).

¹⁸⁶ Voir, p. ex., le projet de règlement intercommunal sur les résidences secondaires pour les six communes partenaires au sein de l'Association des communes de Crans-Montana qui prévoyait une taxe de remplacement perçue auprès des propriétaires si l'occupation effective des

L'éventuelle interdiction de percevoir un impôt intercantonal ou intercommunal n'empêche pour le reste pas les cantons et les communes de déléguer à une organisation régionale la charge de percevoir un impôt cantonal ou communal pour leur propre compte, dès lors que l'organisation régionale doit leur rétrocéder le produit de cet impôt cantonal ou communal¹⁸⁷.

III. Les instances interparlementaires et judiciaires

797 *Introduction.* – L'organisation intercommunale est très souvent prédéfinie par le législateur cantonal qui propose – voire impose – aux communes des modèles légaux, tels que ceux de l'association de communes, de la conférence régionale et de l'agglomération. En comparaison, l'organisation intercantonale n'est pas préalablement déterminée par des modèles fédéraux et ne connaît que peu de limites claires.

Ceci dit, il nous paraît utile – voire nécessaire – d'approfondir deux exceptions à constat qui précède : les commissions interparlementaires de contrôle (1) et les autorités judiciaires intercantionales (2). Ces deux types d'organes intercantonaux doivent en effet respecter un cadre juridique relativement prédéfini par le droit fédéral et intercantonal.

A. Les commissions interparlementaires de contrôle (CIP)

798 *Plan.* – Nous proposons d'examiner la problématique des commissions interparlementaires de contrôle par étape. Nous nous demanderons tout d'abord s'il existe une obligation d'instituer de tels organes lors de la création de n'importe quelles institutions intercantionales communes et, le cas échéant, s'il existe la faculté d'y renoncer sans risquer de violer une convention-cadre telle que la CoParl ou l'ACI (1). Nous aborderons ensuite la question des règles de désignation et de composition des commissions interparlementaires (2). Finalement, nous traiterons des compétences habituellement attribuées à ces commissions ainsi que des autres compétences qui pourraient ou devraient être exercées en plus par elles (3).

résidences secondaires devait être inférieure au seuil déterminé. Cet impôt – qui n'a finalement été accepté que par une commune lors d'une votation le 28 septembre 2014 – devait être prélevé et affecté par chacune des communes à des buts d'intérêt touristique (cf. notamment www.crans-montana.ch > Association des communes > Informations > Nouvelles de l'ACCM, Communiqués du 24 mars 2014 et 28 septembre 2014, consulté le 31 juillet 2014).

¹⁸⁷ Voir, comme exemple, art. 1 al. 3 V-Prüfstation BS/BL, selon lequel « [d]ie Motorfahrzeugprüfstation ist beauftragt, bei Fahrzeugabnahmen fällig werdende Steuerbeträge zuhanden der Kantone zu vereinnahmen ».

1. L'obligation d'instituer des CIP

Au regard du droit constitutionnel. – Compte tenu de leur autonomie organisationnelle, lorsqu'ils décident de développer une organisation intercantonale avec d'autres cantons, les cantons sont, sur le principe, libres d'instituer des commissions interparlementaires, c'est-à-dire des « commissions parlementaires intercantionales ». D'un point de vue constitutionnel, l'institution de telles commissions s'impose seulement lorsque la régionalisation envisagée porte sur des tâches et des compétences cantonales importantes. L'obligation d'instaurer une commission interparlementaire de contrôle découle alors du devoir qu'ont les cantons d'assurer un équilibre des pouvoirs au sein des organisations intercantionales et de celui de permettre une haute surveillance parlementaire adéquate sur ces organisations. Reconnaissons que si cette règle de base semble simple, son application pratique s'avère délicate tant ses contours sont obscurs. (sur ces questions, *supra* N 713 s.).

799

Au regard du droit intercantonal. – L'imprécision du droit constitutionnel n'aura la plupart du temps pas d'incidence pratique, car il n'est pas rare qu'une convention-cadre oblige de toute manière les cantons à instituer une commission interparlementaire de contrôle lorsqu'ils mettent sur pied une organisation régionale intercantonale.

800

En Suisse romande, comme nous l'avons déjà évoqué plusieurs fois, la Co-Parl contraint les cantons romands – à l'exception de celui de Berne – à constituer une commission interparlementaire à chaque fois qu'ils créent, ensemble¹⁸⁸, une « institution intercantonale ou une organisation commune ». Quant à l'ACI, il prévoit également la mise en place de commissions de gestion interparlementaires, chargées de contrôler les « organisations ou institutions communes » instituées dans le cadre de la collaboration intercantonale RPT¹⁸⁹. Utilisant une formulation similaire, les deux cantons bâlois se sont, eux, engagés à créer des commissions interparlementaires de contrôle lors qu'ils créaient des « *Institutionen mit interkantonalen Trägerschaften* »¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Art. 15 CoParl. L'institution d'une telle commission interparlementaire n'est pas obligatoire lorsqu'une institution intercantonale ou une organisation commune est créée en collaboration avec des cantons qui ne sont pas parties à la CoParl. En effet, dans ce cas, ces cantons n'ont pas l'obligation d'accepter la création d'un organe interparlementaire de surveillance. Celle-ci doit obligatoirement être négociée avec eux, mais ne peut être imposée (cf. CIP CO-PARL [2009], p. 8). L'institution d'une commission interparlementaire n'incluant que certains partenaires n'aurait, pour le surplus, pas beaucoup de sens.

¹⁸⁹ De manière peu heureuse, le même terme allemand d'« *Einrichtung* » a trouvé la traduction française d'« installation » à l'art 10 al. 1 ACI. Il aurait dû être, bien entendu, traduit par le terme d'« institution » comme cela a d'ailleurs été fait à l'art. 48 al. 1 Cst.

¹⁹⁰ Art. 13 al. 1 V-Zusammenarbeit BS/BL.

Comme nous l'avons déjà examiné, il s'agit là de règles impératives auxquelles il n'est en principe pas possible de déroger (sur la nature impérative des conventions-cadres, *supra* N 731).

801 *La notion d'« organisations ou institutions communes ».* – La question reste de déterminer ce que sont des « organisations et institutions communes intercantionales » au sens du droit intercantonal. Même si les notions d'« organisations communes » et d'« institutions communes » tiennent une place importante au sein des conventions-cadres présentées, aucune de celles-ci ne s'attache véritablement à les définir.

Il nous faut dès lors de nous lancer dans une interprétation des notions précitées en utilisant les méthodes traditionnelles d'interprétation des règles de droit.

Excursus : l'interprétation du droit intercantonal. – Certes, l'interprétation des conventions intercantionales doit suivre, selon le Tribunal fédéral, les principes généraux applicables en matière de droit international¹⁹¹. Cette jurisprudence n'a toutefois pas véritablement de portée. Premièrement, elle n'est pas applicable aux dispositions conventionnelles intercantionales normatives¹⁹². Secondement, la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV) prévoit des principes d'interprétation relativement semblables à ceux que la jurisprudence fédérale a consacrés s'agissant de l'interprétation du droit suisse¹⁹³. L'art. 31 par. 1 CV souligne l'importance du sens ordinaire à attribuer aux termes de la convention dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Quant à l'art. 32 par. 1 CV, il précise que l'interprétation d'une clause conventionnelle peut faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment aux travaux préparatoires. On retrouve ainsi les méthodes d'interprétation du droit suisse que sont l'interprétation littérale et contemporaine, l'interprétation systématique, l'interprétation téléologique et l'interprétation historique.

802 *L'interprétation littérale.* – De prime abord, sur le plan littéral, les notions d'« organisations communes » ou d'« institutions communes » sont relativement ouvertes. Tout au plus l'adjectif « commun » exclut-il les contrats d'adhésion ou les autres formes d'organisations intercantionales consistant en l'acquisition par un canton de prestations auprès d'un autre canton¹⁹⁴. Pour le reste, les notions précitées pourraient *a priori* couvrir toute sorte de structures de collaboration intercantonale, de la plus institutionnalisée à la moins formalisée.

¹⁹¹ ATF 100 Ia 418, consid. 5a; voir aussi SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 22 ad art. 48 Cst.

¹⁹² ATF 110 Ia 123, consid. 1.

¹⁹³ Dans ce sens, Tribunal fédéral, arrêt 4C. 422/2004 du 14 février 2006, consid. 3.2.1; aussi Cour constitutionnelle JU, arrêt CST 5/05 du 28 mars 2006, consid. 2.2.1, in: RJJ 2006, p. 342.

¹⁹⁴ Cf. VOGEL (2009), p. 557; ZEHNDER (2007), p. 69.

Une interprétation plus restrictive s'avère cependant aussi envisageable sur un plan littéral. En effet, selon l'encyclopédie *Petit Larousse*, le terme d'« organisation » se rapporte généralement à une structure, à un groupement ou à une association qui revêt « une certaine ampleur »¹⁹⁵. Quant au terme d'« institution », il sert parfois à qualifier, en langage juridique, les « entité[s] autonome[s] décentralisée[s] créée[s] pour effectuer des tâches d'intérêt général »¹⁹⁶.

En somme, la notion d'« organisation et institution commune » consacrée par l'ACI et la CoParl ne regroupe pas forcément toutes les formes de collaboration institutionnalisée. Interprétée de manière littérale, elle pourrait se référer uniquement à des organisations intercantionales opérant une régionalisation « avancée », compte tenu de l'ampleur de ces organisations ou de l'autonomie particulière dont celles-ci jouissent dans l'exécution des tâches publiques qu'elles exécutent.

L'interprétation téléologique et contemporaine. – Il est en tout cas certain que les conventions-cadres n'avaient pas pour objectif de compliquer à l'excès la collaboration intercantonale. Bien au contraire, elles entendaient encourager une telle collaboration. Le but était d'imposer un contrôle interparlementaire « selon les besoins »¹⁹⁷. 803

En suivant une interprétation téléologique des conventions-cadres, il serait donc possible de retenir que les mécanismes de surveillance et de contrôle parlementaires – tels qu'introduits par la CoParl et par l'ACI – ne sont obligatoires que s'ils sont vraiment nécessaires compte tenu des engagements pris. Autrement dit, sous cet angle, il faudrait préférer une interprétation restrictive – ou, du moins, non extensive – de la notion d'« organisation commune »¹⁹⁸.

L'interprétation historique. – L'interprétation téléologique restrictive de la notion d'« organisation et institution commune » se trouve corroborée par une interprétation historique de cette notion. 804

Sous l'empire de l'ancienne « Convention des Conventions » (aCConv), qui a été adoptée avant la CoParl et l'ACI (*supra* N 236), le contrôle interparlementaire sur une organisation commune ou une institution intercantonale n'était obligatoire que pour autant que celle-ci soit de grande ampleur. Il fallait en l'occurrence que la part du budget annuel pris en charge par chaque canton partenaire dépasse en moyenne un million de francs¹⁹⁹. Sur ce point, l'aCConv faisait

¹⁹⁵ Voir notamment la définition donnée par l'encyclopédie *Petit Larousse – Grand format*, Paris 1994.

¹⁹⁶ Entre autres, DAJ GE (2013), p. 10; voir aussi art. 4 al. 1 let. a du projet de loi (genevoise) sur l'organisation des institutions de droit public (LOIDP GE; PL 11391, objet déposé le 14 février 2014).

¹⁹⁷ CONSEIL D'ÉTAT FR (2000), p. 1561.

¹⁹⁸ Dans le même sens, ZEHNDER (2007), p. 68.

¹⁹⁹ Voir art. 8 al. 1 aCConv.

en quelque sorte écho au projet de concordat-type présenté par le Forum Interparlementaire Romand quelques années auparavant et qui proposait la création de commissions interparlementaire de contrôle dans les « organismes régionaux dont l'importance est égale ou supérieure à celle d'un service public ou d'une entreprise moyenne de 250 salariés ou de 50 millions de budget annuel de fonctionnement »²⁰⁰.

Historiquement, l'idée a donc toujours été de limiter le contrôle parlementaire aux organisations considérées comme importantes, étant précisé que rien ne permet de dire que les cantons ont décidé de s'écarter de ce principe lors de la conclusion de la CoParl.

805 *L'application de la CoParl par les cantons.* – En pratique également, les cantons ne se sentent pas forcément obligés de mettre en place une commission interparlementaire à chaque fois qu'ils s'organisaient de manière commune. Par exemple, les cantons du Jura et de Neuchâtel ont renoncé à créer une commission interparlementaire lorsqu'ils ont institué un préposé intercantonal à la protection des données ainsi qu'une autorité judiciaire intercantonale dans ce domaine (CPDT-JUNE). Ces cantons ont estimé que la taille et les implications financières mesurées de l'« organisation commune » rendaient la création d'une telle commission disproportionnée²⁰¹.

Soulignons cependant que la nécessité d'instituer des commissions interparlementaires de contrôle ne semble pas s'apprécier sous un angle financier uniquement. Les cantons ont parfois choisi de mettre en place de telles commissions alors même que les organisations intercantionales projetées impliquaient une participation financière négligeable des cantons, voire ne nécessitaient aucune participation financière du tout. Nous citerons le cas de la Commission interparlementaire CIIP-CSR²⁰². Nous mentionnerons également la Commission interparlementaire de contrôle de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale²⁰³.

806 *Conclusion.* – Vu ce qui précède, les « organisations communes », qui nécessitent l'aménagement de commissions interparlementaires de contrôle au sens des conventions-cadres telles que la CoParl et l'ACI, sont, à notre sens, des structures de collaboration intercantonale d'une ampleur significative²⁰⁴. L'« ampleur » de la structure s'apprécie en fonction de critères politiques, financiers ou juridiques, la finalité étant d'apprécier l'importance de l'autonomie qui lui est octroyée, respectivement la part de compétence cédée par les cantons.

²⁰⁰ Voir le préambule du projet de concordat-type préparé par le Forum Interparlementaire Romand (cf. FIR [2000]).

²⁰¹ GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 497.

²⁰² Voir sur la question, CIIP (2007), p. 14.

²⁰³ Voir sur la question GROUPE DE TRAVAIL VD ET AL. (2011), p. 16

²⁰⁴ Dans un sens comparable, ZEHNDER (2007), p. 69.

Ainsi, la création d'une commission interparlementaire de contrôle s'impose lorsque l'organisation intercantonale dispose de compétences substantielles, lorsqu'elle jouit de moyens financiers importants ou entraîne des coûts non négligeables ou lorsqu'elle est responsable d'une tâche publique importante²⁰⁵. Cette règle est indéterminée et laisse, pour l'heure, une grande marge d'appréciation aux cantons qui sont appelés à en préciser les contours avec le temps.

2. La composition et le mode de désignation des CIP

En général. – Nous venons de le voir : d'un point de vue constitutionnel, les cantons sont en principe libres d'instituer des commissions interparlementaires de contrôle sur les organisations intercantionales communes qu'ils créent. Ils le sont *a fortiori* au moment de fixer la composition de ces commissions ou le mode de désignation de ces membres. À vrai dire, ils jouissent d'une telle liberté même lorsqu'une convention-cadre impose la création d'une commission interparlementaire de contrôle. Aucune règle-cadre intercantonale ne définit en effet – du moins de manière impérative – la composition de ces organes, ni les modalités de désignation des parlementaires appelés à siéger en leur sein.

La composition des commissions. – Chaque convention intercantonale organisatrice qui crée une commission interparlementaire doit donc fixer la composition exacte de celle-ci.

Une représentation paritaire de cantons partenaires n'est pas forcément obligatoire. L'ACI pose, certes, le principe de base selon laquelle les conventions intercantionales qui lui sont soumises doivent, en règle générale, prévoir une répartition des sièges paritaire entre les différents cantons. L'accent est alors mis sur l'égalité entre cantons telle qu'elle peut être entendue en un sens absolu. La pratique respecte la plupart du temps cette conception de l'égalité entre cantons, mais elle pourrait très bien s'en écarter, préférer se conformer à une égalité

²⁰⁵ On remarquera à cet égard que, selon la lettre de l'art. 15 al. 1 CoParl et si l'on se réfère à la systématique de la CoParl, une commission interparlementaire « de contrôle » peut devoir être instituée même lorsque la convention intercantonale « fondatrice » ne doit être approuvée par aucun parlement cantonal, ni soumise à référendum (cf., en particulier, art. 15 al. 1 CoParl, en lien avec art. 7 al. 1 CoParl, qui n'a justement pas repris la règle de l'art. 8 al. 1 aCConv selon laquelle un contrôle interparlementaire doit être prévu « *dans toute convention créant une institution ou un réseau d'institutions intercantonal, dont l'approbation est soumise dans chacun d'eux au référendum obligatoire ou facultatif (...)* »; sur les champs d'application matériels proches, mais différents de l'obligation d'instituer une commission interparlementaire de négociation et de celle d'instituer une commission interparlementaire de contrôle, cf. CONSEIL D'ÉTAT VD [2000], p. 4381 s.; *contra* CONSEIL D'ÉTAT GE [2010], p. 14). Un tel cas pourrait se présenter dans une situation où un gouvernement conclut seul une convention en se fondant sur une délégation de compétence contenue dans une loi cantonale.

au sens relatif et répartir les sièges en fonction de l'importance des cantons partenaires²⁰⁶. L'ACI dispose d'ailleurs expressément que les cantons peuvent déroger au principe de parité en se basant sur une clé de financement (sur la question et le principe d'égalité, *supra* N 717).

De même, les cantons jouissent d'une totale liberté s'agissant du nombre de parlementaires appelés à siéger au sein des commissions interparlementaires de contrôle. En pratique, ce nombre varie grandement d'une convention organisatrice intercantonale à l'autre, compte tenu de l'importance de chacune des conventions concernées, mais également en fonction du nombre de cantons qui y ont adhéré.

Quelques exemples. – C'est ainsi que la commission interparlementaire de la HES-SO compte quarante-neuf membres, soit sept par canton partenaire, que la commission interparlementaire du Gymnase intercantonal de la Broye en compte quatorze, sept par canton partenaire également, que la commission interparlementaire de l'école intercantonale de police d'Hitzkirch en compte vingt-deux, en l'occurrence deux par canton partenaire, et que la commission interparlementaire de la Haute école FHNW en compte vingt, soit cinq par canton partenaire²⁰⁷.

809

Le mode de désignation des commissaires en droit intercantonal. – Les cantons peuvent choisir de régler le mode et la procédure de désignation des commissaires directement dans la convention régionale organisatrice qui crée la commission interparlementaire de contrôle et qui en fixe la composition. Une telle réglementation conventionnelle du mode de désignation des commissaires est fréquente en pratique. Les cantons ont alors consacré la règle selon laquelle la délégation du parlement cantonal est directement élue par celui-ci.

Quelques exemples. – Il en va ainsi de l'art. 15 al. 2 C-AS-SO qui dispose que la commission interparlementaire de contrôle de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale est composée de trois membres par canton, membres désignés par le Parlement de chaque canton. Il en va également ainsi de l'art. 6 al. 1 let. a C-Hôpital Chablais-Riviera qui prévoit que les parlements vaudois et valaisan désignent les membres de la commission interparlementaire de contrôle de l'hôpital commun aux deux

²⁰⁶ L'intérêt de la parité dans la commission interparlementaire est de refléter les éventuelles positions dans chacun des parlements (dans ce sens notamment, CONSEIL D'ÉTAT FR [2000], p. 1560 s.). L'argument est particulièrement valable lorsque les différents préavis et décisions rendus par la commission doivent être approuvés par les parlements cantonaux. La parité peut cependant conduire, dans certains cas, à des distorsions de représentativité qui pourraient ternir la légitimité démocratique des actes adoptés de manière indépendante par la commission (sur la question également, *infra* N 811).

²⁰⁷ Voir art. 3 al. 1 de la convention intercantonale relative au contrôle parlementaire sur la Haute Ecole Spécialisée de Suisse Occidentale (HES-SO) du 13 septembre 2002 (C-CHES-SO; p. ex. RSV 419.97); art. 72 CIGB VD/FR; art. 14 al. 2 K-Polizeischule Hitzkirch; art. 16 al. 2 Staatsvertrag FHNW.

cantons installé à Rennaz²⁰⁸. L'art. 7 al. a let. a C-HIB VD/FR contient une règle similaire, comme de nombreuses autres conventions d'ailleurs²⁰⁹.

Le mode de désignation des commissaires en droit cantonal. – Si la convention organisatrice ne règle pas directement la question du mode de désignation des délégations cantonales au sein des commissions interparlementaires de contrôle, la procédure de nomination des commissaires dépend du droit cantonal²¹⁰.

Dans certains cantons, comme ceux du Jura, de Neuchâtel et, sauf exception, de Berne, ce sont les commissions parlementaires en charge des affaires extérieures qui nomment, à l'interne, les députés qu'il convient de déléguer au sein de l'organe intercantonal²¹¹. Dans d'autres cantons, comme ceux de Genève, de Vaud et du Valais, il appartient à une autre commission parlementaire ou, alors, au bureau du parlement cantonal de les désigner, le cas échéant sur propositions des groupes politiques²¹².

Plus rarement, le droit cantonal prévoit une élection par le parlement cantonal. C'est le cas dans le canton de Fribourg, le législateur cantonal ayant opté pour la règle selon laquelle les délégués étaient nommés par le Grand Conseil²¹³. Il est intéressant de souligner qu'une règle similaire a été hissée à un rang constitutionnel dans le canton de Saint-Gall²¹⁴.

²⁰⁸ Ces règles intercantionales ne sont pas toujours respectées par les parlements – ou plutôt leurs bureaux – qui semblent les négliger.

²⁰⁹ Voir notamment art. 14 al. 1 K-Polizeischule Hitzkirch; art. 15 al. 1 let. d Staatsvertrag FHNW; art. 15 let. c V-FHZ.

²¹⁰ Voir, pour un exemple, où l'application du droit canton est expressément réservée, art. 21 al. 1 CSR, selon lequel « [l]es cantons parties à la Convention conviennent d'instituer une commission interparlementaire composée de sept député-e-s par canton, désigné-e-s par chaque parlement selon la procédure qui lui est propre ».

²¹¹ Cf. art. 41 al. 3 du règlement du Parlement de la République et Canton du Jura du 16 décembre 1998 (RP JU RSJU 171.211); art. 39 et 40 du règlement du Grand Conseil bernois du 4 juin 2013 (RGC BE; RSB 151.211); art. 93 al. 2 let. d OGC NE. Cette solution permet un meilleur échange d'informations entre commissaires, lesquels sont familiers avec les procédures intercantionales (cf. COMM. LÉGISLATIVE NE [2012], p. 10). Dans le canton de Berne, il appartient à la CAE de représenter le Grand Conseil dans les organes parlementaires internationaux ou intercantonaux, à moins que le domaine en question ne tombe dans le ressort d'une autre commission spécialisée permanente, auquel cas cette charge incombe à cette dernière.

²¹² Cf. art. 179 al. 2 et art. 230C, al. 4, LRG GE; art. 23 al. 3 et art. 64 al. 1 LGC VD; art. 26 al. 2 ou art. 27 al. 2 LOC RP VS.

²¹³ Art. 15 al. 2 LConv FR. Deux délégués au moins doivent cependant être choisis parmi les membres de la commission parlementaire en charge des affaires extérieures. Cette solution permet de mieux répartir l'importante charge de travail que pourrait représenter, pour un parlementaire cantonal, l'appartenance à une commission interparlementaire de contrôle (voir BUREAU DU GC FR [2016], p. 2).

²¹⁴ Voir art. 64 let. b Cst. SG.

La représentativité et la légitimité des commissions. – Il n'existe, pour les cantons, aucune obligation découlant directement du droit fédéral²¹⁵ ou du droit intercantonal d'assurer que les diverses tendances politiques soient représentées dans chaque délégation, notamment en prévoyant un nombre de sièges minimal par canton au sein de la commission interparlementaire²¹⁶. Une telle obligation découlera cependant très souvent du droit cantonal²¹⁷ – ou de la pratique quasi coutumière²¹⁸ – qui impose une juste représentation des partis politiques principaux au sein des commissions parlementaires.

Ainsi, l'organe interparlementaire régional – notamment lorsqu'il est composé d'élus cantonaux, parfois désignés directement par les parlements cantonaux, et qu'il forme un collège d'au moins quinze à vingt membres²¹⁹ – bénéficie d'une bonne légitimité démocratique. Celle-ci n'est certes pas parfaite. Comme l'a déjà souligné AUER, une commission interparlementaire jouira d'une représentativité moindre par rapport à un parlement cantonal, parce que l'on a à faire à un « deuxième niveau de représentation (...) » et qui dépend aussi des hasards et des personnalités, et aussi de l'engagement des gens qui (...) vont

²¹⁵ Selon ZEHNDER (cf. [2007], p. 274), s'il devait en exister une, chaque délégation cantonale devrait être composée de trois représentants par canton au moins.

²¹⁶ On remarquera tout de même que le projet de concordat-type élaboré par la Forum Interparlementaire Romand prévoyait la règle selon laquelle « [c]haque Grand Conseil [devait] veill[e]r à ce que les diverses tendances politiques soient représentées dans chaque délégation » (cf. FIR [2000], art. 7 par. 3).

²¹⁷ Dans ce sens, COMM. LGC BE (2012), p. 42; ZEHNDER (cf. [2007], p. 274). Cf., expressément, l'art. 2 du Règlement (neuchâtelois) de la commission des affaires extérieures concernant les délégations du 23 avril 2003 (RSN 151.106); pour des exemples de règles imposant de tenir compte des forces politiques lors de la désignation des commissaires, cf. art. 34 RP JU pour les commissions; art. 29 al. 3 LGC BE. Une règle selon laquelle il y a lieu de prendre en considération entre autres les sensibilités politiques lors de la désignation des membres des autorités publiques, a une nature programmatique ; elle ne confère donc pas aux partis politiques un droit constitutionnel à la protection des minorités (cf. ATF 131 I 366). Il n'en demeure pas moins qu'il pourrait être possible d'annuler une élection de représentants du parlement qui ne respecterait manifestement pas le principe d'une représentation équitable des partis politiques (voir, pour un exemple, mais au niveau intercommunal, Préfet du district de la Sarine, décisions RA 95, 100 et 128/2001 du 18 juillet 2001, lequel a annulé la désignation des délégués de certaines communes à l'Assemblée constitutive d'Agglo Fribourg, suite à des recours de formations politiques évincées, en application de l'art. 46 al. 2 LCo FR qui prévoit que « [l]ors des élections, il est équitablement tenu compte des partis ou groupes représentés au conseil général »).

²¹⁸ Voir, dans le canton de Fribourg, Initiative parlementaire 2016-GC-23, déposée par la CAE et intitulée *Modification de la loi concernant les conventions intercantionales (LConv) et de la loi sur le Grand Conseil (LGC): désignation des représentants auprès des organismes conventionnels; nombre de membres de la Commission des affaires extérieures*, in: BGC/FR 2016, p. 920 s.

²¹⁹ Selon ZEHNDER (cf. [2007], p. 274), chaque délégation cantonale devrait être composée de trois représentants par canton au moins.

y siéger »²²⁰. De même, une éventuelle représentation paritaire des cantons au sein de la commission peut influencer négativement sur la représentativité de cet organe si elle conduit un canton populeux à être largement sous-représenté²²¹. Il est cependant incontestable que les commissions interparlementaires peuvent, en règle générale, se prévaloir d'une représentativité et d'une légitimité démocratique meilleures que celles dont peut se prévaloir la plupart des organes régionaux non seulement intercantonaux, mais également intercommunaux (pour la comparaison, *supra* N 175, 202 et 229).

3. Les compétences des CIP

En général. – L'obligation d'instituer des commissions interparlementaires de contrôle, telle que la prévoient les conventions-cadres intercantionales, pourrait être vidée de son sens si de tels organes ne devaient jouir d'aucune compétence significative. C'est pourquoi ces conventions-cadres – comme la CoParl et l'ACI – connaissent quelques règles sommaires qui confèrent des compétences minimales aux commissions interparlementaires de contrôle (a). Il est cependant possible – et recommandé – d'aller au-delà de ce seuil minimal et de confier davantage de compétences à ces organes intercantonaux (b).

812

a. Les compétences imposées par les conventions-cadres

Les compétences selon la CoParl. – La CoParl prévoit qu'au sein d'une organisation ou d'une institution intercantonale qui tombe dans son champ d'application, la commission interparlementaire a la charge d'évaluer et de surveiller les objectifs stratégiques de l'institution intercantonale ou de l'organisation commune ainsi que la réalisation de ces objectifs. Elle doit également contrôler la planification financière pluriannuelle ainsi que le budget, les comptes et les résultats obtenus par l'institution intercantonale ou par l'organisation commune²²². Pour ce faire, elle établit au moins une fois par année un rapport écrit à l'attention des parlements des cantons partenaires. Elle peut aussi adresser des

813

²²⁰ Cf. AUER, in: GRAND CONSEIL GE (2006), p. 23.

²²¹ Dans ce sens, s'agissant des commissions interparlementaires de consultation, voir CAE VD (2000), p. 4411: « Relevons tout de même que dans le cadre de la Commission interparlementaire, dès que les sujets auront une dimension politique, l'importance de la représentativité politique, qui est directement liée à la représentativité des différents cantons, deviendra très importante. A terme, il est indispensable que la représentativité politique et territoriale de la Commission interparlementaire reflète l'équilibre politique au sein des parlements et l'investissement financier des différents cantons ». Voir aussi, sur la question, REGIERUNGSRAT ZH (2006), p. 23 s.

²²² Art. 15 al. 4 CoParl.

interpellations, des résolutions ou des postulats aux gouvernements cantonaux ou à la conférence interdépartementale ou intergouvernementale que ceux-ci ont désignée, ce par l'intermédiaire de l'organe exécutif de l'institution intercantonale ou de l'organisation commune²²³.

814 *Les compétences selon l'ACI.* – Quant à l'ACI, il prévoit que les commissions interparlementaires qu'il impose dans les domaines RPT doivent être informées à temps et de manière complète des travaux des organismes responsables communs dont elles ont le contrôle et qu'elles disposent d'un droit de participation équitable lors de l'élaboration de mandats de prestations et de la définition d'enveloppes budgétaires²²⁴.

Contrairement à la CoParl, l'ACI reconnaît aux commissions interparlementaires le droit de proposer aux différents cantons partenaires de procéder à une révision de la convention régissant l'organisation intercantonale qu'elles surveillent²²⁵. En l'absence de règle claire, il ne s'agit cependant pas d'un *droit de déposer* un projet de modification de la convention intercantonale directement devant les parlements cantonaux respectifs, mais plutôt d'un *droit d'inviter* les exécutifs cantonaux – le cas échéant par le biais de l'organe régional au sein duquel ceux-ci sont représentés – d'entamer des pourparlers dans un sens déterminé²²⁶. En effet, au sens de l'ACI, la négociation de conventions intercantionales et de leurs modifications reste en principe du ressort des exécutifs cantonaux.

815 *Des règles directement applicables.* – Les différentes normes susmentionnées sont des règles d'organisation régionale directement applicables dans la mesure où elles sont suffisamment précises (aussi sur la question, *supra* N 736 ss). Notons d'ailleurs qu'il n'est pas rare que les conventions organisatrices spécifiques créant une commission interparlementaire de contrôle au sens de la CoParl renvoient à celle-ci s'agissant des compétences dévolues à la commission ainsi instituée²²⁷.

816 *Des règles cumulables.* – Les règles prévues par la CoParl et l'ACI sont théoriquement cumulables²²⁸. Certes, les compétences des commissions interparlementaires imposées par l'ACI ne semblent pas aussi étendues que celles

²²³ Art. 15 al. 5 et art. 16-19 CoParl.

²²⁴ Art. 15 al. 3 et 4 ACI.

²²⁵ Art. 15 al. 4 ACI.

²²⁶ Dans le même sens, ZEHNDER (2007), p. 195 s.; peut-être d'un autre avis, BUREAU DU GC BE (2009), p. 3.

²²⁷ Cf. notamment art. 10 al. 1 C-HES-SO ainsi qu'art. 33 al. 3 CLDPA et art. 44 al. 3 CEDPM, lesquelles renvoient à la CDC s'agissant du mandat et des modalités de fonctionnement de la commission interparlementaire.

²²⁸ Reprenant un avis de droit d'AUER, les gouvernements cantonaux ont parfois considéré que le « contrôle parlementaire coordonné » tel qu'il est prévu par l'art. 8 aConv et, à présent,

des commissions imposées par la CoParl. Il n'existe toutefois pas de contradiction entre ces deux conventions-cadres²²⁹. Cela signifie concrètement qu'une commission interparlementaire de contrôle instituée sur la base de la CoParl – notamment dans les domaines des hautes écoles ou de l'exécution de peines – pourrait se prévaloir des compétences directement prévues par l'ACI et *vice versa*.

b. Les autres compétences déléguables

En général. – Telles que prévues par les conventions-cadres, les compétences des commissions interparlementaires de contrôle sont minimales. Il est cependant possible d'en attribuer d'autres à ces commissions²³⁰. Les différents avant-projets de conventions-cadres qui ont inspiré l'ACI et l'aCConv l'envisageaient d'ailleurs²³¹. De manière générale, il est effectivement souhaitable, du point de vue démocratique et de la séparation des pouvoirs, d'attribuer plus de pouvoirs à de tels organismes intercantonaux (sur la question aussi, *infra* N 819 s.)²³². Les compétences supplémentaires octroyées devraient aller au-delà des pures compétences de haute-surveillance octroyées par la CoParl ou par l'ACI.

Le droit de motion. – En l'absence de règles intercantionales expresses en ce sens, les commissions interparlementaires ne peuvent pas adresser de « motions » aux gouvernements cantonaux ou à un organe exécutif intercantonal.

par la CoParl était « fondamentalement incompatible » avec le « contrôle de gestion » institué par l'ACI (cf. CONSEIL D'ÉTAT VD [2006], p. 27; CONSEIL D'ÉTAT FR [2006], p. 630, lequel citait l'avis de droit suivant d'AUER: « L'article 8 [aCConv] en revanche est condamné : le contrôle parlementaire coordonné qu'il prévoit est fondamentalement incompatible avec le contrôle de gestion institué par l'article 14 PACI [projet de l'ACI]; son maintien en dehors du cadre de ce dernier n'a guère de sens. Cela étant, puisque le mécanisme prévu par l'article 8 [aCConv] ne s'applique pas d'office, il n'est pas indispensable d'abroger formellement cette disposition. Elle ne sera simplement plus appliquée. »). On pourrait également être tenté d'argumenter que la CoParl n'a pas de place dans les domaines soumis à l'ACI, la convention « régionale » devant en quelque sorte céder devant la convention de portée nationale (cf. notamment SERVICE DE LÉGISLATION FR [2015], N 56 ad A 08, N 56; CGSO [2010], p. 11). Une telle argumentation se heurte toutefois au fait que l'avant-projet de CoParl réservait les dispositions de l'ACI relatives aux commissions de gestion interparlementaires, mais que cette réserve a justement été supprimée après que la commission interparlementaire a proposé de renoncer à cette disposition (cf. CGSO [2010], p. 10).

²²⁹ Cf., dans ce sens également, GRAND CONSEIL GE [2013], p. 92.

²³⁰ Voir d'ailleurs art. 15 al. 3 CoParl, selon lequel « les compétences spécifiques de la commission interparlementaire de contrôle sont précisées dans la convention créant l'institution intercantonale ou l'organisation commune ».

²³¹ Voir GROUPE DE PROJET RPT 2 (1997); BOEGLI (1998), p. 93; aussi *infra* N 818 et 822.

²³² Cf., dans ce sens, COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 1366; aussi apparemment BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 46 ad art. 48 Cst.

Elles jouissent tout au plus du droit d'adopter des interpellations, des résolutions ou des postulats en application directe de la CoParl, lorsque celle-ci leur est applicable.

Remarquons cependant que, lors de la négociation la convention-cadre précitée, la commission interparlementaire consultative formée pour l'occasion avait proposé d'instaurer une procédure de « motion » au niveau intercantonal. Selon elle, une commission interparlementaire de contrôle devait pouvoir adopter, à la majorité des deux tiers, des motions qui contraindraient l'organe exécutif de l'organisation intercantonale à laquelle elle appartiendrait – voire les gouvernements des cantons partenaires – à présenter un projet de réglementation ou de décision déterminée²³³.

Cette proposition n'a pas été reprise dans le projet définitif de CoParl élaboré par les gouvernements cantonaux. Ceux-ci ont invoqué différents motifs à cela. Ils ont notamment estimé qu'une telle disposition risquait de compliquer le fonctionnement des institutions intercantionales et, surtout, ont craint que la commission interparlementaire interfère dans leurs propres compétences, ainsi que dans celles des organes intercantonaux²³⁴. Selon eux, en cas de dysfonctionnement supposé ou avéré de l'organisation régionale, il est toujours possible de passer par les procédures parlementaires interpellant les Gouvernements au niveau cantonal. L'argument ne convainc pas : les procédures de motion doivent être coordonnées dans chaque canton – ce qui est passablement compliqué en cas de collaboration multilatérale – et, surtout, les motions cantonales adoptées ne sont pas véritablement contraignantes (sur la question, *infra* N 1032).

L'un des seuls moyens d'agir de manière contraignante et efficace sur les organes régionaux est donc d'octroyer un droit de motion aux commissions interparlementaires de contrôle. Dans la mesure où l'on craindrait de trop compliquer le fonctionnement des organisations intercantionales, il serait envisageable, cas échéant, de prévoir que cette procédure de « motion intercantonale » ne peut concerner que certaines questions stratégiques et réglementaires importantes bien définies²³⁵.

²³³ La CoParl aurait alors prévu que « [l]a motion charge l'organe exécutif de présenter une réglementation ou un projet de décision », que, bien sûr, elle « peut être transformée en proposition de postulat », qu'elle « doit recueillir la majorité des deux tiers des membres présents pour être adoptée » et qu'en cas d'adoption, « [l]'organe exécutif dispose d'un délai de neuf mois pour présenter une contre-proposition rédigée, le cas échéant ».

²³⁴ Cf. CGSO (2010), p. 11. De manière éparse, l'on a parfois soulevé que l'octroi d'un droit de motion posait problème parce que la notion de « motion » n'avait pas le même sens et la même portée dans tous les cantons romands (cf., sur l'importance de ce point, CTAFE VD [2010], p. 2) ou parce qu'il existait le risque que la commission interparlementaire ait davantage de pouvoir que le parlement (cf. CONSEIL D'ÉTAT VS [2009], p. 2).

²³⁵ CIP COPARL (2009), p. 8 : « Il est évident que ces nouvelles compétences ne peuvent être utilisées pour modifier le cadre conventionnel ou concordataire approuvé par les parlements ».

Les pouvoirs de haute surveillance : la problématique. – En l’absence de règles conventionnelles précises, une commission interparlementaire peut exiger des informations auprès des organes qui répondent devant elle, généralement l’organe exécutif ou directeur de l’organisation intercantonale qu’elle est censée surveiller.

819

En revanche, cette même commission ne peut se prévaloir d’aucun droit d’enquête interne. C’est ainsi que l’ouverture d’un audit ou d’une enquête (inter)parlementaire sur le fonctionnement d’une organisation régionale conventionnelle doit être décidée par chacun des parlements des cantons partenaires auxquels incombe la (haute) surveillance de cette organisation²³⁶. Deux problèmes surviennent alors : les parlements doivent coordonner leurs décisions et, en l’absence de base légale formelle de niveau intercantonal, la commission d’enquête instituée ou l’organisation chargée de l’audit ne jouit d’aucun véritable pouvoir d’investigation intrusif (sur la nécessité d’une base légale formelle, *supra* N 393)²³⁷.

Le droit d’enquête parlementaire en particulier. – Vu ce qui précède, il nous semblerait souhaitable d’étendre les pouvoirs d’investigation des commissions interparlementaires afin de permettre un contrôle efficace et rapide de la collaboration intercantonale. Dans des situations extraordinaires, ces commissions doivent pouvoir consulter certains documents confidentiels ou entendre directement les personnes employées par l’organisation régionale, voire recevoir des pouvoirs d’investigation plus étendus sur la base d’une décision des parlements

820

mais bien pour agir auprès de l’instance exécutive de l’organisme intercantonal (...). La portée des propositions déposées permettra par exemple d’agir sur des aspects stratégiques et réglementaires. » Il n’est en soi pas exclu de prévoir un droit de motion demandant une modification du cadre conventionnel. Néanmoins, dans la mesure où un tel droit de motion devait s’adresser directement aux différents exécutifs cantonaux, il présupposerait que la constitution des cantons partenaires soit modifiée ou, du moins, que la règle conventionnelle qui le prévoit soit soumise à référendum obligatoire. Nous reviendrons encore sur cette question (*infra* N 822 ss).

²³⁶ La question s’était posée s’agissant d’un éventuel audit sur la HEP-BEJUNE demandé par le parlement neuchâtelois. La ministre jurassienne, ELISABETH BAUME-SCHNEIDER, répondant à un député jurassien qui demandait si l’audit demandé par le parlement neuchâtelois devait être accepté par les trois cantons, avait répondu que « [p]our qu’il y ait audit à la HEP, il faut qu’il y ait accord des trois cantons » (Journal des débats/JU, Séance du 23 novembre 2005, p. 413). Voir aussi, à titre de comparaison, en matière de coopération régionale transfrontalière, art. 12 Convention-cadre GEC.

²³⁷ On pourrait même se demander si les conventions-cadres intercantionales n’interdisent pas l’institution d’une commission d’enquête interparlementaire par un silence qualifié (voir, de manière analogique, Tribunal cantonal FR, arrêt 601 2008 141 du 22 janvier 2009, et Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST 2008.0003 du 8 octobre 2008).

des cantons partenaires, comme semblent l'autoriser certaines conventions alémaniques (voir aussi *infra* N 823)²³⁸.

À vrai dire, on pourrait soutenir qu'un tel élargissement des compétences des commissions interparlementaires s'impose au regard de la charge de haute surveillance qui incombe aux parlements cantonaux, à tout le moins lorsque l'institution intercantonale censée être contrôlée exécute une tâche sensible ou dispose de pouvoirs politiques ou financiers importants. Rappelons en effet que la faculté d'instituer des commissions d'enquête parlementaires constitue aujourd'hui un instrument central de la haute surveillance en droit constitutionnel suisse (sur la question, *supra* N 393).

821 *Les compétences « législatives ».* – Les cantons pourraient aussi déléguer aux commissions interparlementaires le pouvoir d'édicter des règles de droit, notamment celles servant à l'exécution de la convention organisatrice régionale qui les institue²³⁹.

De telles délégations législatives devraient évidemment respecter le cadre fixé par l'art. 48 al. 4 Cst. Néanmoins, dans la mesure où les commissions interparlementaires jouissent d'une meilleure légitimité démocratique que les autres organes intercantonaux qu'elles sont censées surveiller, les délégations législatives qui seraient opérées en leur faveur pourraient être assez larges. Nous examinerons cette question plus en détail dans le chapitre consacré aux règles de droit applicable et de légistique (*infra* N 923 ss et 934 ss).

822 *Les compétences en matière conventionnelle.* – On peut enfin imaginer octroyer aux commissions interparlementaires le droit de proposer des modifications des conventions intercantionales de leur ressort²⁴⁰. Il s'agit d'une compétence qui appartient *ex lege* aux commissions interparlementaires instituées conformément à l'ACI qui, sur ce point, va plus loin que la CoParl (sur la question, *supra* N 814). Les cantons alémaniques la reprennent parfois expressément dans leurs conventions organisatrices spécifiques²⁴¹.

²³⁸ Voir aussi, sur la problématique, les propos de député cantonal neuchâtelois, M Huguenin-Elie, in: BGC/NE, 2005 – 2006, Séance du 21 février 2006, p. 1982. On mentionnera ici l'art. 16 al. 1 K-Polizeischule Hitzkirch selon lequel la commission interparlementaire de contrôle « *besitzt Akteneinsichtsrecht und kann Organe, Mitarbeitende, Ausbildende und Auszubildende der IPH anhören* »; aussi art. 16 al. 5 let. c Vertrag FHNW; art. 39 let. c Rheinhafen-Vertrag.

²³⁹ Dans ce sens apparemment, CLDJP (2005), p. 20.

²⁴⁰ Voir d'ailleurs art. 4 par. 6 du projet de concordat-type proposé par la FIR (cf. [2000]), selon lequel la commission interparlementaire est compétente en tout temps « *pour proposer aux Grands Conseils concernés des modifications aux concordats de son ressort* ».

²⁴¹ Art. 20 al. 5 let. D V-Unibas; art. 39 Rheinhafen-Vertrag, art. 19 al. 5 let. d Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft des Schweizerischen Tropen- und Public Health-Instituts du 5 avril 2016 (V-Swiss TPH BL/BS; p. ex. SGS BL 665.1), selon lequel « *[s]ie kann die Regierungen ersuchen, den Parlamenten*

Comme nous l'avons déjà évoqué, en l'absence de formulation claire, ce droit de proposition de révision conventionnelle consiste en un droit d'inviter directement les exécutifs cantonaux à entamer des pourparlers dans un certain sens (voir aussi N 814)²⁴². Il n'autorise pas les commissions interparlementaires à déposer, elles-mêmes, un projet de révision directement devant les parlements des cantons partenaires. L'adoption d'une telle règle intercantonale devrait être précédée d'une révision des constitutions cantonales ou être soumise à référendum obligatoire dans les cantons concernés²⁴³. En effet, la négociation des conventions intercantionales ainsi que celle de leurs modifications est une prérogative exclusive des exécutifs cantonaux.

La comparaison entre la Suisse romande et la Suisse alémanique. – En guise de conclusion, nous remarquerons que les cantons alémaniques ont tendance à accorder plus de droits aux commissions interparlementaires que ne le font les cantons romands. Ceux-ci ont pris l'habitude (fâcheuse) de calquer les droits qu'ils octroient aux commissions sur le catalogue minimal prévu par la CoParl. C'est ainsi qu'aucune convention « romande » ne contient une disposition qui autoriserait, par exemple, comme le font certaines conventions alémaniques, les parlements cantonaux à déléguer à une commission interparlementaire d'autres tâches et d'autres pouvoirs relevant de l'exercice de la haute surveillance, sans passer obligatoirement par une modification conventionnelle²⁴⁴. 823

Il est à la fois étonnant, paradoxal et décevant d'observer que l'aCConv et la CoParl, qui ont représenté des avancées importantes, semblent aujourd'hui empêcher ou, plutôt, avoir gelé le développement de nouvelles compétences en faveur des commissions interparlementaires.

B. Les autorités judiciaires intercantionales

La problématique. – Lorsque les cantons créent des instances judiciaires intercantionales, l'organisation concrète de celles-ci doit satisfaire aux règles imposées par le droit fédéral et par le droit constitutionnel cantonal. Les cantons doivent en tenir compte lorsqu'ils fixent le mode de désignation des juges intercantonaux (1) et les compétences concrètes qu'ils entendent leur attribuer (2). 824

der Vertragskantone Änderungen des Staatsvertrags oder besondere oberaufsichtsrechtliche Massnahmen zu beantragen »; moins clairement, art. 16 al. 5 let. d Staatsvertrag FHNW.

²⁴² Dans ce sens, REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 26.

²⁴³ Aussi ZEHNDER (2007), p. 196.

²⁴⁴ Voir notamment art. 39 al. 2 Rheinhafen-Vertrag, art. 20 al. 6 V-Unibas et art. 16 al. 6 Staatsvertrag FHNW: « [Der interparlamentarischen Geschäftsprüfungskommission] können von jedem Parlament der Vertragskantone im Rahmen des Oberaufsichtsrechts weitere Aufgaben und Befugnisse übertragen werden »; aussi art. 19 al. 5 et 6 V-Swiss TPH BL/BS.

1. La désignation des juges intercantonaux

825 *En général.* – Lorsqu'ils règlent le mode de désignation des autorités judiciaires intercantionales qu'ils créent, les cantons doivent respecter le droit supérieur – fédéral ou international – qui les oblige à garantir l'indépendance des autorités judiciaires. Cette exigence très générale ne les empêche évidemment pas de jouir d'une marge de manœuvre. Les modes de désignation des juges intercantonaux adoptés en pratique apparaissent ainsi variés. Cette diversité ne respecte cependant pas toujours le cadre constitutionnel imposé.

826 *La nomination par les gouvernements cantonaux.* – Parfois, les cantons partenaires ont choisi de charger leurs gouvernements de désigner les membres de l'autorité judiciaire intercantonale qu'ils créaient. C'est ainsi que le Gouvernement jurassien et le Conseil d'État neuchâtelois nomment les juges de la Commission de la protection des données et de la transparence instituée par la CPDT-JUNE (sur cette autorité, *supra* N 217). *A priori*, le fait qu'une autorité judiciaire intercantonale soit nommée par les exécutifs de plusieurs cantons, conjointement, assure une indépendance suffisante à cette autorité, ce d'autant plus lorsque cette autorité judiciaire n'est pas appelée à statuer sur des décisions prises par des autorités cantonales, mais intercantionales²⁴⁵.

827 *La nomination de juges cantonaux par un organe intercantonal.* – D'autres fois, les cantons ont décidé de confier à un organe intercantonal la compétence de désigner les membres des tribunaux intercantonaux qu'ils instituaient. Le procédé est admissible dans son principe. Le Tribunal fédéral considère quant à lui qu'une autorité judiciaire intercantonale nommée de cette manière peut, sur le principe, équivaloir à un tribunal supérieur indépendant au sens de l'art. 86 al. 2 LTF²⁴⁶. Il faut reconnaître qu'un tel mode de nomination ne pose aucun problème particulier si ces autorités se composent – entièrement ou majoritairement – de personnes qui exercent déjà la fonction de juge ordinaire dans les cantons partenaires (voir aussi *supra* N 577)²⁴⁷.

²⁴⁵ Dans ce sens, GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 494; MATEFI (2008), p. 305; FLEINER/IVANOV (2007), p. 65.

²⁴⁶ ATF 136 II 470, consid. 1.1, et Tribunal fédéral, arrêt 2C_361/2010 du 13 juillet 2010, consid. 1.3.1.

²⁴⁷ Voir, dans le même sens, l'avis du Tribunal cantonal jurassien lors de la consultation de l'avant-projet de CPDT-JUNE (cf. SERVICES JURIDIQUES JU/NE [2011], p. 22); aussi, sur l'importance d'une telle règle pour assurer l'indépendance des autorités judiciaires intercantionales, Tribunal fédéral, arrêt 8C_818/2010 du 2 août 2011, consid. 3.3.3; Tribunal fédéral, arrêt 2C_361/2010 du 13 juillet 2010, consid. 1.3.1; Commission de recours HES-S2, arrêt 06/09 du 3 février 2010, consid. 2.2; CLDJP (2005), p. 9.

Notons que la désignation de juges cantonaux à la fonction de juge intercantonal est parfois expressément prévue par les conventions organisatrices intercantionales²⁴⁸. Elle est d'autres fois adoptée de manière spontanée en pratique²⁴⁹.

La nomination par une commission interparlementaire. – Aucun problème d'indépendance ne se poserait non plus si les « juges intercantonaux » étaient désignés par une commission interparlementaire. Cette solution – qui pourrait s'avérer opportune et qui correspondrait dans une certaine mesure à la tradition constitutionnelle suisse – n'a cependant jamais été retenue (sur la question aussi, *supra* N 587 et *infra* N 831).

828

La nomination par un organe intercantonal exécutif. – Dans la mesure où les cantons n'optent pas pour l'une des solutions présentées ci-avant, ils doivent mettre en place des règles spécifiques qui assurent l'indépendance des autorités judiciaires nommées par un organe intercantonal. Il s'agit de fixer, au minimum, la durée des mandats des juges nommés, l'interdiction de destituer ceux-ci pendant la durée de leurs mandats²⁵⁰ ainsi que l'impossibilité pour l'organe judiciaire de recevoir des instructions²⁵¹.

829

De telles règles pourraient, malgré tout, ne pas toujours suffire à garantir l'indépendance des tribunaux intercantonaux institués.

Rappelons tout d'abord l'opinion publique se montre généralement méfiante à l'égard d'une collaboration régionale « peu démocratique » et que la création d'autorités judiciaires spécialisées, tout comme leur nomination par une autorité non parlementaire, n'est pas conforme à la tradition juridique suisse (sur les autorités spécialisées et l'importance de la tradition, *supra* N 573 s.).

²⁴⁸ Par exemple, art. 22 al. 4 CIGB VD FR qui prévoit que la commission de recours est composée de quatre membres désignés au début de chaque législature à raison de deux par chacun des tribunaux administratifs des deux cantons; art. 14^{bis} al. 1 CEDPM, selon lequel l'autorité se compose de trois membres et de deux suppléants choisis parmi les juges des cantons latins; aussi art. 65 al. 2 P-Concordat RHUSO; art. 17 al. 1 V-Bostadel.

²⁴⁹ L'art. 29 al. 3 aCEDPM prévoyait qu'en principe, la commission intercantonale chargée de statuer en tant que dernière instance (inter)cantonale sur les recours contre les mesures disciplinaires (Autorité ad hoc de plainte) dans le cadre d'une détention d'une personne mineure en Suisse romande devait être présidée par un juge des mineurs. En pratique, la délégation se composait uniquement de juges pour mineurs (cf. <http://www.cldjp.ch/conference/organes.html>, consulté le 30 juin 2015). Voir aussi l'arrêté nommant les membres de la Commission de recours de l'instance intercantonale de la Haute École Arc du 8 juillet 2015 (consulté sur www.he-arc.ch, le 30 avril 2017), lequel nomme trois juges intercantonaux qui sont procureur, juge et greffier dans les cantons de Neuchâtel, Jura et Berne.

²⁵⁰ On rappellera que l'inamovibilité peut être déduite de manière implicite (*supra* N 577).

²⁵¹ Sur l'importance de ces critères pour les organisations judiciaires intercantionales, cf. FLEINER/IVANOV (2007), p. 66.

À ce contexte défavorable s'ajoute le fait qu'un justiciable peut avoir de bonnes raisons de mettre en doute l'indépendance d'une autorité judiciaire spécialisée, en particulier lorsque celle-ci doit se prononcer sur la validité d'une décision ou d'un acte normatif adopté par l'organe qui l'a élue ou par une autre autorité qui en dépend hiérarchiquement (sur la question, *supra* N 575 et 579). Or, ce risque est forcément encouru lorsque les juges, censés se prononcer sur les litiges survenant au sein d'une organisation intercantonale, sont élus par un organe qui jouit de compétences centrales dans cette même organisation, notamment sur les plans décisionnel et/ou réglementaire²⁵².

830 *La nomination par un organe intercantonal exécutif : suite.* – Soulignons ici que le Tribunal fédéral, qui s'est exprimé par le passé contre une nomination des juges du Tribunal fédéral administratif par le Conseil fédéral (*supra* N 579), a déjà reconnu que certaines instances judiciaires nommées par un organe intercantonal – en l'occurrence la commission de recours intercantonale de l'Université de Bâle nommée par le Conseil de l'Université et censée officier comme autorité judiciaire de recours – occupaient une « *Zwischenstellung zwischen einer verwaltungsinternen und einer verwaltungsexternen Beschwerdeinstanz* »²⁵³.

La doctrine s'est quant à elle déjà aussi interrogée sur l'indépendance de la commission de recours que nous venons de mentionner²⁵⁴. De même, elle a émis des doutes quant à l'indépendance de la commission de recours prévue par la Convention sur la Haute école zurichoise de pédagogie curative²⁵⁵. Celle-ci est en effet nommée par le Conseil de la Haute école zurichoise de pédagogie curative, alors qu'elle a pour tâche de statuer sur des recours dirigés contre des décisions prises par ce conseil, qui s'avère être l'organe suprême de l'école.

Au vu de tout ce qui précède, on peut ainsi supposer que certaines autorités judiciaires régionales ne satisfont en réalité pas aux exigences d'« apparence d'indépendance » dans la mesure où elles sont nommées par un organe intercantonal²⁵⁶.

²⁵² Dans un sens similaire également, SCHINDLER/LOUIS (2011), p. 515; FLEINER/IVANOV (2007), p. 64. La fois où il a admis expressément l'indépendance d'une autorité judiciaire intercantonale nommée par un organe intercantonal, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de souligner l'importance que revêt le fait que cet organe de nomination et l'organe dont l'autorité judiciaire revoit les décisions soient indépendants l'un de l'autre (voir ATF 136 II 470, consid. 1.1).

²⁵³ Tribunal fédéral, arrêt 8C_818/2010 du 2 août 2011, consid. 3.3.3.

²⁵⁴ Cf. SCHINDLER/LOUIS (2011), p. 515, lesquels doutent de l'indépendance de cet organe dit judiciaire.

²⁵⁵ Interkantonale Vereinbarung über die Hochschule für Heilpädagogik Zürich, du 21 septembre 1999 (LS 414.418); cf. FLEINER/IVANOV (2007), p. 65.

²⁵⁶ Le justiciable peut bien entendu se plaindre d'un défaut d'indépendance d'une autorité judiciaire régionale. Il peut le faire devant le Tribunal fédéral si cette autorité a été aménagée

L'exemple de l'autorité de recours en matière de détention des mineurs. – C'est d'ailleurs pour cela que les cantons latins ont décidé de modifier la procédure de désignation de l'autorité judiciaire intercantonale compétente pour statuer sur les recours des détenus mineurs contre les sanctions disciplinaires prises en application du CEPDM. À l'origine, ce tribunal – appelé « Autorité ad hoc de plainte » – était élu par une commission concordataire à laquelle appartenait des représentants de la direction de chaque établissement mis en place par le CEPDM et des représentants des services cantonaux de chaque canton concordataire²⁵⁷. L'apparence d'indépendance n'était *a priori* pas garantie. Les cantons ont donc modifié le système de nomination en ce sens qu'il incombe désormais à la Conférence du Concordat, composée, pour l'essentiel, de Conseillers d'État et de deux juges des mineurs, de nommer les membres de cette autorité de recours – à présent dénommée « Autorité concordataire de recours » – parmi les juges ordinaires des cantons latins²⁵⁸.

Le respect du droit constitutionnel cantonal. – Dans les cantons dont la constitution impose un processus d'élection populaire ou parlementaire des magistrats (sur la question, *supra* N 581 ss), les modes de désignation des juges intercantonaux qui viennent d'être présentés dérogeront souvent à cette même constitution, du moins lorsque l'autorité intercantonale est appelée à se prononcer sur des affaires qui relèvent de la souveraineté territoriale de ces cantons²⁵⁹. Même si l'on y renonce habituellement pour des raisons pratiques²⁶⁰, une élection des juges intercantonaux par le biais des parlements – ou, dans certains cantons, de commissions parlementaires (voir *supra* N 588) – respecte assurément mieux la tradition constitutionnelle cantonale²⁶¹. C'était d'ailleurs l'opinion qui avait été presque unanimement exprimée lors de la consultation de la CPDT-JUNE²⁶².

831

comme une autorité (inter)cantonale supérieure. À supposer que l'autorité ne réponde pas aux exigences de l'art. 29a Cst. et de l'art. 86 al. 2 LTF, il convient aux cantons d'aménager une nouvelle réglementation qui y satisfasse. Jusque-là, il appartient aux différents tribunaux cantonaux de se saisir des causes qui tombent dans leurs compétences territoriales en tant qu'instance supérieure de recours (d'un autre avis toutefois, Tribunal cantonal VD, arrêt GE.2008.0237 du 13 février 2009, consid. 3).

²⁵⁷ Voir art. 29 al. 3 aCEDPM et CLDJP (2015), p. 5, qui se demande « si la désignation de[s] membres par [une] Commission concordataire (...) garantit encore cette indépendance ».

²⁵⁸ Art. 14^{bis} al. 1 CEDPM.

²⁵⁹ Comme nous l'avons déjà vu, le gouvernement bernois considère par exemple que la création d'un tribunal pénal des mineurs interjurassien dérogerait à la constitution bernoise dès lors que celle-ci prévoit qu'il appartient au parlement d'élire des citoyens bernois aux postes de magistrat exerçant une fonction juridictionnelle sur le territoire du canton (voir *supra* N 691).

²⁶⁰ GOUVERNEMENT JU/CONSEIL D'ÉTAT NE (2012), p. 494. La solution préconisée par certains serait de prévoir que chacun des législatifs élise une partie des membres de l'autorité judiciaire (cf. COMM.DE LA PROTECTION DES DONNÉES JU [2010], p. 7).

²⁶¹ Voir, dans le même sens, COMM. DE LA PROTECTION DES DONNÉES JU (2010), p. 6 s.

²⁶² Voir SERVICES JURIDIQUES JU/NE (2011), p. 9, 16-17, 22. Cependant, le fait que la Commission de la protection des données et de la transparence instituée communément par le canton du Jura et le canton de Neuchâtel soit nommée de manière conjointe par les gouvernements de ces deux cantons n'est pas contraire au droit constitutionnel cantonal, car les constitutions

Remarquons d'ailleurs, à titre de comparaison, que certains législateurs cantonaux imposent l'élection populaire des autorités judiciaires intercommunales, en cohérence avec les exigences constitutionnelles cantonales. Nous avons évoqué ce point en première partie de thèse (*supra* N 214).

832

Le cas de la commission de recours HES-SO. – Vu ce qui précède, on pourrait douter, pour deux raisons au moins, de la constitutionnalité de la Convention-HES-SO qui confère au comité gouvernemental de la HES-SO la charge d'élire les juges de la commission de recours HES-SO. Pour rappel, cette autorité statue sur les recours des étudiants de la Haute école spécialisée de Suisse occidentale, à laquelle appartiennent, entre autres, les hautes écoles spécialisées dans les cantons de Genève et de Fribourg²⁶³.

Premièrement, ce mode de désignation pose des problèmes en terme d'« apparence d'indépendance », car le comité gouvernemental règle de nombreuses questions relatives à l'admission des étudiants au sein des écoles membres de la HES-SO²⁶⁴.

Secondement, ce mode de désignation est contraire à la constitution cantonale genevoise qui impose l'élection populaire de tous les magistrats du pouvoir judiciaire. Il déroge *a priori* également à la constitution fribourgeoise, dans la mesure où celle-ci impose l'élection parlementaire de tous les magistrats de l'ordre judiciaire. Rappelons, à titre comparatif, que le Grand Conseil fribourgeois avait considéré qu'au sens du droit constitutionnel cantonal, les membres de la commission de recours judiciaire de l'Université de Fribourg devaient obligatoirement être élus par le parlement (sur ces questions, *supra* N 584 s.)²⁶⁵.

cantonales neuchâteloise et jurassienne n'imposent pas de manière absolue que les juges, du moins de première instance, soient élus par le parlement (*supra* N 586 s.).

²⁶³ Cf. art. 19 let. g et art. 35 al. 1 en lien avec art. 19 let. k C-HES-SO.

²⁶⁴ À vrai dire, comme nous l'avons déjà évoqué, le Tribunal fédéral considère que la commission de recours HES-SO vaut comme une autorité judiciaire supérieure au sens de l'art. 86 al. 2 LTF (voir notamment Tribunal fédéral, arrêt 2C_361/2010 du 13 juillet 2010, consid. 1.3.). Dans le cadre de cet examen relevant de la recevabilité du recours, son approche n'est toutefois pas approfondie. Ajoutons que le Département (vaudois) de la formation, de la jeunesse et de la culture avait émis des doutes sur la nature judiciaire de la Commission de recours HES-S2 que la Commission de recours HES-SO a remplacée. Selon le Département vaudois, cette commission de recours ne remplissait peut-être pas les exigences de l'art. 29a Cst., ce que la Commission de recours HES-S2 avait bien évidemment démenti, compte tenu du fait qu'elle ne recevait pas d'instructions et était composée de juges cantonaux, sans examiner cependant la question des « apparences » (voir Commission de recours HES-S2, arrêt 06/09 du 3 février 2010, consid. 2, et, aussi, Tribunal cantonal VD, arrêt GE.2008.0237 du 13 février 2009, consid. 3).

²⁶⁵ On pourrait éventuellement tenter d'argumenter, en suivant une interprétation (très) systématique de l'art. 86 al. 1 et de l'art. 103 al. 1 let. e Cst. FR, que ces deux dispositions, intégrées sous le Titre « Autorités cantonales », règlent uniquement le mode de désignation des autorités judiciaires « cantonales » et non celles d'éventuelles autorités judiciaires « intercantionales ».

2. Les compétences des tribunaux cantonaux

En général. – Nous l'avons déjà vu : le droit fédéral interdit la création de tribunaux intercantonaux dotés de compétences trop larges (p. ex. tribunaux administratifs intercantonaux ou tribunaux civils intercantonaux). Autrement dit, il fixe une limite maximale en matière d'intercantonalisation de la fonction judiciaire. Nous renvoyons sur ce point à ce qui a déjà été exposé plus haut (*supra* N 688 ss.). 833

Paradoxalement, ce même droit fédéral oblige aussi les cantons à octroyer quelques compétences minimales aux autorités judiciaires intercantionales qu'ils créent (p. ex. pouvoir de cognition et compétence territoriale). Ce fait découle non seulement des règles constitutionnelles fédérales et internationales réglant le droit d'accès au juge, mais également des prescriptions de la LTF.

Un pouvoir minimal de cognition. – Tout d'abord, les conventions intercantionales instituant de nouvelles instances judiciaires intercantionales (p. ex. commissions de recours spécialisées) doivent respecter les exigences de l'art. 29a Cst. Il faut en particulier que ces instances jouissent d'un plein pouvoir d'examen portant sur les questions de droit et de fait. Cette question a été abordée en deuxième partie de thèse (*supra* N 570 s.). 834

Il est certes possible qu'une autorité de recours intercantonale s'impose, selon les circonstances et les domaines, une certaine réserve s'agissant de l'établissement des faits et de l'appréciation de ceux-ci (p. ex. commission de recours en matière d'examen). Il est en revanche exclu de prévoir que seuls le grief de l'interdiction de l'arbitraire et celui de la violation de certaines règles de droit déterminées puissent être invoqués devant une autorité judiciaire intercantonale. Les quelques dispositions conventionnelles existantes, qui, généralement, ont été adoptées en ce sens avant la Réforme de la justice, sont contraires à la Constitution fédérale et n'ont donc pas de portée juridique²⁶⁶.

L'organisation des voies de recours. – Ensuite, comme nous l'avons déjà vu en deuxième partie de thèse également, la LTF – notamment l'art. 86 al. 2 de cette loi – dispose que « [l]es cantons instituent des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral ». Le Tribunal fédéral en a déduit l'obligation pour les cantons d'offrir au justiciable l'accès à un tribunal qui n'est soumis – même partiellement – à aucun autre tribunal sur le plan hiérarchique ou juridictionnel (sur la question, *supra* N 596). 835

Cela signifie que lors de la création d'une autorité judiciaire intercantonale, il n'existe que deux manières d'organiser la question des voies de droit ouvertes contre les jugements de cette autorité. La première solution est de prévoir que

²⁶⁶ Voir, pour un exemple, art. 22 al. 3 CIGB VD FR.

tous les jugements de cette autorité sont sujets à recours, soit auprès des différents tribunaux cantonaux compétents conformément au principe de territorialité²⁶⁷, soit auprès d'une autorité judiciaire (inter)cantonale unique. La seconde solution, la plus courante en pratique, est de prévoir que toutes les décisions de l'autorité judiciaire intercantonale sont définitives, sous réserve d'un recours au Tribunal fédéral (voir pour des exemples, *supra* N 219)²⁶⁸. Cette solution revient à créer un tribunal intercantonal « supérieur » au sens de la LTF.

836 *L'interdiction d'un tribunal « partiellement supérieur ».* – S'agissant de l'organisation des voies de recours, une seule solution est absolument interdite au regard du droit fédéral : il n'est pas possible de prévoir que certaines décisions rendues par un tribunal intercantonal doivent être contestées devant une autorité de recours cantonale (p. ex. celles en matière de statut du personnel), alors que d'autres décisions de ce même tribunal doivent l'être directement devant le Tribunal fédéral (p. ex. celles en matière d'examens scolaires). Il importe peu que le tribunal intercantonal s'organise en différentes chambres, l'une jugeant les causes qui seraient sujettes à recours au niveau cantonal et l'autre jugeant de manière définitive à ce même niveau. Les juges de Lausanne ont déjà eu l'occasion de juger qu'une telle solution était contraire à l'art. 86 al. 2 LTF²⁶⁹. Elle n'en demeure pas moins prévue par certaines conventions²⁷⁰.

837 *L'interdiction de créer des tribunaux supérieurs concurrents.* – Enfin, rappelons qu'au sens de la LTF, les cantons doivent instituer des tribunaux supérieurs compétents pour l'ensemble du territoire cantonal (sur la question, *supra* N 596).

²⁶⁷ Voir, p. ex., art. 43 CPDT-JUNE.

²⁶⁸ Il est précisé que cette solution n'est toutefois possible qu'en matière de droit public, puisque le droit fédéral (LTF, CPC et CPP) exige un double degré de juridiction en matière civile et en matière pénale.

²⁶⁹ Tribunal fédéral, arrêt 2C_392/2012 du 5 juin 2012, consid. 2: « *Sind demnach Entscheide der Rekurskommission nur in einem Teilbereich, nämlich in jenem der Examenleistungen, endgültig, so handelt es sich bei ihr nicht um ein oberes kantonales Gericht, dessen Entscheide unmittelbar beim Bundesgericht angefochten werden könnten. Daran ändert nichts, dass das Statut vom 12. Dezember 2007 der Universität Basel in der Fassung vom 24. Februar 2011 durch Beschluss des Universitätsrats die Rekurskommission 2 für Examenssachen und die Rekurskommission 1 für die übrigen Angelegenheiten bestimmt hat (vgl. §§ 22 und 22^{bis} des Universitätsstatuts).* » Cf. aussi SCHINDLER/LOUIS (2011), p. 51.

²⁷⁰ Voir, pour des exemples, art. 33, al. 6 et 7, Staatsvertrag FHNW et art. 41 V-UniBas. Le Conseil de l'Université de Bâle a essayé de « corriger le tir » en modifiant le statut de l'Université en ce sens que, désormais, la commission de recours de l'Université statuait de manière définitive dans tous les cas (voir art. 23 et 24 Statut der Universität Basel du 3 mai 2012, modifié le 25 avril 2013; p. ex. SG BS 440.110). Il est douteux que cette solution, qui ne repose même pas sur une base légale formelle, soit conforme à l'esprit de la convention intercantonale, laquelle voulait accorder au personnel de l'Université une voie de recours au Tribunal cantonal.

Cela signifie qu'une autorité judiciaire intercantonale supérieure doit toujours être compétente pour l'ensemble du territoire des cantons partenaires qui le créent²⁷¹. Autrement dit, un canton ne peut pas créer, dans un domaine donné, un tribunal intercantonal supérieur compétent pour une partie de son territoire seulement (p. ex. quelques districts, quelques communes) et, parallèlement, laisser à son tribunal cantonal le soin de juger, pour le reste de son territoire, des causes relevant du même domaine. En un certain sens, les exigences du droit fédéral empêchent un début de morcellement politique des cantons en favorisant leur cohésion judiciaire. Il est probable qu'il s'agit là d'un effet inattendu de la LTF²⁷².

Exemple. – Si un Tribunal pénal des mineurs interjurassien regroupant le canton du Jura et le Jura bernois devait voir le jour (*supra* N 218), il ne serait pas possible de prévoir, en l'état du droit, une procédure d'appel contre les jugements de ce nouveau tribunal auprès d'un autre tribunal intercantonal, ni d'ailleurs auprès du Tribunal cantonal jurassien uniquement. En effet, il existerait alors, dans le canton de Berne, plusieurs tribunaux supérieurs concurrents dans le domaine de la justice pénale des mineurs, puisque la Cour suprême bernoise resterait l'instance cantonale supérieure en matière de droit pénal des mineurs pour la partie alémanique du canton.

IV. Synthèse intermédiaire

Des règles de financement et d'organisation judiciaire. – Au moment de mettre en place des autorités judiciaires intercantionales ou de régler la question du financement des entités régionales communes qu'ils créent, les cantons doivent veiller au respect de certains principes qui réduisent leur autonomie organisationnelle et dont la pratique politique, mais aussi la doctrine, ne semblent pas toujours être conscientes.

838

Il convient, entre autres, de prêter une attention particulière au principe d'indépendance des tribunaux, lequel peut être mis à mal par le fait que des juges intercantonaux soient nommés par un organe intercantonal, et de s'assurer que le tribunal intercantonal institué soit une véritable autorité cantonale « supérieure » s'il est appelé à statuer en tant qu'instance inférieur au Tribunal fédéral (N 829 ss et 835 ss).

²⁷¹ Dans le même sens apparemment, KISS/KOLLER (2008), N 20 ad art. 191b Cst.

²⁷² À vrai dire, l'on pourrait se demander si un morcellement judiciaire par la constitution de plusieurs autorités judiciaires supérieures « concurrentes » ou, plutôt, « juxtaposées » dans un domaine donné à l'intérieur d'un canton, ne violerait pas les dispositions constitutionnelles cantonales qui, comme l'art. 5 ConstC BE, visent à maintenir la cohésion cantonale. De telles limites de droit cantonal ont toutefois ceci de particulier qu'elles sont soumises à des difficultés d'interprétation (cf. sur l'art. 5 ConstC BE, en particulier, CONSEIL-EXÉCUTIF BE [2013], p. 10, et, plus généralement sur l'interprétation des limites de droit constitutionnel cantonal, *supra* N ■).

Par ailleurs, en l'état du droit constitutionnel, les cantons ne jouissent pas de la possibilité de déléguer à une institution intercantonale le pouvoir de décider elle-même, de manière indépendante, des contributions financières que ces mêmes cantons doivent lui verser, dès lors que celles-ci s'avèrent substantielles, ni ne peuvent autoriser une telle institution à se financer par le prélèvement d'un impôt régional, à l'image des communes qui ne peuvent pas non plus céder à une organisation intercommunale la compétence de percevoir un impôt intercommunal et d'en utiliser le produit pour elle-même (N 780 et 792 ss).

839 *Une grande marge de manœuvre ponctuellement limitée.* – Pour le reste, lorsqu'ils décident d'instaurer une organisation régionale commune, les cantons jouissent généralement d'une grande marge de manœuvre. Les communes bénéficient d'une autonomie comparable tant que le droit cantonal ne contient aucune règle claire en matière d'organisation intercommunale (N 711 ss et 721). Les principes constitutionnels que doivent théoriquement respecter ces collectivités lorsqu'elles mettent sur pied des organisations ou des institutions communes ont souvent une portée trop imprécise et floue pour pouvoir imposer, en pratique, des règles impératives précises en matière de gouvernance régionale.

Ainsi en va-t-il spécialement du principe d'égalité entre cantons et de celui d'égalité entre communes dont il est illusoire de déduire des règles concrètes s'agissant de la représentation des collectivités partenaires au sein des organes régionaux (N 715 ss). Il en va largement de même d'autres principes, tels que celui de la séparation des pouvoirs et ceux de la « souveraineté » cantonale et de l'autonomie communale, même s'il est plausible de fonder sur leur base quelques règles ponctuelles de gouvernance régionale, mais de nature essentiellement dispositives, (p. ex. principe de la majorité ou unanimité, droit d'instruction des délégués ; N 745, 749 et 754).

840 *L'importance des conventions-cadres.* – Sur un plan intercantonal, la reconnaissance de règles de gouvernance applicables aux organisations régionales communes semble donc passer par l'adoption de conventions-cadres intercantionales, telles que la CoParl et l'ACI.

Par le biais de ces conventions intercantionales supérieures, les cantons s'imposent des principes de gouvernance impératifs auxquels ils ne peuvent pas déroger lorsqu'ils élaborent une convention spécifique en vue de la mise en place d'une institution intercantonale, bien que la doctrine soutienne parfois une opinion contraire (N 724). À cet égard, les cantons ne doivent pas se contenter d'exiger la mise sur pied de commissions interparlementaires de contrôle lors de la création d'organisations intercantionales d'une certaine ampleur. Il faudrait octroyer davantage de pouvoirs à ces commissions (p. ex. droit de motion, pouvoir d'enquête, N 806 et 817 ss).

Tel que souhaité, le développement des conventions-cadres, qui fixent des règles d'organisation étatique fondamentale, devrait être soumis à un scrutin

populaire au niveau cantonal, en tout cas dans les cantons signataires dont la constitution prévoit une procédure de référendum obligatoire lors de la conclusion ou de la modification de conventions intercantionales de rang constitutionnel, ce même si l'adoption initiale de la CoParl et de l'ACI n'a pas fait – mais probablement à tort – l'objet d'une telle procédure (N 735).

Chapitre 11 : Les droits politiques régionaux

I. Le cadre constitutionnel général

Introduction. – Comme nous l’avons déjà évoqué plusieurs fois, des droits politiques intercommunaux ont été instaurés dans de très nombreux cantons. Quant à l’idée de créer des droits politiques intercantonaux, elle revient régulièrement sur le tapis (N 267).

841

Cela dit, le fait de garantir des droits de participation démocratique au sein d’une organisation régionale conventionnelle n’est pas un acte anodin d’un point de vue constitutionnel. Un tel procédé ne consiste pas en une simple juxtaposition des corps électoraux des communes ou des cantons partenaires. Il revient à créer un véritable organe politique régional indépendant, en l’occurrence un corps électoral régional, et à lui attribuer des pouvoirs décisionnels propres plus ou moins importants¹.

L’instauration de droits politiques régionaux dans le but de pallier le déficit démocratique reprochée à la collaboration régionale pose ainsi, dans son fondement même, des problèmes constitutionnels particuliers. Il s’agit, entre autres, de s’interroger sur son admissibilité au regard du droit constitutionnel (A) de même qu’à l’inverse, sur son éventuelle nécessité au regard de ce même droit (B).

¹ CTA (2004), p. 57, qui souligne qu’il ne s’agit pas d’organiser des « votations dans chaque commune », mais de constituer un « corps votant (...) composé de toutes les personnes en droit de voter dans l’ensemble de la région »; aussi OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 58, selon lequel les citoyens décident « *als Organe des [Verbandes] und sie handeln nicht für die einzelnen Gemeinden* »; aussi Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 12 ad art. 133 LCo BE; plus généralement, AUER (2016), N 990-998; sur la fonction d’« organes étatiques » des corps électoraux institués, voir MAHON (2001/I), N 7.

A. La constitutionnalité des droits politiques régionaux

842 *Plan.* – La question de la constitutionnalité des droits politiques régionaux doit s'examiner sous deux angles. Il s'agit, dans un premier temps, de se demander si le cadre constitutionnel empêche, par principe, l'émergence de droits de participation démocratique directe à un niveau régional, tels qu'un droit de référendum (1) ou un droit d'initiative populaire (2), ou s'il s'oppose, par principe également, à la mise sur pied de procédures d'élections populaires des personnes appelées à siéger au sein des organes intercommunaux ou intercantonaux (3).

Le cas échéant, il convient de déterminer, dans un second temps, si la reconnaissance de tels droits politiques doit trouver un fondement juridique expressément dans les constitutions cantonales (4).

1. Le référendum régional

843 *En général.* – À notre connaissance, la doctrine et les tribunaux n'ont jamais douté de la constitutionnalité d'un éventuel droit de référendum régional, qu'il soit de niveau intercommunal ou de niveau intercantonal². Personne n'a jamais prétendu, en particulier, que l'octroi d'un droit de référendum régional et, partant, l'instauration d'un corps électoral régional conduisaient à la création d'un quatrième niveau étatique. Prétendre le contraire reviendrait d'ailleurs à faire fi de la pratique adoptée depuis plusieurs décennies par les constituants et législateurs cantonaux en matière de collaboration intercommunale (sur la pratique législative, *supra* N 232 et 477 ss).

844 *Favoriser l'émergence d'une conscience régionale.* – Certes, les votations régionales auxquelles sont censés conduire les droits de référendum peuvent constituer les actes fondateurs d'une identité politique régionale forte et esquisser les bases d'un nouvel espace politique³. Cet aspect ne peut cependant être à lui seul déterminant pour conclure à l'existence d'un quatrième niveau étatique – supracantonal ou infracantonal – proscrit par la Constitution fédérale et, en règle générale, par les constitutions cantonales également. Le droit constitutionnel n'interdit évidemment pas l'émergence d'une conscience régionale. Il s'agit même de l'un des intérêts évidents de la collaboration régionale qui est encouragée par les constituants. Comme nous l'avons déjà exposé, le renforcement d'une identité supracommunale ou supracantonale est en effet apte à favoriser les réformes territoriales qui devront intervenir à terme (sur la question, *supra* N 42 et 56 ss).

² TANQUEREL (2001), p. 31-33; BOEGLI (1998), p. 95.

³ Cf. CTA (2004), p. 25.

Un mécanisme de blocage par nature. – Rappelons enfin que les cantons et communes peuvent s’engager à appliquer des décisions prises, sans leur consentement, par des organes régionaux au sein desquels ils ou elles peuvent être minorisés (sur la prise de décision à la majorité, *supra* N 744 ss). Logiquement, ces mêmes cantons et ces mêmes communes doivent avoir la faculté d’instaurer un système décisionnel régional qui fait éventuellement appel, en dernier lieu, à un scrutin populaire portant sur de telles décisions⁴. À y regarder de plus près, l’octroi d’un droit de référendum intercommunal – voire intercantonal – représente un « moyen de défense » à la disposition des collectivités partenaires et de la population qui entendraient s’opposer à l’adoption d’un acte régional qui leur déplait.

845

Ce mécanisme de défense peut se révéler particulièrement efficace lorsque l’on reconnaît directement aux cantons ou aux communes le droit de demander le référendum (sur le droit de référendum des autorités, *supra* N 654) et/ou lorsque le résultat des scrutins se détermine en tenant compte du vote dans chaque canton, respectivement dans chaque commune (sur les votations à la double majorité, *infra* N 899 ss).

2. L’initiative populaire régionale

En général. – Le droit d’initiative populaire régionale confère à une portion de citoyens des communes ou des cantons partenaires la faculté de proposer l’adoption d’un acte à un niveau intercommunal ou intercantonal (p. ex. la révision d’une convention organisatrice, l’adoption d’un règlement intercantonal ou intercommunal). Il est connu dans de nombreux cantons suisses, à l’instar du droit de droit de référendum intercommunal.

846

Cela étant dit, l’initiative populaire régionale se distingue du référendum régional par le fait qu’elle ne constitue normalement pas un instrument démocratique de blocage ou de défense des minorités, mais un instrument démocratique de proposition au sein d’une organisation conventionnelle. Elle peut au contraire contribuer à renforcer un processus de régionalisation qui ne serait pas forcément souhaité par certaines communes, respectivement par certains cantons. La constitutionnalité d’un tel droit populaire, qui ne prête pas à discussion quant à son principe, connaît dès lors quelques limites s’agissant de son contenu⁵.

⁴ Cf., dans ce sens, TANQUEREL (2001), p. 32 s.

⁵ Voir, dans le même sens, TANQUEREL (2001), p. 33, qui évoque également le fait que « le champ d’application de l’initiative populaire intercantonale pos[e] de difficiles problèmes de délimitation ».

847 *En vue de la régionalisation d'une nouvelle tâche.* – Tout d'abord, un corps électoral ne peut pas demander, par le biais d'une initiative populaire, qu'une organisation régionale conventionnelle exécute de nouvelles tâches. S'il pouvait le faire, il serait, *de facto*, habilité à proposer l'adoption de nouvelles conventions régionales dans des domaines très divers, ce qui contreviendrait au principe de spécialité qui régit toute décentralisation coopérative (sur le principe de spécialité, *supra* N 430 ss). En formulant de telles initiatives, le corps électoral se rapprocherait également, sur un plan fonctionnel, d'un « parlement régional », tel qu'il est pourtant proscrit au sens de la présente thèse (sur la notion, *supra* N 680 s.).

Autrement dit, une initiative populaire régionale en vue de la révision d'une convention intercantonale ou intercommunale doit toujours avoir pour objet l'exécution de la tâche publique concernée par cette même convention. Il est exclu qu'une initiative régionale demande un élargissement des tâches incombant à une organisation régionale conventionnelle⁶. Ce principe devrait à notre sens prévaloir de manière absolue, même en dehors de toute réglementation expresse⁷.

848 *En vue d'une modification essentielle de la convention.* – Enfin, l'initiative populaire régionale ne peut pas être lancée en vue d'obtenir la modification d'une convention organisatrice régionale sur un point essentiel⁸. Le respect de la souveraineté cantonale ou celui de l'autonomie communale exige en effet que chacun des cantons partenaires, respectivement chacune des communes partenaires donne son accord à une telle modification. Il est dès lors exclu qu'une initiative régionale portant sur un tel objet soit simplement concrétisée par une décision d'un organe régional ou conduise à l'organisation d'une votation qui serait à proprement parler « régionale ». Elle peut tout au plus conduire à l'organisation d'un scrutin lors duquel l'accord unanime des corps électoraux des collectivités concernées est nécessaire. Il faut voir là une limitation importante du poids politique que peut revêtir le droit d'initiative régionale, lequel se voit en quelque sorte vidé d'une partie de son contenu potentiel⁹.

⁶ Dans ce sens apparemment également, s'agissant de la démocratisation possible des établissements intercantonaux de droit public, TANQUEREL (2001), p. 33, selon lequel « il conviendrait non seulement de se demander si l'initiative porte sur une activité en principe dévolue à l'établissement en cause, mais encore si elle respecte le cadre fixé par le concordat ».

⁷ Voir, pour un exemple, le projet d'initiative populaire intercantonale tel qu'il était proposé dans l'avant-projet d'ACI (cf. GROUPE DE PROJET RPT 2 [1997], art. 9 al. 1 : « *Mit einer Initiative in der Form der allgemeinen Anregung kann die Änderung oder Auflösung dieses Vertrags verlangt werden.* »).

⁸ Voir, expressément dans le sens qui vient d'être exposé, COMM. PARL. NE (1980), p. 2303 s.; Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 20 ad art. 93 Cst. ZH.

⁹ Dans le même sens, COMM. PARL. NE (1980), p. 2303 s.; TANQUEREL (2001), p. 33.

Nous reviendrons encore sur cette question dans le chapitre de cette thèse consacré à la procédure de modification conventionnelle (*infra* N 1088 ss).

3. L'élection populaire régionale des délégués

La problématique. – C'est à propos de la constitutionnalité d'un éventuel droit d'élection régionale qu'une partie de la doctrine – dont fait notamment partie WALDMANN – réserve parfois quelques doutes assez généraux, mais sans véritablement les motiver¹⁰. Un des problèmes pourrait effectivement consister dans le fait que l'élection directe d'une autorité régionale par la population concernée emporterait avec elle une liberté de mandat des membres élus (sur la question, *supra* N 755) et, partant, l'indépendance de cette autorité au détriment des cantons ou des communes qui perdraient une partie de leur pouvoir d'influence sur les décisions de l'organe élu régionalement. Les toutes petites collectivités en particulier peineraient à se faire entendre au sein de l'organisation régionale commune, si, en plus, la répartition des sièges au sein de l'autorité à élire devait se faire en fonction du poids démographique des différentes collectivités partenaires (sur la question de la répartition des sièges, *infra* N 903 ss)¹¹.

849

Un droit politique admissible dans son principe. – Nous l'avons déjà exposé dans un chapitre précédent : s'il devait jouir de compétences importantes, un organe intercantonal ou intercommunal élu au suffrage direct pourrait être qualifié de « parlement régional » – tel qu'entendu au sens de la présente thèse – et s'avérer anticonstitutionnel (sur la notion, *supra* N 680 ss).

850

Ceci dit, l'élection populaire d'un organe régional n'est pas anticonstitutionnelle en soi, à l'image de ce qui prévaut pour le droit de référendum ou d'initiative. Rappelons que la constitutionnalité des organisations régionales conventionnelles s'apprécie en tenant compte de l'ensemble des circonstances, notamment au regard des tâches et des compétences qui leur sont déléguées. Le fait qu'une organisation régionale bénéficie d'une plus large autonomie politique de par l'élection populaire de l'un de ses organes ne permet pas non plus de conclure, sur cette seule base, que l'on a affaire à une organisation représen-

¹⁰ P. ex. WALDMANN (2005/II), p. 30 s.: « Die Schwelle der (zulässigen) gemeinsamen Aufgabenerfüllung wird etwa überschritten, wenn einem interkantonalen Organ ganze Sachbereiche zur selbständigen (sic!) Regelung und Entscheidung übertragen werden. Dasselbe gilt, wo neue Gebietskörperschaften mit eigenen parlamentarischen oder gar direktdemokratischen Einrichtungen geschaffen werden. »; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 47 ad art. 48 Cst.; KAUZ (2011), p. 42 s.

¹¹ Cf. dans ce sens également, TANQUEREL (2001), p. 31.

tant un nouvel échelon étatique prohibé (création d'un quatrième niveau étatique), car, pour constituer un véritable échelon étatique supplémentaire, cette même organisation doit encore jouir de pouvoirs importants (*supra* N 336)¹².

Autrement dit, il n'est pas possible de considérer, de manière générale, que l'octroi d'un droit d'élection régionale violerait forcément l'autonomie communale ou la souveraineté cantonale ou l'interdiction d'un quatrième niveau étatique. Parfois d'ailleurs, l'élection régionale directe d'organes intercommunaux est expressément prévue – ou autorisée – en droit cantonal.

L'exemples des droits grison, saint-gallois et fribourgeois. – Comme nous le verrons encore, par le passé, le droit grison permettait l'organisation d'une élection régionale directe des représentants des communes au sein des syndicats régionaux (*Regionalverbände* ; sur la question, *infra* N 903). Le droit saint-gallois autorise aujourd'hui l'élection d'un éventuel « parlement » d'association de communes¹³. En Suisse romande, une élection régionale directe des délégués des communes au sein du conseil d'agglomération est possible en droit fribourgeois¹⁴. Cette solution n'a toutefois pas été choisie en pratique, les communes d'*Agglo Fribourg* ayant préféré une désignation par le législatif communal.

4. L'exigence d'une base constitutionnelle cantonale

851 *La problématique.* – Admettre, sur le principe et de manière théorique, la constitutionnalité des droits politiques régionaux ne répond pas encore à la question de savoir si l'octroi de tels droits nécessite une révision expresse du droit constitutionnel cantonal, lequel s'attache traditionnellement à définir les instruments de démocratie directe existant dans un canton¹⁵. Sur ce point, il semble néanmoins que la problématique de l'octroi d'éventuels droits politiques intercantonaux pourrait présenter des similitudes avec celle de la reconnaissance des droits politiques intercommunaux.

852 *Au niveau intercommunal : une base légale suffisante.* – À l'heure actuelle, de nombreuses constitutions cantonales fournissent une base normative expresse, plus ou moins précise, à l'octroi de droits politiques intercommunaux. Toutefois, comme nous l'avons évoqué en deuxième partie de thèse, les législateurs cantonaux n'ont souvent pas attendu l'introduction d'une base constitutionnelle expresse en droit cantonal pour introduire certains droits politiques intercommunaux. Nous admettons donc que le législateur cantonal peut, en

¹² Voir aussi, en matière intercantonale, BRUNNER (2000), p. 129.

¹³ Art. 151 et 153 al. 1 let. c GG SG.

¹⁴ Art. 20 al. 2 LAgg FR.

¹⁵ Dans le même sens, OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 59-60: « *Mit der Aussage, dass keine vierte Ebene gewünscht sei, ist die Frage, ob für das vorgeschlagene Modell eine Verfassungsgrundlage nötig ist, noch nicht gelöst.* »

règle générale, introduire des droits politiques intercommunaux sans base constitutionnelle expresse (sur la question, *supra* N 481).

L'exemple en droit bernois. – Certes, dans le canton de Berne, lors de l'introduction du nouveau modèle de coopération intercommunale que représentait les « conférences régionales », on a considéré que l'octroi de droits politiques régionaux méritait d'être hissé à un niveau constitutionnel. Cette considération ne s'est toutefois pas imposée parce que l'octroi de nouveaux droits politiques intercommunaux violait, dans son principe même, la constitution cantonale, ni parce qu'il s'agissait là d'une nouveauté qui passait nécessairement par une révision constitutionnelle cantonale. Le « rang constitutionnel » des droits politiques octroyés trouvait son origine, en l'espèce, dans le fait que les communes pouvaient désormais être contraintes à adhérer à une conférence par le biais d'une votation régionale, ce qui constituait manifestement une atteinte fondamentale au principe d'autonomie communale (sur la question, *infra* N 1042).

Au niveau intercommunal : une base conventionnelle suffisante. – À vrai dire, d'un point de vue strictement constitutionnel, les communes peuvent également introduire, seules, de nouveaux droits politiques régionaux par le biais de règles intercommunales adoptées en ce sens (p. ex. statuts d'une association de communes). Cette introduction « par la petite porte » de droits politiques intercommunaux est admise et pratiquée¹⁶.

853

Évidemment, une telle liberté conventionnelle ne vaut que si le droit cantonal ne l'exclut pas. La liberté des communes peut se voir restreinte, par exemple, lorsque la constitution cantonale a entendu conférer au législateur cantonal le mandat législatif exclusif de régler les droits politiques au sein des organisations intercommunales ou lorsque le droit cantonal a entendu régler exhaustivement un processus de décision ou d'élection au niveau intercommunal (sur la question des mandats législatifs, *infra* N 860). Cette intention doit toutefois ressortir clairement du droit cantonal. Compte tenu de l'importance de l'autonomie d'organisation des communes, il faut présumer que les communes sont en principe libres de démocratiser – ou de démocratiser davantage – les organisations intercommunales auxquelles elles appartiennent (sur l'interprétation du droit cantonal, *supra* 721)¹⁷.

Au niveau intercantonal. – Au moment d'octroyer d'éventuels droits politiques intercantonaux, on pourrait adopter une approche juridique analogue à celle qui a prévalu – et prévaut encore – s'agissant de la reconnaissance des

854

¹⁶ GOUVERNEMENT JU (2009), p. 487; voir aussi Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 1 ad art. 93 Cst. ZH; EICHENBERGER (1986), N 16 ad art. 108 Cst. AG; MEYLAN (1972), p. 174; pour un exemple, voir art 31-39 du règlement type d'organisation (RO) pour les syndicats de communes, teneur au mois de février 2017 (consulté sous www.jgk.be.ch > Communes > Droit communal > Modèles de règlement, le 30 juin 2017).

¹⁷ OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 58; FRIEDERICH (2013), N 290; Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 12 ad art. 93 Cst. ZH; DILLIER (2005), p. 197 s.; EICHENBERGER (1986), N 16 ad art. 108 Cst. AG.

droits politiques intercommunaux. Selon une telle approche, une convention intercantonale qui instituerait des droits politiques au niveau régional ne serait pas forcément contraire à la constitution cantonale, étant précisé que tous les droits politiques cantonaux n'ont pas de base constitutionnelle. En tout cas, ce raisonnement pourrait prévaloir dans les situations où une convention organisatrice spécifique instaurerait des droits politiques intercantonaux dont l'importance pratique serait limitée (p. ex. contre un type d'acte régional précisément déterminé ; voir, sur la question des droits politiques cantonaux sans base constitutionnelle et de leur importance pratique, *supra* N 457).

Cela dit, il est également possible de soutenir que la reconnaissance de droits politiques intercantonaux déroge implicitement aux constitutions cantonales ou, du moins, qu'elle soulève une problématique qui relève obligatoirement du droit constitutionnel. L'accent serait alors mis sur le fait que les constitutions cantonales définissent, en général, de façon plus précise les éléments de démocratie existant au niveau cantonal que ceux existant au niveau communal (voir aussi sur la question du rang constitutionnel des droits politiques cantonaux, *supra* N 456 s.). Cette question relève largement de l'appréciation des autorités politiques cantonales et des circonstances d'espèce, à moins bien sûr que les constitutions cantonales ne soient préalablement complétées pour donner, dans chaque canton concerné, une base constitutionnelle expresse aux droits politiques intercantonaux¹⁸.

855 *Les droits constitutionnels genevois et bâlois.* – À notre sens, l'art. 114 al. 3 Cst-GE, qui exige que le canton de Genève fasse en sorte que « [l]es droits de participation démocratique so[ie]nt garantis » en matière de collaboration intercantonale, pourrait constituer une base légale constitutionnelle suffisante à l'octroi de droits politiques intercantonaux. À titre de comparaison, le constituant genevois s'est contenté de prévoir, à l'art. 136 al. 3 Cst-GE, s'agissant des droits politiques intercommunaux, que la loi devait « garanti[r] le contrôle démocratique des structures intercommunales » et qu'elle pouvait « prévoir l'exercice de l'initiative populaire et du référendum au niveau intercommunal ».

On pourrait transposer un raisonnement similaire s'agissant de la constitution de Bâle-Campagne qui dispose également qu'en matière de collaboration intercantonale, « [l]es droits de participation démocratiques doivent être garantis »¹⁹.

¹⁸ Par exemple, TANQUEREL considère qu'une révision de la constitution cantonale n'est pas forcément nécessaire en cas d'élection des représentants de chaque canton par le corps électoral de celui-ci, le choix restant dans les limites cantonales. En revanche, selon lui, une base constitutionnelle expresse serait nécessaire pour les éventuels scrutins portant sur des actes adoptés par des organisations intercantionales (cf. [2001], p. 30 et 33).

¹⁹ Art. 3 al. 5 Cst. BL.

B. L'obligation d'octroyer des droits politiques régionaux

En général. – À notre sens, la question de la constitutionnalité des droits politiques régionaux n'appelle pas d'analyse fondamentalement différenciée selon que l'on envisage ces droits à un niveau intercantonal ou à un niveau intercommunal. Tel n'est en revanche pas le cas de la question de leur nécessité juridique. En effet, comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse (*supra* N 477 ss), de nombreux constituants cantonaux ont jugé utile de consacrer – de manière plus ou moins forte – le principe selon lequel les structures intercommunales devaient ménager les procédures démocratiques existantes en garantissant certains droits politiques intercommunaux (1).

856

En comparaison, le droit constitutionnel – qu'il soit fédéral ou cantonal – reste muet sur cette même problématique au niveau intercantonal (2).

1. Au niveau intercommunal

Les sources d'une éventuelle obligation. – La question de savoir s'il existe une obligation de garantir des droits politiques régionaux au sein d'une organisation intercommunale ne relève *a priori* pas du droit fédéral, pas même du principe démocratique de l'art. 51 al. 1 Cst., dont le contenu normatif apparaît trop vague (*supra* N 281 ss et 303 ss). Elle s'examine exclusivement à l'aune du droit constitutionnel cantonal.

857

Une obligation déduite du droit international ? – L'adhésion à la Charte européenne de l'autonomie locale (CEAL), qui s'applique aussi aux autorités territoriales du niveau régional²⁰, aurait éventuellement pu avoir pour conséquence de garantir un droit d'élection régionale. En effet, son art. 3 dispose que l'autonomie locale doit être exercée par des conseils ou assemblées composés de membres élus au suffrage direct. Toutefois, lors de son adhésion à la Charte, la Suisse a formulé la réserve selon laquelle « la Charte s'applique en Suisse [uniquement] aux communes politiques »²¹.

Les droits garantis par la constitution cantonale. – Il existe bien évidemment une obligation pour les communes d'octroyer des droits politiques intercommunaux à chaque fois que la constitution cantonale garantit expressément de tels droits aux citoyens. Comme nous l'avons vu, c'est le cas du droit constitutionnel fribourgeois qui garantit des droits politiques minimaux au sein des associations de communes. D'autres droits cantonaux alémaniques font de même (voir sur la question, *supra* N 478).

858

²⁰ Cf. CONSEIL DE L'EUROPE (2010), p. 30 et 45; aussi CONSEIL FÉDÉRAL (2004/I), p. 89.

²¹ Voir, s'agissant de la possibilité donnée de faire une telle déclaration, l'art. 13 CEAL.

Les droits politiques concernés – en l'occurrence des droits de référendum et d'initiative populaire – sont garantis même sans aucune concrétisation législative ou conventionnelle. Cela signifie concrètement qu'un citoyen peut se plaindre devant les tribunaux du fait qu'aucun droit politique intercommunal n'aurait été introduit – et, par exemple, qu'un acte déterminé n'aurait pas été soumis à référendum – au sein d'une association de communes. Il peut déposer un recours en ce sens même si l'organisation intercommunale concernée est préexistante à la révision constitutionnelle qui a instauré les nouveaux droits politiques. Il devra tout au plus attendre l'issue du délai transitoire fixé par la constitution cantonale, s'il en est un²².

859

La marge de manœuvre des autorités. – L'obligation d'introduire à un niveau intercommunal les droits politiques qu'impose la constitution cantonale n'empêche pas le parlement cantonal ou les communes d'adapter l'étendue et le contenu de ces droits en fonction des circonstances²³. C'est ainsi qu'il n'existe pas forcément d'obligation de prévoir des droits politiques intercommunaux lors de la constitution d'une organisation intercommunale regroupant des communes de plusieurs cantons (p. ex. association de communes intercantonale). La question doit alors être réglée de manière indépendante par les statuts de l'organisation ou par la convention intercantonale qui, en principe, approuvera ces statuts (sur la nécessité d'une approbation cantonale, *supra* N 178)²⁴.

Enfin et surtout, il est possible de délimiter – plus ou moins strictement – l'objet des différents droits politiques régionaux en tenant compte des particularités de la collaboration intercommunale, laquelle concerne, par définition, des tâches publiques particulières et déterminées²⁵. Nous reviendrons encore sur cette question au moment d'examiner la question de la réglementation de l'objet du droit de référendum intercommunal (*infra* N 875 ss).

²² Voir, s'agissant de la diversité des situations, art. 144 Cst. ZH, qui prévoyait un délai de quatre ans (aujourd'hui échu) dès l'entrée en vigueur de la constitution cantonale, et art. 90 al. 2 Cst. SZ, qui prévoit de manière plus indéterminée que les autorités procèdent à l'adaptation du droit en vigueur « sans tarder ».

²³ Voir Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2015.00799 du 24 février 2016, consid. 2.2.1.

²⁴ Voir sur la question, VERFASSUNGSKOMMISSION SZ (2009), p. 70; aussi les propos de M. MARTY devant le parlement schwyzois, in: KR-Protokoll SZ, Séance du 19/20 mai 2010, p. 877: « *Heikel ist der Punkt, wo Zweckverbände über die Kantonsgrenze hinaus beschlossen werden. Das heisst aber nicht, dass damit eine Einführung von Initiative und Referendum gar nicht möglich ist. Grundsätzlich ist das möglich. Der Kanton oder die beteiligten Gemeinden könnten bei der nächsten Gelegenheit die Verträge kündigen und verlangen, dass Initiative und Referendum eingebaut werden. Heikel wird die Geschichte natürlich, wenn die anderen beteiligten Gemeinden aus anderen Kantonen dies ablehnen. Das ist der schwierige Punkt.* »

²⁵ Voir, dans ce sens, Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2009.00351 du 4 novembre 2009, consid. 5.4.2.

Le mandat donné au législateur cantonal. – Il va de soi que les communes doivent également respecter les droits politiques intercommunaux que le législateur cantonal impose. Celui-ci peut avoir prévu de tels droits – généralement au sein des associations de communes – en remplissant un mandat législatif donné par le constituant cantonal. C’est notamment le cas dans les cantons de Genève et de Vaud, comme nous l’avons vu en deuxième partie de thèse (sur la question, *supra* N 479).

Les dispositions constitutionnelles cantonales n’ont en principe aucun effet juridique sur l’organisation intercommunale avant leur concrétisation par le législateur cantonal²⁶. Cela étant dit, celui-ci doit au moins octroyer un droit de référendum au sein des organisations intercommunales qui, à l’instar des associations de communes, sont organisées de manière parlementaire (sur l’organisation des associations de communes, *supra* N 173 ss)²⁷.

En revanche, le mandat qui lui a été attribué ne l’oblige *a priori* pas à instaurer un droit d’initiative populaire ou, alors, une procédure d’élection populaire au niveau intercommunal. L’extension des droits politiques intercommunaux ne doit pas avoir pour effet de « trop » complexifier le fonctionnement des structures intercommunales institutionnalisées, au risque sinon de favoriser le développement de formes de collaboration alternatives peu démocratisées et peu transparentes, étant précisé que les communes restent le cas échéant libres de mettre en place un système d’initiative populaire intercommunale ou d’élection directe de leurs représentants (sur le dilemme existant entre légitimité et efficacité, *supra* N 327 ss)²⁸.

L’exemple des droits thurgovien, vaudois et genevois. – C’est ainsi que le droit thurgovien prévoit uniquement le droit de référendum facultatif comme « droits de participation suffisants »²⁹. Quant aux autorités vaudoises, elles considèrent que la nouvelle Constitution cantonale vaudoise n’imposait pas l’introduction d’un droit d’initiative populaire

²⁶ Dans le même sens, SPAHN (2004), art. 106 Cst. SH, p. 303.

²⁷ On peut admettre, à l’instar de JENNI, que « *das fakultative Referendum zum Wesensmerkmal parlamentarischer Organisationen in der Schweiz gehört* » (Komm. KV ZH-JENNI [2007], N 18 ad art. 93 Cst. ZH).

²⁸ Voir, dans ce sens, REGIERUNGSRAT AG (2009), p. 22; aussi REGIERUNG SG (2008/II), p. 4; pour une opinion critique, BAUMANN (2017), p. 180 s.; FRIEDERICH (cf. Komm GG BE-FRIEDERICH [1999], N 8 ad art. 133 LCo BE) tient quant à lui un raisonnement similaire pour justifier l’absence d’obligation d’introduire un droit d’initiative populaire intercommunale en droit bernois. La consécration constitutionnelle d’un droit d’élection au sein des associations de communes a enfin été expressément rejetée lors de la dernière révision totale de la constitution cantonale zurichoise, parce qu’elle empêcherait la nomination de personnes spécialisées (cf., sur ce point, Komm. KV ZH-JENNI [2007], N 4 ad art. 93; Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2015.00799 du 24 février 2016, consid. 2.2.1).

²⁹ Voir p. ex. art. 39 à 46 Cst. TG; aussi STÄHELIN (2007), N 7 ad art. 61 Cst. TG.

intercommunale comme instrument de contrôle démocratique des diverses formes de collaboration intercommunale³⁰, même si un tel droit a finalement été introduit en réponse à un postulat adopté en ce sens³¹. Enfin, lors de l'introduction du modèle de l'association de communes en droit genevois (communauté de communes), le législateur cantonal n'a prévu qu'un droit de référendum intercommunal, à l'exclusion de tout autre droit de participation démocratique directe, bien que le constituant lui ait donné le mandat de garantir le contrôle démocratique des structures intercommunales³².

861

Les autres situations. – Vu ce qui précède, il serait audacieux de prétendre que les communes sont contraintes d'instaurer des droits intercommunaux dans les cas où le droit cantonal ne prévoit pas expressément une telle obligation. Cette appréciation juridique prévaut *a priori* même lorsque la constitution cantonale – comme c'est le cas dans les cantons de Neuchâtel et de Berne – contient le principe exprès selon lequel les procédures démocratiques doivent être ménagées – ou les droits politiques communaux sauvegardés – en cas de collaboration intercommunale (sur la question, *supra* N 480).

Premièrement, la portée normative d'un tel principe « programmatique » est relativement faible pour les communes : il s'adresse en priorité au législateur cantonal qui doit régler les principaux modèles d'organisations intercommunales³³. Deuxièmement, les procédures démocratiques peuvent être ménagées ou sauvegardées par d'autres mécanismes organisationnels que l'octroi de droits politiques intercommunaux, par exemple par le biais d'une limitation des compétences des organisations intercommunales (p. ex. au niveau financier)³⁴. Troisièmement, le principe de sauvegarde de droits démocratiques doit être appliqué en fonction des circonstances concrètes entourant chaque collaboration intercommunale et dans le respect l'autonomie organisationnelle dont disposent les

³⁰ CONSEIL D'ÉTAT VD (2005/III), p. 8439, selon lequel « le droit d'initiative n'existe pas sur le plan intercommunal et la nouvelle Constitution n'impose pas son introduction ».

³¹ CONSEIL D'ÉTAT VD (2008/I), p. 4, lequel ne voyait tout à coup plus « pour quels motifs les citoyens devraient bénéficier d'instruments de contrôle et de participation démocratique sur le plan communal et en être privés au niveau intercommunal alors que les organes intercommunaux accomplissent par définition les mêmes tâches que les communes ».

³² Art. 71 LAC GE. D'ailleurs, le législateur neuchâtelois n'a introduit que le référendum intercommunal à l'exclusion de toute autre forme de droits politiques intercommunaux (cf. art. 132-133 LCo NE).

³³ Notamment COMM. CONSTC BE [1991], p. 78; Komm. KV LU-LAUBER (2010), N 7 ad art. 71 Cst. LU; SPAHN (2004), § 61 Cst. SH, p. 303; Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 5 ad art. 133 LCo BE; apparemment aussi COMM. « CONSTITUTION » NE (1999), p. 96.

³⁴ Voir, p. ex., art. 106 al. 3 GG SH: « *Beschlüsse des Verbandes gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. e und lit. g sowie Beschlüsse über neue Ausgaben, die einen in der Verbandsordnung festzulegenden Betrag überschreiten, bedürfen der Zustimmung der Gemeindeversammlung beziehungsweise der Einwohnerräte der Verbandsgemeinden. Die Verbandsordnung kann stattdessen die Möglichkeit des fakultativen oder obligatorischen Referendums durch die Stimmberechtigten der Verbandsgemeinden vorsehen.* »

communes partenaires³⁵. Il pourrait par exemple s'avérer inadéquat d'octroyer des droits politiques directs au sein d'une petite organisation intercommunale chargée d'exécuter des tâches relevant auparavant de la compétence des exécutifs communaux³⁶.

Ces quelques arguments font qu'en principe, il n'existe aucune obligation – du moins directe et justiciable – d'octroyer des droits politiques intercommunaux, même dans les cantons dont la constitution cantonale impose une règle générale de préservation des procédures démocratiques en cas de collaboration intercommunale³⁷.

2. Au niveau intercantonal

L'absence de droit politique minimal obligatoire. – En l'état du droit constitutionnel suisse, il n'existe aucune obligation juridique directe pour les cantons de prévoir des droits politiques intercantonaux. Les rares dispositions constitutionnelles cantonales – comme celle que connaît le droit genevois³⁸ – qui soulignent l'importance de sauvegarder les droits de participation démocratique en matière de collaboration intercantonale ne permettent pas de fonder une obligation d'instituer des droits politiques intercantonaux. Rappelons à ce sujet qu'une déduction juridique similaire apparaît déjà périlleuse en matière de collaboration intercommunale (sur la question, *supra* N 861).

Dans la même logique, une obligation d'introduire des droits politiques intercantonaux ne peut se déduire du principe d'« organisation démocratique » fixé à l'art. 51 Cst.³⁹.

³⁵ Sur ce point, Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 7 ad art. 7 LCo BE.

³⁶ Voir, notamment, dans ce sens REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 27 s.: « *In kleineren Gemeindeverbänden, bei denen es um Aufgaben im Kompetenzbereich des Gemeinderates oder um verwaltungsinterne Tätigkeiten (z.B. gemeinsamer Betrieb einer Anlage) geht, erscheint die Einräumung des Initiativ- und Referendumsrechts nicht als zwingend. In der Vernehmlassungsvorlage war daher vorgesehen, dass die Statuten das Initiativ- und Referendumsrecht fakultativ regeln können.* »

³⁷ Certains auteurs considèrent tout au plus qu'il convient d'exclure expressément le droit d'initiative dans les statuts d'une association de communes bernoise (FRIEDERICH [2013], N 289 ; voir, pour un exemple, art. 27 du règlement d'organisation de l'association de communes *Seeländische Wasserversorgung SWG*, consulté sur www.swg-worben.ch > downloads, le 31 janvier 2017 : « *Das Initiativrecht nach Art. 15 bis 19 des Gemeindegesetzes kann nicht ausgeübt werden.* »

³⁸ Voir art. 144 al. 3 Cst-GE.

³⁹ On pourrait tout au plus imaginer qu'il existe une obligation indirecte, déduite du principe de légalité, de prévoir un droit de référendum régional en cas de délégation législative importante en faveur d'un organe intercantonal ne bénéficiant pas, à lui seul, d'une légitimité démocratique suffisante (sur la question, *infra* N 863 et 940).

863 *Le droit d'élire une constituante intercantonale ?* – À titre illustratif, il n'existe même pas d'obligation constitutionnelle directe, déduite du droit fédéral, à ce que les membres d'une assemblée constituante intercantonale, instituée en vue de la fusion de deux ou plusieurs cantons, soient élus au scrutin direct par les citoyens des cantons concernés⁴⁰. Une telle élection est probablement inévitable d'un point de vue politique, mais pas d'un point de vue juridique.

Sous l'angle constitutionnel, il suffit que le projet de nouvelle constitution soit accepté par la population de chacun des cantons concernés, par le biais de procédures de référendum cantonal obligatoire distinctes, conformément aux exigences imposées à l'art. 53 al. 3 Cst.⁴¹. On peut ainsi imaginer qu'une assemblée constituante intercantonale soit, par exemple, composée de membres élus à cette fonction par les parlements des cantons concernés, voire composée de membres des gouvernements de ces mêmes cantons.

L'octroi de droits politiques intercantonaux s'impose uniquement dans les cas où l'assemblée constituante intercantonale jouit également du pouvoir d'adopter, à l'avance, certaines lois fondamentales applicables lors de l'entrée en souveraineté du nouveau canton. Dans une telle situation, afin de respecter les exigences démocratiques imposées par l'art. 51 al. 1 Cst. et par le principe de la légalité, il convient de prévoir que l'élection directe des membres de cette assemblée et/ou une procédure de référendum intercantonal (facultatif ou obligatoire) contre les lois adoptées (sur la question, *supra* N 281 s. et 503).

864 *Excursus : les droits politiques cantonaux en matière intercantonale.* – À toutes fins utiles, on remarquera ici que, sur un plan juridique, la problématique de la reconnaissance de *droits politiques intercantonaux* se distingue de celle de la reconnaissance des *droits politiques cantonaux en matière intercantonale*. En effet, il est possible de déduire de l'art. 51 al. 1 Cst. le droit à une procédure de référendum cantonal obligatoire en matière intercantonale. Il s'agit là d'une question sur laquelle nous reviendrons encore (*infra* N 1072 s.).

II. L'exercice des droits politiques régionaux

865 *Introduction.* – Lorsque les cantons et les communes décident de reconnaître des droits politiques régionaux, ils ne peuvent pas se contenter de prévoir sim-

⁴⁰ Dans le même sens, WALDMANN, in: REGIERUNGSRAT BL (2013), p. 10 s.

⁴¹ Voir notamment CONSEIL FÉDÉRAL (2001/IV), p. 4663 s.; aussi EHRENZELLER/NOBS (2009), p. 8, qui rappellent qu'un projet de révision constitutionnelle a été élaboré dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures par une commission de quarante-sept membres dont certains avaient été recrutés par le biais d'une annonce dans le journal.

plement, par le biais d'une règle conventionnelle ou d'une règle de droit cantonal, qu'« un droit de référendum et d'initiative est garanti aux citoyens » ou que « les citoyens élisent les organes régionaux ».

Premièrement, il peut se révéler nécessaire de s'interroger sur la question de la « citoyenneté régionale », c'est-à-dire de se demander quelles personnes sont titulaires de ces droits politiques régionaux, étant rappelé que la définition de la citoyenneté n'est pas forcément identique d'une commune à l'autre et, surtout, d'un canton à l'autre (A).

Secondement, il s'agira presque toujours de se demander dans quelles situations exactes les citoyens peuvent être appelés à exercer leurs droits et de quelle manière ils doivent le faire. S'il est vrai que l'objet d'un éventuel droit d'élection se définit, pour ainsi dire, par lui-même du fait de la désignation de l'organe régional à nommer par scrutin populaire⁴², tel n'est assurément pas le cas des droits populaires et, en particulier, du droit de référendum. Il appartient donc aux cantons et aux communes de circonscrire les objets sur lesquels de tels droits peuvent porter (B/1) et de déterminer le nombre de signatures à récolter en vue d'un référendum régional ou d'une initiative populaire régionale (B/2), ainsi que sur le délai maximal octroyé pour ce faire (B/3).

A. La définition du corps électoral régional

En général. – La définition des personnes qui peuvent exercer les droits politiques reconnus à un niveau régional ne soulèvera la plupart du temps aucun problème particulier.

866

En l'absence de disposition cantonale contraire, la titularité des droits politiques intercommunaux suivra le même régime que celui de la titularité des droits politiques communaux, régime qui est en principe exhaustivement réglé par le droit cantonal. De même, la question de la titularité des droits politiques intercantonaux ne devrait pas poser de problèmes particuliers si les cantons partenaires connaissent la même définition de la citoyenneté cantonale. Cela sera le cas à chaque fois que ces cantons se sont contentés de la calquer sur celle de la citoyenneté suisse.

⁴² Il reste, le cas échéant, à définir les modalités de l'élection, notamment les éventuelles circonscriptions, les sièges qui sont attribués à celles-ci et le système d'élection applicable. Nous abordons ces questions plus loin dans la thèse dans la section dédiée aux modalités des scrutins régionaux (*infra* N 890 ss).

Dans ces deux situations, la problématique du champ d'application personnel des droits politiques régionaux n'a *a priori* pas à faire l'objet d'une réglementation expresse, même si celle-ci peut s'avérer souhaitable pour des raisons de sécurité du droit⁴³.

La réglementation cantonale expresse. – Le droit cantonal contient parfois un renvoi à la citoyenneté communale. C'est notamment le cas en droit jurassien s'agissant de la réglementation des droits politiques régionaux existant au sein d'un syndicat d'agglomération⁴⁴. Toutefois, il est également possible que le droit cantonal renvoie à la citoyenneté cantonale. C'est le cas s'agissant des droits politiques existant au sein des conférences régionales bernoises⁴⁵.

867 *Les situations problématiques.* – Cela étant dit, la reconnaissance de droits politiques régionaux appelle un examen plus détaillé à chaque fois que l'organisation régionale conventionnelle regroupe des collectivités publiques qui ne connaissent pas la même définition de la citoyenneté, notamment parce que ces collectivités octroient le droit de vote aux personnes mineures (p. ex. reconnaissance du droit de vote à seize ans) ou, surtout, à certaines personnes de nationalité étrangère (p. ex. étrangers domiciliés en Suisse depuis dix ans et dans le canton depuis un an⁴⁶). Le problème peut théoriquement se poser au sein d'une organisation intercantonale, mais également au sein d'une organisation regroupant des communes appartenant à des cantons différents (p. ex. association de communes intercantionales).

868 *Une titularité différenciée selon les cantons et les communes ?* – Sur le principe, les organisations régionales peuvent regrouper en leur sein des cantons ou des communes qui définissent différemment la titularité des droits politiques. L'égalité de droits politiques n'exige effectivement pas que la question de la citoyenneté cantonale et communale soit réglée de la même manière dans tous les cantons et les communes de Suisse. C'est ainsi que l'on peut imaginer que les personnes étrangères participent, dans certains cantons ou dans certaines communes, à une votation portant sur l'approbation ou sur la modification d'une convention organisatrice régionale, alors même que la participation de la population étrangère à la vie politique n'est pas possible dans les autres cantons ou les autres communes parties à la même convention.

⁴³ Une réglementation est notamment souhaitable dans le cadre d'une collaboration intercantonale afin d'éviter l'insécurité juridique liée à une éventuelle modification de la définition de la citoyenneté dans l'un des cantons partenaires postérieurement à la conclusion de la convention organisatrice régionale.

⁴⁴ Cf., par exemple, art. 135h LCom JU.

⁴⁵ Cf., par exemple, art. 110a al. 4 ConstC BE.

⁴⁶ Art. 3 LDP JU.

Évidemment, la situation qui vient d'être présentée ne peut prévaloir que si les droits populaires exercés restent des « droits politiques cantonaux » en matière intercantonale, respectivement des « droits politiques communaux » en matière intercommunale, c'est-à-dire s'ils expriment la volonté du corps électoral de chacun des cantons ou chacune des communes concernées (p. ex. lors de l'approbation initiale d'une convention organisatrice régionale). Elle ne peut pas prévaloir lorsque l'exercice d'un droit politique intercommunal ou intercantonal représente l'expression d'un « corps électoral régional » (p. ex. lors d'une votation régionale à la majorité des votants concernant l'approbation d'un crédit extraordinaire ; aussi sur la notion, *supra* N 841). Rien ne justifie en effet que la titularité d'un droit politique régional diffère d'un canton ou d'une commune à l'autre, en fonction du domicile de la personne qui entend s'en prévaloir. Il s'agirait là d'une inégalité de traitement des plus crasses et, en particulier, d'une violation du principe fondamental de l'« égalité des voix » (« *one man, one vote* » ; *supra* N 492)⁴⁷.

Conclusion intermédiaire. – En définitive, afin de respecter le principe d'égalité des droits politiques, la titularité des droits politiques régionaux doit toujours être définie de manière uniforme. Ce principe général d'organisation régionale conventionnelle se concrétisera différemment selon que l'organisation régionale regroupe des cantons ou, alors, des communes qui connaissent une définition différente de la citoyenneté cantonale, respectivement communale.

Le cas des associations de communes intercantionales. – Au sein d'une association de communes formée de communes appartenant à des cantons dont le droit définit la citoyenneté communale de manière différente, la question de la citoyenneté régionale s'appréciera à l'aune du droit cantonal qui est applicable à l'association de communes.

Il appartient à la convention intercantonale d'approbation conclue entre les exécutifs intercantonaux de fixer – ou de choisir – le droit cantonal concrètement applicable en application des normes de rattachement – largement similaires – que contiennent les différents droits cantonaux (sur les normes de rattachement, *supra* N 178). Le procédé ne représentera pas forcément une violation du droit cantonal non applicable, ce même s'il est de degré constitutionnel, parce que les conventions intercantionales priment le droit cantonal (sur la ques-

⁴⁷ On remarquera que cette inégalité ne serait probablement pas soutenable sur un plan politique non plus. En effet, le canton qui définirait de manière large la citoyenneté cantonale pourrait gagner en poids électoral lors d'une votation régionale de même qu'en amont déjà, lors de la récolte des signatures nécessaires à l'aboutissement d'un droit de référendum régional ou d'une initiative populaire régionale.

tion, *supra* N 358 ss). Au surplus, la garantie constitutionnelle des droits politiques intercommunaux – même de rang constitutionnel – ne s'applique pas forcément aux organisations de communes intercantionales. Nous avons déjà évoqué ce point (*supra* N 859).

871 *Le cas des organisations intercantionales.* – Au sein d'une organisation intercantonale formée de cantons dont le droit définirait la citoyenneté cantonale de manière différente, la convention organisatrice régionale devrait idéalement contenir une définition de la « citoyenneté intercantonale ».

En l'absence de réglementation expresse à ce sujet, on pourrait se fonder sur le droit applicable à titre général et subsidiaire que désignerait la convention. La solution n'est toutefois pas totalement satisfaisante sur le plan de la sécurité du droit, ni sur le plan du principe de légalité, car, de fait, un des cantons partenaires recevrait le pouvoir de légiférer sur les droits politiques dans un autre canton, sans avoir reçu de délégation législative valable au sens du droit constitutionnel (sur la question, *supra* N 555 s. et *infra* N 954 ss). Le principe de la confiance exigerait plutôt de considérer que les cantons ont entendu se fonder sur une définition de la citoyenneté intercantonale conforme à leur constitution et correspondant à une sorte de « dénominateur commun » des diverses citoyennetés cantonales (sur l'interprétation du droit intercantonal, *supra* N 801).

L'exemple d'une citoyenneté jurasso-neuchâteloise. – Imaginons que les cantons du Jura et de Neuchâtel instaurent des droits politiques intercantonaux. En l'absence de réglementation conventionnelle expresse, le corps électoral intercantonal ainsi créé regrouperait les citoyens suisses et les étrangers titulaires d'un permis d'établissement (permis C) qui seraient domiciliés en Suisse depuis dix ans et dans le canton depuis cinq ans. Il s'agirait de choisir une solution qui corresponde au mieux à la fois au droit jurassien, qui octroie la citoyenneté cantonale aux étrangers domiciliés en Suisse depuis dix ans et dans le canton depuis un an⁴⁸, et au droit neuchâtelois, lequel accorde une telle citoyenneté aux étrangers qui sont au bénéfice d'une autorisation d'établissement en vertu de la législation fédérale et qui sont domiciliés dans le canton depuis au moins cinq ans⁴⁹.

B. La réglementation des droits populaires régionaux

872 *Introduction.* – À l'instar de ses « ancêtres » cantonaux et communaux, le droit de soulever un référendum facultatif ou celui de déposer une initiative populaire à un niveau intercommunal ou intercantonal doit respecter certaines conditions de validité. Il s'agit notamment de s'interroger sur son objet possible, c'est-à-dire de déterminer la liste des actes que les citoyens peuvent contester ou pro-

⁴⁸ Art. 3 LDP JU.

⁴⁹ Art. 2 let. c LDP NE.

poser par son biais. La question est également de savoir quel nombre de signatures est nécessaire à l'aboutissement d'une demande de référendum régional ou d'une initiative populaire régionale.

A priori, la réglementation de ces questions relève, sur le principe, de l'appréciation politique des autorités cantonales et communales qui entendent accorder de tels droits. Il n'en demeure pas moins que la définition de l'objet potentiel des droits de référendum et d'initiative populaire (1) et celle de leurs conditions d'exercice (p. ex. nombre minimal de signatures [2] et délai de récolte [3]) doivent respecter les exigences de garantie des droits politiques imposées par l'art. 34 al. 1 Cst.

1. L'objet des droits populaires

La problématique. – Les cantons et les communes sont en principe libres de définir l'étendue concrète des droits politiques régionaux qu'ils instituent par voie légale ou par voie conventionnelle⁵⁰.

873

Cette affirmation, qui vaut de manière absolue s'agissant d'éventuels droits politiques intercantonaux, mérite d'être quelque peu nuancée s'agissant des droits politiques intercommunaux, dès lors que leur introduction est imposée par le droit cantonal supérieur. En effet, lorsqu'ils sont appelés à définir l'objet des droits de référendum ou d'initiative populaire imposés par le droit cantonal supérieur, les législateurs cantonaux et, le cas échéant, les communes ne peuvent vider ces droits de leur contenu en restreignant à l'excès leurs champs d'application matériels⁵¹. Le principe découle directement de l'art. 34 Cst., lequel garantit l'effectivité des droits politiques, même intercommunaux. Reconnaissons également que procéder à une « démocratisation de façade » contreviendrait à l'esprit du droit cantonal supérieur qui entend véritablement améliorer la légitimité démocratique de la collaboration intercommunale par la reconnaissance de droits politiques régionaux.

Une réglementation par analogie. – L'octroi de droits politiques intercommunaux tend à compenser – en partie du moins – le fait que les citoyens ne peuvent plus forcément exercer leurs droits politiques au niveau communal dans les domaines qui font l'objet d'une collaboration intercommunale (sur la question aussi, *supra* N 232 et 776). Lorsque les cantons ou les communes délimitent l'objet des droits populaires intercommunaux, ils doivent donc partir de la prémisse générale selon laquelle l'objet de tels droits politiques doit généralement se rapprocher de celui des droits populaires communaux. Il arrive d'ail-

874

⁵⁰ Voir, expressément, REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 27 s.

⁵¹ Voir, notamment, REGIERUNGSRAT ZH (2012); p. 3; CONSEIL D'ÉTAT FR (2006), p. 129.

leurs que les constitutions cantonales – comme celle du canton de Zurich – prévoient explicitement que les droits populaires garantis au niveau communal doivent l'être « par analogie » au niveau des associations de communes⁵². Lorsqu'ils règlent eux-mêmes le contenu des droits politiques intercommunaux, les législateurs cantonaux suivent régulièrement cette même logique sans qu'ils y aient été obligés expressément sur le plan constitutionnel⁵³.

875 *La marge d'appréciation.* – Il n'en demeure pas moins que les autorités, qu'elles soient cantonales ou (inter)communales, jouissent, sur le principe, d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles concrétisent l'objet des droits politiques intercommunaux⁵⁴. Elles ne sont pas forcément contraintes de « reproduire » au niveau intercommunal tous les droits politiques communaux, quel que soit leur forme ou leur objet, mais peuvent les aménager en fonction des circonstances.

À vrai dire, la question de la définition de l'objet des droits de référendum et d'initiative populaire régionaux n'est pas sans rappeler celle des mandats généraux de démocratisation des organisations intercommunales consacrés par les constituants cantonaux à l'attention des législateurs cantonaux (sur la question, *supra* N 860). Il convient notamment de tenir compte du fait que l'octroi de droits de participation – et notamment leur étendue – ne doit pas mettre en péril la fonctionnalité des organisations régionales, étant précisé que la collaboration intercommunale se justifie, notamment, par le fait qu'elle permet d'exécuter plus efficacement certaines tâches publiques⁵⁵. De même, il ne faut pas oublier qu'une commune et une organisation intercommunale diffèrent fortement l'une de l'autre⁵⁶ et qu'en particulier, une organisation intercommunale jouit de compétences déléguées qui sont, par définition, limitées, et, parfois, d'importance

⁵² Art. 93 al. 2 Cst. ZH.

⁵³ Voir, en particulier, art. 132 al. 2 LCo NE, selon lequel « [l']article 128 [applicable au référendum communal] s'applique par analogie à l'objet du référendum [intercommunal] »; aussi art. 112 al. 2 LEDP VD.

⁵⁴ Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2009.00351 du 4 novembre 2009, consid. 5.4.1; Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 14 ad art. 93 Cst ZH.

⁵⁵ Dans ce sens, EICHENBERGER (1986), N 16 ad art. 108 Cst. AG.

⁵⁶ Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2009.00351 du 4 novembre 2009, consid. 5.3.1; voir aussi REGIERUNGSRAT AG (2009), p. 22: « Zwischen den Verbänden gibt es grosse Unterschiede. So ist ein Verband von vier Gemeinden, die ihre Musikschule gemeinsam organisieren, kaum mit einem Verband vergleichbar, der für über 100 Gemeinden eine Kehrichtverbrennungsanlage betreibt. Allenfalls könnte die zwingende Aufnahme der Volksrechte auf gewisse Gemeindeverbände beschränkt werden. Indes ist es schwierig, vernünftige Kriterien für unterschiedliche Regelungen zu formulieren, weshalb darauf verzichtet werden soll. Weiter wurde geprüft, ob das Referendum nur für bestimmte Vorlagen, wie etwa Ausgaben ab bestimmter Höhe, Satzungsänderungen, Erlass von Reglementen vorzusehen sei. Denkbar wäre auch ein obligatorisches Referendum für bestimmte Geschäfte. Allerdings ist auch bezüglich dieser Frage festzuhalten, dass es an praktikablen und klaren Kriterien fehlt, um die Wichtigkeit

secondaire. Il pourrait ainsi paraître absurde de prévoir une procédure de référendum régional contre des décisions prises par un organe intercommunal, alors même que ces mêmes décisions n'auraient pas été soumises à référendum communal en l'absence de toute collaboration intercommunale (p. ex. réglementation relevant de l'exécutif communal, budget communal).

Le principe du référendum financier intercommunal. – En pratique, la problématique de la définition de l'objet des droits politiques intercommunaux se pose surtout en lien avec le référendum intercommunal et son application en matière financière. À cet égard, il est en principe nécessaire de garantir un droit de référendum financier intercommunal à chaque fois que le droit cantonal impose à la fois un référendum financier au niveau communal et un « droit de référendum » au niveau intercommunal, même s'il ne précise pas la nature – législative et/ou financière – de celui⁵⁷. Un raisonnement semblable peut être appliqué au référendum financier obligatoire, lorsque ce dernier existe au niveau communal⁵⁸.

876

Le seuil du référendum financier intercommunal. – Ce n'est qu'au moment de fixer le seuil de ce référendum financier intercommunal que les autorités communales ou intercommunales compétentes disposent d'une marge de manœuvre. Le droit cantonal supérieur ne le fait pas en règle générale, car la fixation d'une règle générale valable pour toutes les organisations intercommunales du canton n'est pas possible⁵⁹.

877

Il n'est généralement pas opportun de reprendre simplement les seuils prévus au niveau communal, peu importe que ceux-ci correspondent à des valeurs absolues ou à un pourcentage des dépenses effectuées lors du dernier exercice comptable. Les seuils ainsi fixés pourraient se révéler très bas et contraindre l'organisation intercommunale à soumettre un grand nombre de dépenses au scrutin, ce qui risque d'entraver son fonctionnement⁶⁰.

Il est en principe préférable de fixer le seuil des dépenses soumises à référendum en tenant compte de ce qui se fait dans d'autres organisations intercommunales ou, alors, en additionnant les seuils existant dans chacune des communes partenaires⁶¹. Le procédé doit permettre d'éviter que des communes partenaires de l'organisation conventionnelle ne doivent payer une contribution extraordinaire liée à une dépense non soumise à référendum au niveau intercommunal, alors même que le montant de leur contribution dépasse, de manière

eines Entscheids zu definieren und entsprechend die demokratischen Rechte noch weiter zu differenzieren »; REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 28.

⁵⁷ Dans ce sens, REGIERUNGSRAT ZH (2012), p. 2.

⁵⁸ Voir Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 17 ad art. 93 Cst. ZH.

⁵⁹ REGIERUNGSRAT ZH (2012), p. 8.

⁶⁰ Cf. dans ce sens CONSEIL D'ÉTAT FR (2006), p. 129.

⁶¹ Cf. dans ce sens REGIERUNGSRAT ZH (2012), p. 3.

manifeste, un seuil théoriquement soumis à un référendum financier communal. Une telle méthode atteint néanmoins ses limites dans les grandes associations de communes, puisqu'elle pourrait conduire à retenir des seuils extrêmement élevés, lesquels pourraient même s'avérer supérieurs à ceux qui prévaudraient s'agissant d'un éventuel référendum financier cantonal. Le risque est alors que le droit de référendum financier soit vidé de son sens et viole donc l'art. 34 al. 1 Cst.⁶².

2. Le nombre de signatures nécessaire

878 *En général.* – Lorsqu'il s'agit de fixer un nombre minimal de signatures nécessaire à l'aboutissement d'un droit populaire (nombre fixe ou pourcentage du corps électoral), les cantons ou les communes doivent évidemment se demander si elles entendent faciliter ou compliquer l'exercice des droits politiques accordés. Ils jouissent dans ce domaine d'un « *grosser Gestaltungsspielraum* »⁶³. Schématiquement, ils doivent se demander s'ils préfèrent mettre l'accent sur la légitimité démocratique et la protection des minorités au sein de la région ou plutôt favoriser la fonctionnalité de la collaboration régionale⁶⁴.

La tendance pourrait être de vouloir poser des exigences « plutôt strictes » à l'aboutissement des référendums ou des initiatives afin de permettre aux organisations régionales une prise de décisions efficace⁶⁵. L'essentiel consisterait

⁶² Voir, par exemple, SERVICE DES COMMUNES FR (2008), p. 32. À notre sens, la norme cantonale ou intercommunale qui fixerait un seuil de dépenses trop élevé n'a pas d'effet juridique. Il convient de considérer que toute nouvelle dépense d'investissement peut faire l'objet d'un vote populaire intercommunal. C'est la solution qui était prévue par l'art. 165 LCo FR pour les associations de communes fribourgeoises qui n'ont pas fixé de montant pour le référendum facultatif. Elle peut prévaloir – en droit fribourgeois à tout le moins – lorsque le montant prévu est trop élevé à l'aune de la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.).

⁶³ REGIERUNGSRAT ZH (2012), p. 2.

⁶⁴ Voir, p. ex., REGIERUNG SG (2008), p. 33.

⁶⁵ CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2007), p. 42. Nous l'avons vu, l'argument se justifie sur le plan juridique dans la mesure où la collaboration régionale vise précisément une exécution efficiente de certaines tâches publiques cantonales ou communales et qu'il convient d'adapter les droits politiques aux caractéristiques spéciales des organisations régionales. Voir aussi REGIERUNGSRAT ZH (2012), p. 7: « *Die interkommunale Zusammenarbeit ist im Vergleich zur innerkommunalen Aufgabenerledigung seit je das Ergebnis einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse an einer kostengünstigeren Aufgabenerfüllung und dem Interesse an der Gewährleistung einer möglichst breiten Mitbestimmung für die Stimmberechtigten der Verbandsgemeinden. Werden die Hürden für die demokratische Mitbestimmung in Zweckverbänden zu tief angesetzt, kann das die angestrebte Kostensenkung gefährden, weil etwa die Handlungsfähigkeit und die damit zusammenhängende Effizienzsteigerung beeinträchtigt werden* »; REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 28.

néanmoins à ne pas entraver de manière disproportionnée l'exercice des droits politiques que l'on accorde⁶⁶.

La pratique en matière intercommunale. – Se fondant sur la similarité qui existe entre les droits politiques communaux et intercommunaux, quelques législateurs cantonaux se sont contentés de calquer les conditions d'exercice des droits politiques intercommunaux sur celles des droits politiques communaux⁶⁷.

Moins sévères, d'autres législateurs cantonaux ont choisi d'exiger un pourcentage de signatures moins important au niveau intercommunal qu'au niveau communal. Ce choix tient compte du constat qu'une organisation intercommunale peut regrouper une population plus importante que certaines (grandes) communes et que, dans ces communes, les initiants et les référendaires peinaient parfois déjà à récolter un nombre minimal de signatures fixé sur la base d'un pourcentage du corps électoral. C'est ainsi qu'en droit neuchâtelois, lors de l'introduction du droit de référendum intercommunal au début des années quatre-vingt, on avait considéré que le pourcentage de 15% de l'électorat communal, qui prévalait alors, devait être ramené à 10% pour le référendum intercommunal⁶⁸.

Ces dernières années, plusieurs législateurs ont même jugé nécessaire d'abaisser le pourcentage nécessaire au niveau intercommunal à moins de 10%⁶⁹. Par exemple, en 2015, le législateur zurichois a codifié la pratique existant dans son canton et fixé la règle selon laquelle le nombre de signatures nécessaires à l'aboutissement d'un référendum intercommunal au sein d'une as-

879

⁶⁶ REGIERUNGSRAT ZH (2013/I), p. 213; DEPARTEMENT DES INNERN AG (1999), 01, p. 17.

⁶⁷ Art. 135i et 135k LCo JU pour le droit de référendum populaire et celui d'initiative populaire au sein du syndicat d'agglomération; art. 123a, 123c, 123d et 123f LCo FR en lien avec l'art. 139 al. 2 LEDP FR pour le droit de référendum populaire et celui d'initiative populaire au sein des associations de communes; art. 28 et 30 LAgg FR en lien avec l'art. 139 al. 2 LEDP FR pour le droit de référendum populaire et celui d'initiative populaire au sein des agglomérations; art. 123 al. 3 LCo VS pour le droit de référendum populaire dans les associations de communes; art. 106y LEDP VD pour le droit d'initiative populaire au sein des associations de communes, des fédérations et des agglomérations; aussi art. 152 al. 3 GG SG.

⁶⁸ Voir COMM. PARL. NE (1980), p. 2304.

⁶⁹ Voir, par exemple, art. 150 al. 1 (2% des citoyens de la conférence régionale) en lien avec l'art. 14 LCo BE (5% des citoyens de la commune); art. 44 al. 1 ch. 2 (5% des citoyens de l'association de communes) en lien avec l'art. 16 al. 2 de la loi thurgovienne sur les communes du 5 mai 1999 (Gesetz über die Gemeinden; GemG TG; RB 131.1; 10% des citoyens de la commune); art. 77a et art. 77b (5% du corps électoral intercommunal) en lien avec l'art. 58 et art. 60 GG AG (10% du corps électoral communal).

sociation de communes ne devait pas dépasser 3% du corps électoral de la région, ni le nombre de 1000 signatures en valeur absolue, étant précisé que le plafond au niveau communal se monte à 3000 signatures⁷⁰.

880

La marge d'appréciation et ses limites. – Lors de la fixation du nombre de signatures requis pour l'aboutissement d'une demande de référendum ou d'une initiative populaire, les autorités compétentes doivent prendre en compte l'ensemble des circonstances. Il s'agit évidemment d'adapter le nombre de paraphes nécessaires au délai de récolte mis à disposition. Les communes et les cantons doivent également être conscients que, selon la jurisprudence fédérale, un nombre de signatures fixé à 10% du corps électoral est considéré comme une condition difficile à réaliser dans une ville de taille moyenne, comme celle d'Aarau, et qu'une organisation régionale réunira souvent plus de citoyens que celle-ci (sur cette jurisprudence, *supra* N 486 s.).

À partir de là, la reprise par analogie d'un nombre de signatures – ou d'un pourcentage – appliqué au niveau communal ne permet pas forcément de garantir l'effectivité d'un droit politique intercommunal, tout comme la reprise d'un nombre de signatures – ou d'un pourcentage – généralement appliqué au niveau cantonal ne permettrait pas d'assurer celle d'un éventuel droit politique intercantonal.

À notre sens, il conviendrait en tout cas de ne pas exiger plus de signatures – en nombre absolu – pour l'exercice d'un droit populaire intercommunal que pour l'exercice d'un droit populaire cantonal, au risque sinon de vider celui-là d'une grande partie de sa substance⁷¹. Il nous semble aussi – au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la pratique habituelle des cantons – qu'il s'avère inconstitutionnel de requérir un nombre de signatures supérieur à 10% du corps électoral, du moins si une telle règle est appelée à s'appliquer à des organisations régionales regroupant plus de dix mille citoyens⁷².

L'inconstitutionnalité du droit vaudois. – Aujourd'hui, le droit cantonal vaudois constitue plus que jamais un mauvais exemple puisqu'il impose en principe un nombre de signatures représentant au moins 20% des électeurs au sein des organisations intercommunales

⁷⁰ Voir art. 159 al. 3 en lien avec 157 al. 4 de la loi zurichoise sur les droits politiques du 1^{er} septembre 2003 (Gesetz über die politischen Rechte; GPR ZH; LS 161) et REGIERUNGSRAT ZH (2013/I), p. 221. La réglementation de l'initiative populaire intercommunale suit la même logique (cf. art. 146 al. 4 GPR ZH).

⁷¹ Dans ce sens, REGIERUNGSRAT ZH (2013/I), p. 213; REGIERUNGSRAT AG (2009), p. 21 s.; COMM. PARL. NE (1980), p. 2304; voir aussi art. 132 al. 1 LDP NE; art. 112 al. 5 LEDP VD; pour un exemple, voir art 36 du règlement type d'organisation (RO) pour les syndicats de communes, teneur au mois de février 2017 (consulté sous www.jgk.be.ch > Communes > Droit communal > Modèles de règlement, le 30 juin 2017).

⁷² Les autorités cantonales zurichoises considèrent déjà qu'exiger un nombre de signatures allant au-delà de 3% au sein d'une association de communes peut passer pour « *fragwürdig* » (REGIERUNGSRAT ZH [2012], p. 3).

(association de communes, fédérations et agglomérations), ce qui représente nettement plus que ce qui prévaut en principe au niveau communal, non seulement dans le canton de Vaud, mais également dans les autres cantons suisses⁷³. Nous reviendrons encore sur cette réglementation vaudoise dont la constitutionnalité est douteuse, tant elle complique l'exercice du droit de référendum intercommunal (*infra* N 889).

Un nombre de signatures calculé à l'échelle régionale. – Le plus souvent, le nombre de signatures nécessaire à l'aboutissement d'une initiative populaire ou d'un référendum intercantonal ou intercommunal s'appréciera à l'échelle régionale. Autrement dit, il suffit en principe que les paraphes récoltés soient l'œuvre de n'importe quels citoyens, dès lors que ceux-ci habitent l'une des communes – ou, le cas échéant, l'un des cantons – membres de l'organisation régionale concernée.

881

Il n'est pas nécessaire de récolter un nombre minimal de signatures auprès de citoyens habitant une ou plusieurs collectivités membres de l'organisation régionale. Théoriquement, toutes les signatures peuvent être récoltées auprès des citoyens d'un seul canton ou d'une seule commune, pourvu que le nombre de paraphes obtenus atteigne celui exigé au niveau régional. Inversement, il ne suffira pas de récolter un nombre de signatures – même relativement important – dans un ou deux cantons ou dans une ou deux communes seulement, si cette récolte ne permet pas d'atteindre le nombre requis à l'échelle régionale.

Un nombre de signatures « par collectivité » ? – Il pourrait être tentant, *a priori*, d'échafauder d'autres règles que celle consistant à requérir un nombre de signatures minimal calculé à l'échelle régionale.

882

Par exemple, les cantons et les communes pourraient exiger qu'un nombre minimal de signatures soit récolté dans chacune des collectivités partenaires. Une telle règle, qui n'a jamais été adoptée jusqu'à présent, empêcherait qu'une initiative ou un référendum n'aboutisse de par la seule volonté des citoyens des grands cantons ou des grandes communes⁷⁴.

Un nombre minimal de citoyens d'une seule collectivité. – De même, on peut envisager qu'il ne faille pas récolter un nombre de signatures calculé à l'échelle régionale, mais qu'il faille rassembler un nombre minimal de signatures – fixe ou variable – auprès des citoyens d'un seul canton ou d'une seule

883

⁷³ Art. 112 al. 3 LC VD. Certes, le droit cantonal valaisan prévoit également qu'un référendum intercommunal ne peut aboutir que si au moins un cinquième – c'est-à-dire 20% – de l'ensemble des électeurs des communes d'une association de communes le demande (art. 123 al. 1 LCo VS). Il n'en demeure pas moins que cette règle peut être interprétée de manière constitutionnelle dans la mesure où les statuts peuvent abaisser cette quote-part jusqu'à un dixième – c'est-à-dire 10% – des électeurs ou à 1000 électeurs (art. 123 al. 2 LCo VS).

⁷⁴ Par ailleurs, l'exigence d'un nombre minimal de signatures par canton ou par commune permettrait également d'anticiper les chances de succès d'éventuelles votations se déroulant à la double majorité.

commune. Une telle règle signifie très concrètement qu'une initiative populaire régionale ou qu'un référendum régional pourrait aboutir du fait de la seule volonté des citoyens d'une seule collectivité partenaire, même si celle-ci est peu peuplée. Elle revient en fait à créer des sortes de « droits politiques cantonaux ou communaux de portée régionale ».

Quelques exemples. – La nouvelle réglementation genevoise entrée en vigueur en 2015 se distingue sur ce point nettement des autres réglementations cantonales. Au sein des communautés de communes, qui représentent une forme d'association de communes, les délibérations du conseil intercommunal sont soumises à un vote intercommunal, si la demande en est faite, dans l'une ou l'autre commune, par le nombre d'électeurs requis dans cette même commune pour demander un référendum municipal⁷⁵. Une solution similaire est parfois proposée en matière intercantonale. C'est ainsi que TANQUEREL évoque la possibilité de prévoir « un nombre minimal de signatures à réunir par canton, ce chiffre variant en fonction du nombre d'électeurs inscrits dans chaque canton partie au concordat »⁷⁶. C'est également ce que prévoyait l'avant-projet d'accord-cadre développé par un groupe de travail en vue de la RPT en ce sens qu'« *[e]ine Initiative oder ein Referendum ist zustande gekommen, wenn eine nach kantonalem Recht festgelegte Zahl von Kantonsbürgern das Begehren unterzeichnen* »⁷⁷.

884

Critique. – Les réglementations spéciales qui viennent d'être exposées apparaissent problématiques à l'aune de l'égalité du poids électoral et de celle des chances électorales (sur les deux notions, *supra* N 492 ss). En effet, elles pourraient conduire à ce que certaines demandes de référendum ou certaines initiatives populaires n'aboutissent pas, bien que les initiants ou les référendaires aient récolté un nombre absolu de signatures largement supérieur à celui qui aurait théoriquement pu suffire. Le risque d'une inégalité des droits politiques apparaît manifeste puisque l'aboutissement d'une initiative ou d'une demande de référendum ne dépend pas exclusivement du nombre de citoyens qui ont accepté d'y souscrire, mais également du domicile de ceux-ci.

La question de la constitutionnalité de telles « inégalités »⁷⁸ présente de larges similitudes avec la problématique des votations à la double majorité que nous traiterons plus loin (*infra* N 900 s.).

⁷⁵ Cf. art. 71 LAC GE.

⁷⁶ Voir notamment TANQUEREL (2001), p. 31.

⁷⁷ Commentaire de l'art. 8 de l'avant-projet (cf. GROUPE DE PROJET RPT 2 [1997]).

⁷⁸ Le terme d'« inégalités » est, à vrai dire, juridiquement impropre. Il faudrait parler de « différences de traitement » (*Ungleichbehandlungen*), lesquelles ne constituent des « inégalités » que si aucune raison pertinente ne les justifie, ce que nous n'avons justement pas encore examiné. Le terme d'inégalité est néanmoins utilisé dans la présente contribution, parce qu'il est, à notre sens, davantage parlant et est utilisé par le Tribunal fédéral lui-même pour la problématique des droits politiques (cf., entre autres, ATF 103 Ia 603).

3. Le délai de récolte des signatures

En général. – La réglementation du délai exact pour récolter les signatures nécessaires à l'aboutissement d'une demande de référendum ou d'une initiative populaire relève essentiellement de l'appréciation politique des autorités cantonales et communales qui entendent accorder un tel droit. D'un côté, la fixation d'un délai assez long encouragera l'exercice des droits politiques régionaux. De l'autre, la fixation d'un délai plutôt court favorisera un fonctionnement efficace de l'organisation régionale, en permettant notamment une entrée en vigueur plus rapide des actes adoptés en son sein⁷⁹.

885

Les cantons et les communes ne doivent *a priori* respecter aucun délai minimal absolu lorsqu'ils fixent le temps à disposition des citoyens qui entendent déposer une demande de référendum ou une initiative populaire⁸⁰. Il leur appartient toutefois de tenir compte de l'ensemble des circonstances et, spécialement, du nombre de signatures requis, et de s'assurer que le délai de récolte impartit n'empêche pas un exercice effectif des droits populaires octroyés.

La nécessité d'un long délai ? – Au moment de fixer le délai de récolte des signatures, les cantons et les communes seraient bien inspirés de tenir compte, entre autres, du fait que l'effectivité des droits politiques régionaux passe obligatoirement – du moins pour l'heure – par la fixation de délais de récolte de signatures assez longs.

886

Remarquons à cet égard que si les demandes de référendums intercommunaux qui aboutissent sont souvent couronnées de succès, très peu sont initiées en pratique⁸¹. Le problème vient du fait que l'exercice effectif des droits politiques régionaux suppose – comme tous les droits politiques – une information

⁷⁹ Cf. CTA (2004), p. 39: « L'absence de participation démocratique est propre à de nombreuses formes actuelles de collaboration intercommunale sectorielle. Afin de pouvoir prendre une décision dans un délai raisonnable, on renonce souvent à des mécanismes décisionnels démocratiques. Il s'agit de pallier ce déficit sans pour autant prolonger la durée de la procédure »; aussi DEPARTEMENT DES INNERN AG (1999), 01, p. 17.

⁸⁰ Seule la fixation d'un délai référendaire qui se révélerait plus court que le délai de recours administratif ou judiciaire contre le même acte régional pourrait apparaître douteuse en soi. Un tel délai ne se justifierait que difficilement au regard de l'intérêt à permettre une action rapide de l'organisation régionale (dans ce sens, REGIERUNGSRAT AG [2009], p. 22: « *Eine erhebliche Verzögerung der Geschäftstätigkeit eines Verbands ist durch die Referendumsfrist von 60 Tagen nicht zu erwarten. Bereits nach geltendem Recht ist nach Verbandsbeschlüssen eine Beschwerdefrist von 30 Tagen abzuwarten [...]* »)

⁸¹ REGIERUNGSRAT ZH (2012), p. 6 s.; REGIERUNGSRAT AG (2009), p. 20: « *Nach Kenntnisstand der Gemeindeabteilung ist es in den letzten Jahren lediglich zu zwei Referenden gekommen, die allerdings zur Folge hatten, dass ein im Verband beschlossenes Geschäft an den Urnenabstimmungen abgelehnt wurde. Von einer Initiative auf Stufe Verband ist nichts bekannt.* »

suffisante de la population⁸². Or, les droits politiques régionaux présentent, par définition, un caractère extraordinaire et sont largement méconnus de la population. Ils portent également sur des domaines et des actes qui pâtiennent très généralement d'un large défaut d'information au sein de cette même population.

À partir de là, le travail que devront fournir les éventuels comités d'initiative ou les comités référendaires en termes d'organisation et d'information sera par essence plus important au niveau régional qu'aux autres niveaux, notamment cantonal ou communal. Le fait d'octroyer un délai équivalent à l'un de ces autres niveaux pour récolter un nombre équivalent de signatures revient donc, en réalité, à durcir sévèrement les conditions d'exercice des droits politiques régionaux⁸³.

887 *La pratique.* – À vrai dire, les législateurs cantonaux ont régulièrement estimé qu'il était nécessaire de prévoir un délai de récolte des signatures plus long au niveau intercommunal qu'au niveau communal, ne serait-ce que parce que le nombre de signatures à réunir est en valeur absolue plus élevé au niveau intercommunal qu'au niveau communal⁸⁴. À titre illustratif, dans le canton de Berne, l'exercice du droit de référendum intercommunal au sein des conférences régionales est soumis à des conditions d'exercice moins strictes que celles prévalant pour le droit de référendum populaire communal : seul 2% des électeurs de la région – contre 5% des électeurs communaux – peuvent soulever un référendum contre une décision ou un règlement de l'assemblée régionale dans un délai de 90 jours, c'est-à-dire dans un délai allongé de 60 jours par rapport à ce qui prévaut au niveau communal⁸⁵. Et la réglementation bernoise passe pour « plutôt stricte »⁸⁶ !

888 *Conclusion intermédiaire.* – En somme, à notre sens, si le nombre de signatures nécessaire au niveau intercommunal est calqué sur celui généralement nécessaire au niveau communal, le délai maximal imparti pour réunir ces signatures doit être supérieur – ou du moins égal – à celui qui est habituellement

⁸² Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 21 ad art. 93 Cst. ZH, qui écrit que « *Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten im Verbandsgebiet bedingen jedoch eine gewisse Transparenz der Gemeindefkooperationen* ».

⁸³ Dans ce sens, REGIERUNGSRAT AG (2009), p. 22.

⁸⁴ Voir, par exemple, art. 133 LCo NE qui renvoie au délai de 90 jours valables au niveau cantonal et non à celui de 40 jours valable au niveau communal; art. 123d al. 2 LCo FR et aussi art. 30 al. 3 LAgg FR prévoyant que « [l]es règles de la loi sur l'exercice des droits politiques relatives au référendum en matière communale sont applicables par analogie. Toutefois, le délai pour le dépôt de la demande de référendum est de soixante jours ».

⁸⁵ Cf. art. 150 al. 1 LCo BE en comparaison avec art. 14 LCo BE.

⁸⁶ CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2007), p. 42, considérant également qu'« 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 ».

prévu au niveau communal⁸⁷. Le même principe devrait prévaloir au niveau intercantonal le jour où des droits populaires apparaîtraient à ce niveau. Il devrait prévaloir *a fortiori* dans les cas où le nombre de signatures requis au niveau intercommunal ou intercantonal s'avérerait nettement supérieur à ce qui est habituel au niveau communal, respectivement cantonal.

L'inconstitutionnalité du droit vaudois. – C'est ainsi que l'on doutera fortement de la constitutionnalité de la réglementation vaudoise. Celle-ci, impose non seulement une récolte d'un nombre inhabituellement élevé de signatures, mais aussi dans un temps relativement court. La demande de référendum au niveau intercommunal doit réunir un nombre de signatures représentant au moins 20% des électeurs de l'ensemble des communes associées, et ce en 20 jours seulement, soit encore plus rapidement qu'au niveau communal (sur la question, *supra* N 490 s.)⁸⁸. Opérons une autre comparaison. Dans le canton de Vaud, bien que le nombre de signatures requis soit plafonné à 10 000 au sein d'une organisation intercommunale qui regrouperait plus de 50 000 citoyens, l'aboutissement d'un référendum à ce niveau est nettement plus difficile que la demande de référendum au niveau cantonal. Celle-ci nécessite la récolte de 12 000 signatures, mais dans un délai de quarante jours et parmi plus de 400 000 électeurs⁸⁹.

Cette sévérité du droit vaudois – contraire à l'art. 34 al. 1 Cst. – est peut-être l'une des raisons pour lesquelles le droit de référendum intercommunal n'a encore jamais été utilisé dans le canton de Vaud alors même qu'il existe depuis 1975⁹⁰.

⁸⁷ Cf. REGIERUNGSRAT AG (2009), p. 22 : « *Als Sammelfrist für das Referendum werden 60 Tage vorgeschlagen. Diese Zahl liegt zwischen den 30 Tagen auf Gemeindeebene und den 90 Tagen auf Kantonsebene. Damit wird berücksichtigt, dass sich die Stimmberechtigten, die ein Referendum ergreifen möchten, zuerst über die Gemeindegrenzen hinweg organisieren müssen, was einige Zeit braucht.* »; cf., dans un sens similaire, COMM. PARL. NE (1980), p. 2304. L'art. 10 al. 2 de l'avant-projet d'accord-cadre développé par un groupe de travail en vue de la RPT prévoyait un délai référendaire intercantonal de 60 jours, ce qui correspond plus ou moins à la moyenne en matière de délai référendaire au niveau cantonal (cf. GROUPE DE PROJET RPT 2 [1997]; aussi *supra* N 489).

⁸⁸ Voir art. 112 et art. 114 LEDP VD en lien avec art. 110a LEDP VD. Ce délai plus court est d'ailleurs qualifié d'« incohérence » par le Conseil d'État vaudois lui-même, qui a déjà eu l'occasion de retenir qu'une uniformisation pourrait être envisageable (voir CONSEIL D'ÉTAT VD [2015], p. 2).

⁸⁹ Art. 112 LEDP VD en lien avec l'art. 84 al. 3 Cst. VD.

⁹⁰ Cf. CONSEIL D'ÉTAT VD (2008), p. 4, où ce dernier « notait » que le droit de référendum existe depuis 1975, mais qu'il n'avait jamais été utilisé, sans en tirer de conclusions.

III. Les modalités des scrutins régionaux

890 *Introduction.* – L'exercice d'un droit politique s'achève ou se concrétise souvent par un scrutin populaire. Il n'en va pas autrement s'agissant d'éventuels droits politiques régionaux. Ceux-ci soulèvent cependant des questions particulières liées à leur nature intercommunale ou, le cas échéant, intercantonale. Ces questions diffèrent selon que les droits politiques régionaux aboutissent à un scrutin que l'on pourrait qualifier de vote décisionnel ou de votation (*Sachabstimmung*) suite à une demande de référendum ou à une initiative populaire (A) ou qu'ils se concrétisent lors d'une élection ou d'un vote électif (*Wahlen* ou *Wahlenabstimmung*) (B).

A. Les votations régionales

891 *La problématique.* – Lorsqu'il s'agit de régler la problématique des scrutins décisionnels au sein d'une organisation régionale (vote référendaire, acceptation populaire d'une initiative, etc.), deux questions se posent au moins.

La première consiste à se demander, très pragmatiquement, quand et comment il convient d'organiser le scrutin dans les différentes collectivités qui font partie de l'organisation. En bref : est-il nécessaire que ce scrutin ait lieu le même jour dans toute la région et selon les mêmes modalités ou peut-on imaginer une votation échelonnée dans le temps selon les collectivités (1) ?

La seconde question à se poser, la plus importante, concerne évidemment la détermination du résultat du vote, c'est-à-dire la manière de définir l'issue positive ou négative d'une votation régionale. En clair : le résultat des votations s'apprécie-t-il forcément à l'aune de la volonté de la majorité des votants ou est-il possible de déroger à l'expression de la majorité populaire en exigeant une majorité qualifiée des votants ou une double majorité des votants et des collectivités (2) ?

1. Le jour et les modalités du scrutin

892 *L'autorité compétente pour décider du jour scrutin.* – En l'absence de réglementation contraire, le pouvoir de décider du jour et des modalités d'un scrutin régional revient à l'organisation régionale conventionnelle concernée.

Le principe qui précède découle du fait qu'il incombe à un organe régional de garantir l'unité de la procédure de vote et ainsi d'éviter des résultats contradictoires (p. ex. nécessité de formuler une question soumise au vote identique,

documentation identique)⁹¹. Dans la mesure où il appartiendrait à chacune des communes ou à chacun des cantons membres d'une organisation régionale de mettre en œuvre les scrutins régionaux intercommunaux, respectivement intercantonaux, il existerait en effet le risque que de tels scrutins aient lieu des jours différents et/ou en suivant des modalités différentes dans les communes et cantons partenaires (p. ex. vote en assemblée populaire à la place d'un vote par les urnes).

L'obligation d'un vote simultané. – À vrai dire, même si les collectivités partenaires devaient être en charge de l'organisation d'un scrutin intercommunal ou intercantonal, elles ne jouiraient de toute façon pas du pouvoir de fixer, de manière indépendante, le jour du scrutin sur leur territoire. D'une part, un vote différé dans le temps n'encouragerait pas l'émergence d'une conscience régionale que la mise en place d'une organisation intercommunale ou intercantonale démocratique tend – ou tendrait – pourtant à favoriser⁹². D'autre part et surtout, il emporterait le risque évident que la population des divers cantons ou des diverses communes qui voterait plus tard soit influencée par les résultats des scrutins qui auraient déjà eu lieu dans d'autres communes ou dans d'autres cantons⁹³. À partir de là, il serait difficile d'assurer la formation d'une volonté du « corps électoral régional » qui soit totalement indépendante et, surtout, qui apparaisse comme son expression fidèle et sûre.

La réglementation en pratique. – Les considérations qui précèdent – lesquelles valent tant au sein d'une organisation intercommunale qu'au sein, le cas échéant, d'une organisation intercantonale⁹⁴ – trouvent un écho dans la pratique. Il n'est pas rare que l'obligation de procéder à un vote populaire simultané dans toutes les communes membres d'une organisation régionale conventionnelle fasse l'objet d'une consécration expresse par les législateurs cantonaux⁹⁵. Une telle obligation ressort d'autres fois implicitement du droit cantonal qui prévoit, çà et là, que les votations régionales sont soumises aux mêmes règles que les

⁹¹ Voir dans ce sens, ATF 94 I 525, consid. 8, s'agissant du pouvoir de l'assemblée constituante intercantonale de décider du jour et des modalités du scrutin portant sur le projet de constitution cantonale en vue de la fusion des cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne.

⁹² Dans ce sens, CTA (2004), p. 57.

⁹³ Dans le même sens, CONSEIL D'ÉTAT FR (2006), p. 129; voir aussi REGIERUNGSRAT LU (1977), p. 255, à propos de l'obligation de procéder à un vote par les urnes sur tout le territoire intercommunal, à l'exclusion d'un vote par le biais d'assemblées communales.

⁹⁴ Voir d'ailleurs art. 8 al. 3 de l'avant-projet d'accord-cadre développé en vue de la RPT (cf. GROUPE DE PROJET RPT 2 [1997]), selon lequel « *Volksabstimmungen werden durch die Agglomerationsverkehrskommission angeordnet* » et que « *sind in allen beteiligten Kantonen zum gleichen Termin im Urnenverfahren durchzuführen* ».

⁹⁵ Voir, pour des exemples, art. 123f al. 1 LCo FR; art. 18 al. 2 LAgg FR; art. 135h al. 2 LCom JU.

votations cantonales ou communales – lesquelles se déroulent en une fois sur tout le territoire concerné – ou qu'il appartient à un organe régional ou cantonal de fixer les dates des scrutins régionaux⁹⁶.

895

Excursus : les votes cantonaux ou communaux sur un objet régional. – Le raisonnement et les règles générales qui nous venons de présenter valent en cas de scrutins régionaux, c'est-à-dire lors de votes réunissant un corps électoral régional. On pourrait se demander si un raisonnement et des règles similaires ne devraient pas être adoptés en cas de votations cantonales ou communales portant sur un objet régional. On pensera évidemment aux votations cantonales ou communales qui ont lieu en vue de l'approbation de conventions organisatrices régionales ou de conventions de fusion.

Reconnaissons que l'organisation de votes cantonaux ou communaux simultanés peut s'avérer souhaitable dans certains cas, dans la mesure où la population cantonale ou communale peut se sentir contrainte d'approuver – ou tentée de rejeter – une convention que la population d'une autre collectivité a déjà approuvée ou rejetée. Il n'en demeure pas moins que d'un point de vue juridique, il s'agit là d'une influence admissible, propre à tout scrutin portant sur une problématique de relations extérieures.

Un vote simultané ne s'impose donc pas lors de votations cantonales ou communales portant sur un objet régional, à moins bien sûr qu'une règle de droit ne le prescrive expressément. De telles règles existent parfois, comme celle que les deux demi-cantons bâlois ont convenu à l'art. 14 *Behördenzusammenarbeit BS/BL* et qui prévoit que « *[d]ie Abstimmungen über partnerschaftliche Vorlagen sind in den beiden Kantonen gleichzeitig durchzuführen* »⁹⁷. Dans les autres cas, il est possible que des cantons et des communes préfèrent attendre l'issue d'une autre votation cantonale ou communale sur un objet régional avant d'organiser un scrutin à leur niveau sur le même objet. Ils peuvent aussi choisir de ne pas procéder à un vote simultané pour de simples raisons de calendrier⁹⁸.

⁹⁶ Voir, notamment, art. 133 LCo NE, qui prévoit que les dispositions relatives au référendum facultatif cantonal sont applicables par analogie au référendum intercommunal, respectivement art. 29 al. 1 let. n de l'ordonnance bernoise sur le règlement d'organisation des conférences régionales du 24 octobre 2007 (OROCR BE; RSB 170.212), qui dispose que le directoire de la conférence ordonne les votations régionales sur les initiatives, sur les référendums ou sur la dissolution de la conférence régionale; aussi art. 9 al. 2 LAgg FR, selon lequel « [l]e président de l'assemblée constitutive fixe la date du scrutin qui doit être la même pour toutes les communes »; aussi art. 123 al. 1 LCo VS; art. 116 al. 2 LEDP VD selon lequel le préfet ordonne la votation intercommunale dans les deux mois qui suivent le dépôt des listes.

⁹⁷ C'est également cette règle qui prévaut régulièrement en matière de votation communale portant sur une éventuelle fusion avec d'autres communes (voir art. 10 al. 2 LEDP VD).

⁹⁸ Voir, pour un exemple, CONSEIL D'ÉTAT VD (2002), p. 8302, à propos de la votation sur un éventuel processus de fusion entre le canton de Vaud et de Genève.

2. La détermination du résultat

Le principe : la majorité simple des votants. – Le résultat d'un scrutin qui intervient au sein d'une organisation régionale, suite à l'aboutissement d'un référendum régional ou d'une initiative populaire régionale, doit se déterminer, en règle générale, à la majorité des voix valablement exprimées dans l'ensemble des communes partenaires ou des cantons associés. Le droit vaudois et le droit genevois prévoient ainsi que le résultat du scrutin intercommunal suit la majorité des suffrages valablement exprimés dans l'ensemble des communes⁹⁹. Cette solution prévaut évidemment en l'absence de toute règle contraire, en tant qu'expression la plus pure du principe démocratique et de l'égalité des droits politiques (*supra* N 494).

896

L'unanimité des collectivités partenaires. – Il n'est pas exclu de déroger au système de la majorité simple de votants à l'échelle régionale. Le droit supérieur ou, le cas échéant, la convention organisatrice régionale peut en particulier stipuler qu'une mesure ou un acte régional n'est approuvé par référendum – ou qu'une initiative n'est acceptée par votation – que pour autant qu'une majorité des votants ait voté en ce sens dans chacune des communes partenaires, respectivement dans chacun des cantons partenaires¹⁰⁰.

897

Une telle règle avantage évidemment les citoyens des petits cantons ou des petites communes qui peuvent plus facilement faire « blocage » lors d'un scrutin. Prévoir qu'une mesure n'est opposable aux collectivités partenaires que si celles-ci l'ont toutes acceptée démocratiquement lors d'une votation n'est toutefois pas contraire à l'égalité du poids électoral des électeurs¹⁰¹. La votation régionale organisée n'a en fait de « régionale » que le nom. Ce n'est en réalité pas un « corps électoral régional » qui s'exprime, mais le corps électoral de chaque collectivité prise individuellement¹⁰². L'approbation de chaque collectivité partenaire, par le biais d'un vote en ce sens, peut représenter, pour reprendre les termes d'HANGARTNER et de KLEY, « *eine sachlich vertreibare oder sogar rechtlich gebotene Vorraussetzung der demokratischen Beschlussfassung* »¹⁰³.

En l'absence de réglementation contraire de niveau constitutionnel, le principe s'impose même à chaque fois qu'il s'agit de voter sur une modification essentielle de la convention organisatrice régionale (*infra* N 1088 ss).

⁹⁹ Art. 116 al. 4 LEDP VD et art. 71 al. 2 LAC GE.

¹⁰⁰ Voir aussi art. 8 al. 7 de l'avant-projet d'accord-cadre développé en vue de la RPT (cf. GROUPE DE PROJET RPT 2 [1997]), selon lequel « *[e]ine Initiative oder reine Referendum ist angenommen, wenn die Stimmberechtigten aller beteiligten Kantone zustimmen* ».

¹⁰¹ HANGARTNER/KLEY (2000), N 1359; aussi sur la question, SALADIN (1983), p. 271-288.

¹⁰² Sur l'organisation de votes cantonaux ou communaux à propos d'un objet régional, voir aussi *supra* N 895.

¹⁰³ HANGARTNER/KLEY (2000), N 331.

L'exemple du droit fribourgeois. – Nous citerons ici l'art. 29 LAgg FR selon lequel « [l]e corps électoral doit se prononcer sur de nouvelles tâches importantes de l'agglomération », mais que « [l]a décision doit être approuvée par toutes les communes membres et par la majorité des citoyens votants ».

898 *La majorité des collectivités.* – La pratique et la doctrine ont développé d'autres solutions que l'on pourrait être tenté de qualifier improprement d'« intermédiaires », mais qui ne doivent pas être confondues, ni rapprochées des deux précédentes dès lors que leur constitutionnalité est douteuse, comme nous le verrons (*infra* N 900 s.). L'une d'entre elle, proposée par TANQUEREL, mais inconnue par la pratique, consisterait, par exemple, à déterminer le résultat d'une votation régionale en fonction de la majorité des collectivités partenaires prises individuellement ou affectées d'un coefficient de pondération, les « voix », pondérées ou non, des collectivités suivant le vote de la majorité de leurs citoyens (majorité des collectivités)¹⁰⁴.

899 *La double majorité des votants et des collectivités.* – Une autre solution consiste à exiger une double majorité des votants et des collectivités membres de l'organisation régionale¹⁰⁵. Contrairement à la précédente, elle est extrêmement répandue en pratique au niveau intercommunal. Comme nous l'avons vu en première partie, les législateurs cantonaux bernois, fribourgeois et jurassien imposent des votations à la double majorité au sein des conférences régionales, des agglomérations et des syndicats d'agglomérations (sur la question, *supra* N 179 ss). Des votations à la double majorité sont aussi permises, voire imposées par d'autres droits cantonaux au sein des associations de communes, étant entendu que de telles règles sont aussi prévues dans les associations de communes situées dans des cantons dont le droit ne contient aucune prescription spécifique¹⁰⁶.

900 *Le risque d'inégalités des droits politiques.* – Soulignons toutefois que la réglementation qui vient d'être présentée, bien qu'extrêmement répandue, n'est, théoriquement et fondamentalement, pas conforme au principe d'égalité des droits politiques¹⁰⁷. Elle ne l'est pas plus que ne le serait le fait de prévoir des votations à la double majorité au niveau cantonal ou communal. En effet, elle crée obligatoirement des inégalités de poids électoral importantes entre les citoyens des grandes communes et ceux des petites communes, et cela au profit

¹⁰⁴ Voir TANQUEREL (2001), p. 32.

¹⁰⁵ OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 58; CTA (2004), p. 57; LINDER (2012), 208.

¹⁰⁶ Voir notamment art. 123 f al. 2 LCo FR; art. 123 al. 4 LCo VS; art. 44 al. 2 GemG TG; GE-MEINDEAMT ZH (2009), p. 11; aussi art. 53 al. 1 let. b a GG GR.

¹⁰⁷ Nous avons déjà exposé une partie des considérations qui suivent dans un article publié en 2013 et intitulé *L'égalité des droits politiques : enjeux et limites des réformes territoriales* (voir JEANNERAT [2013], p. 193-195).

des seconds¹⁰⁸. Nous renvoyons ici à ce que nous avons développé en deuxième partie de thèse à propos des implications pratiques du principe d'égalité des droits politiques au niveau cantonal et communal (*supra* N 494 ss).

Deux exemples pratiques. - S'il l'on prend l'exemple d'Agglo Fribourg au moment de sa création, un citoyen habitant le village de Matran avait un poids électoral vingt-cinq fois plus important qu'un citoyen habitant la ville de Fribourg lors de futures votations régionales. Théoriquement, plus ou moins 7% de la population répartis dans les cinq plus petites communes de l'agglomération auraient pu décider de l'issue négative de certaines votations. Le risque qu'une minorité de la population décide de l'issue des scrutins régionaux n'est pas que théorique. Le canton de Berne a d'ailleurs vécu un exemple particulièrement illustratif de cette inégalité lors du processus de création de la conférence régionale Thun-Oberland West : la création de celle-ci a été rejetée, alors même que 56.7% des votants l'ont acceptée, parce que trente petites communes (en comptant une égalité) sur cinquante-cinq l'ont rejetée. Dans le seul arrondissement administratif de Thoune ayant enregistré près de 14 000 votants et près de 65% de votes favorables, seuls 746 votants ont suffi à faire basculer du côté du non treize communes sur les trente-cinq que comptait l'arrondissement¹⁰⁹.

Critique. – L'exigence de double majorité dans le cadre de votations régionales ne soulève étonnamment aucun doute d'inconstitutionnalité dans la doctrine¹¹⁰. Les Chambres fédérales et le Conseil fédéral n'ont quant à elles pas bronché non plus lorsqu'il a été question d'offrir la garantie fédérale à la disposition constitutionnelle bernoise prévoyant précisément des votations à la double majorité au sein des conférences régionales. À vrai dire, la doctrine juridique et les autorités politiques ne semblent même pas être conscientes des inégalités de poids électoral engendrées par une telle règle de double majorité. L'on concède tout au plus, très rarement, que la question de savoir à quelles conditions et dans quelle mesure un projet pourrait être considéré comme accepté dans le cadre d'une votation à l'échelle régionale, le cas échéant à la double majorité, « doit encore être clarifiée »¹¹¹.

Pourtant, manifestement, en l'absence de reconnaissance expresse en droit fédéral, le phénomène de « fédéralisation » des votations régionales devrait soulever des doutes sérieux quant à sa constitutionnalité. Il incombera à terme aux

901

¹⁰⁸ C'est peut-être pour cette raison que le Prof. Jean-François Aubert imagine lui, au niveau intercantonal, qu'« une possibilité de référendum soit accordée au corps électoral soit de chaque canton partie à la convention, soit de l'ensemble des cantons contractants » (Congrès SSJ-AUBERT [1969], p. 1086, mise en évidence par nos soins).

¹⁰⁹ Cf. NUSPLIGER (2011), p. 11 ; voir également les résultats de la circonscription consultables le 30 novembre 2011 sur www.jgk.be.ch/jgk (> SACR > Introduction des conférences régionales).

¹¹⁰ Voir notamment Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 15 ad art. 93 Cst. ZH; TANQUEREL (2001), p. 32.

¹¹¹ CTA (2004), p. 57.

autorités judiciaires de déterminer si le procédé viole fondamentalement le principe d'égalité des droits politiques ou si les particularités de l'organisation conventionnelle justifient une nouvelle appréciation – extrêmement modérée et pragmatique – de la question de la constitutionnalité des inégalités des droits politiques, à contresens de la jurisprudence développée ces dernières décennies par les autorités fédérales.

Cette question fondamentale fera l'objet d'une thèse particulière en fin de travail (voir *infra* N 1156 ss).

B. L'élection régionale des délégués

902 *La problématique.* – À l'instar des scrutins décisionnels régionaux, les scrutins électifs au sein d'une organisation régionale soulèvent au moins deux questions importantes sous l'angle du respect de l'égalité des droits politiques.

La première consiste à s'interroger sur la possibilité – voire l'obligation – de découper la « région » en circonscriptions électorales et sur la manière dont il convient de répartir les sièges entre ces dernières (1). La seconde est de déterminer le système électoral – proportionnel ou majoritaire – qu'il convient d'adopter au sein des différentes circonscriptions (2).

1. Les circonscriptions électorales

903 *Le principe : la création de circonscriptions.* – En cas d'élection directe d'une autorité régionale, la première question qui se pose est celle de déterminer si le territoire régional, qu'il soit intercantonal ou intercommunal, représentera une seule circonscription électorale ou s'il convient de le découper en plusieurs circonscriptions électorales.

Le plus souvent, les autorités politiques pencheront pour la solution selon laquelle chaque commune ou chaque canton membre de l'organisation régionale représente une circonscription propre. À vrai dire, une telle solution s'imposera sur un plan constitutionnel également dès lors qu'il s'agit d'élire un organe régional jouissant de compétences importantes (financières, réglementaires, etc.), ce qui sera en pratique le cas d'un organe régional élu. Dans une telle situation en effet, le principe d'égalité des cantons et des communes et, surtout, les principes de souveraineté cantonale et d'autonomie communale commandent que chaque collectivité partenaire soit représentée au sein d'un tel organe (sur la question, *supra* N 650 ss et 718).

L'exception : l'existence d'une base constitutionnelle contraire. – Le droit grison permettait, certes, que des communes se regroupent en une ou plusieurs circonscriptions dans les cas où le conseil régional du syndicat régional (*Regionalverband*) auquel elles

appartenait était élu au scrutin direct¹¹². Toutes les communes n'étaient donc pas forcément représentées au sein du conseil. Cette atteinte au principe d'autonomie communale était néanmoins justifiée d'un point de vue juridique par le fait qu'il existait une obligation constitutionnelle d'appartenir à un *Regionalverband*. L'art. 69 de la constitution cantonale grisonne – aujourd'hui abrogé – prévoyait que « [l]es communes constitu[ai]ent des syndicats régionaux pour accomplir des tâches à caractère régional », soit une véritable obligation d'appartenir à un syndicat appelé à remplir l'essentiel des tâches qui devaient être coordonnées au niveau régional¹¹³. Un raisonnement similaire est applicable en droit saint-gallois. Celui-ci impose *a priori* une seule circonscription en cas d'élection directe du parlement d'une association de communes, ce qui pourrait conduire à ce qu'une commune ne soit pas représentée. Une telle élection pourrait toutefois se fonder sur la constitution cantonale, dès lors que celle-ci semble imposer ou, du moins, autoriser la constitution d'un corps électoral régional unique¹¹⁴.

La répartition des sièges par circonscription. – Reconnaître que chaque canton ou que chaque commune représente une circonscription électorale au sein d'une organisation régionale permet d'assurer un nombre de sièges minimal à chacun d'eux, respectivement à chacune d'elles, alors même qu'il ou elle n'y aurait pas forcément droit d'un point de vue purement démographique. Dans cette mesure, le procédé peut avantager les citoyens des petites collectivités qui seront surreprésentés au sein de l'organe régional à élire. Inversement, il risque de désavantager les citoyens des grandes collectivités, ce d'autant plus si l'on devait attribuer un nombre de sièges identique à chaque circonscription.

Les inégalités des droits politiques peuvent être justifiées dans une certaine mesure, comme nous l'avons vu en seconde partie de thèse (sur la question, *supra* N 496). Il n'empêche que les distorsions de représentation ne devraient jamais se révéler trop importantes¹¹⁵, car une élection régionale a pour but de permettre une meilleure représentation de la population au sein de l'organe régional, et non une représentativité égale des collectivités. Il convient donc d'attribuer à chacune des circonscriptions un nombre de sièges en tenant compte – dans une mesure minimale – du principe de l'égalité du poids électoral des citoyens de la « région ».

¹¹² Art. 59 al. 3 aGG GR (état au 1^{er} janvier 2013): « *Anstelle der Regionalversammlung kann ein in freier Wahl aus allen stimmberechtigten Verbandseinwohnern gebildetes Regionalparlament treten. Die Statuten regeln den Wahlmodus.* »

¹¹³ Art. 69 aCst. GR, abrogé en votation populaire du 23 septembre 2012, avec effet au 1^{er} janvier 2015 (FF 2013 7047); aussi art. 57 aGG GR (état au 1^{er} janvier 2013); Komm. KV GR-BRÜ-ESCH (2006), N 7 ad art. 69 Cst. GR.

¹¹⁴ Art. 153 al. 1 let. c GG SG en lien avec art. 97 al. 1 Cst. SG, lequel dispose que « [l]es personnes ayant le droit de vote dans les communes membres du syndicat constituent le corps électoral du syndicat ».

¹¹⁵ Voir, de manière générale, sur la question des sièges garantis, WEBER (2016), N 304-306.

En clair, en cas de découpage du territoire régional en plusieurs circonscriptions, chacune de celles-ci devrait se voir attribuer un nombre de sièges proportionnel au nombre de ses habitants ou des citoyens qui l'habitent, étant précisé qu'une distorsion mesurée de représentation est admissible en fonction des circonstances concrètes¹¹⁶.

905 *L'exemple du droit fribourgeois.* – Le législateur fribourgeois a pleinement respecté le cadre juridique que nous venons de décrire au moment de régler la question de l'élection populaire des membres du conseil d'agglomération. La LAgg FR prescrit que lors d'un tel scrutin, qui devrait être expressément prévu par les statuts de l'organisation intercommunale, chacune des communes membres de l'agglomération représenterait une circonscription électorale ayant droit à deux conseillers d'agglomération au moins, tout en précisant que la répartition des sièges entre les communes partenaires devrait tenir compte de la population légale des communes¹¹⁷.

906 *L'élection régionale d'une constituante intercantonale.* – Les considérations qui précèdent valent également dans la mesure où plusieurs cantons concluraient une convention prévoyant l'élection directe de leurs représentants au sein d'une assemblée constituante intercantonale.

Contrairement à ce que l'on retient parfois¹¹⁸, le principe de l'égalité des cantons ne permet pas de partir de la prémisse générale selon laquelle une constituante intercantonale pourrait – ou devrait – toujours être paritaire. Dès lors qu'une convention intercantonale ne se limite pas à fixer le principe de l'instauration d'une constituante intercantonale, mais qu'elle va jusqu'à fixer la règle impérative selon laquelle cet organe intercantonal doit être élu au scrutin direct, elle se doit d'être conforme au – ou, à tout le moins, de tenir compte du – principe d'égalité des droits politiques.

¹¹⁶ Dans la mesure du possible, il s'agit également de tenir compte du fait que l'égalité des droits politiques oblige les collectivités à instituer des cercles électoraux qui sont également d'importance similaire. Cependant, le Tribunal fédéral s'est toujours refusé à fixer une limite sur ce point, contrairement à ce qu'il a fait pour la question du quorum naturel (ATF 136 I 352, consid. 3.5 ; voir aussi la doctrine qui retient que le nombre de sièges de chaque circonscription ne devrait pas différer de plus d'un tiers par rapport au nombre moyen de sièges par circonscription [par exemple rester entre 4 à 8 sièges; voir AUER (2016), N 1141; TSCHANEN/WYSS (2005), p. 15; KÖLZ (1987), p. 31]).

¹¹⁷ Voir art. 19 et 20 LAgg FR.

¹¹⁸ RHINOW (2015), p. 32; WALDMANN, in: REGIERUNGSRAT BL (2013), p. 13. L'Assemblée interjurassienne recommandait également qu'en cas d'éventuelle élection d'une assemblée constituante commune entre le canton du Jura et le Jura bernois, la représentation du Jura bernois et celle du Jura soit paritaire afin de donner un même poids politique aux deux régions (cf. CONSEIL-EXÉCUTIF BE [2013], p. 4).

Soulignons que la pratique politique semble prendre conscience de la nécessité de tenir compte de l'égalité du poids électoral en cas de constituante intercantonale. C'est ainsi qu'une constituante intercantonale bâloise de 150 membres constituée de manière paritaire avait été envisagée dans les années 1930, alors que le canton de Bâle-Ville comptait environ 180 000 habitants et que le canton de Bâle-Campagne en comptait seulement 90 000. De même, la constituante intercantonale créée dans les années 1950 était également composée de 75 élus de chaque canton, alors que le canton de Bâle-Ville comptait alors 200 000 habitants environ et le canton de Bâle-Campagne 150 000 habitants environ¹¹⁹. En revanche, en 2014, lors de la dernière tentative de fusion, on a volontairement tenu compte du poids démographique du canton de Bâle-Campagne – dont la population s'est fortement accrue durant les dernières décennies – en prévoyant que l'éventuelle constituante compterait 75 élus du canton de Bâle-Campagne sur les 125 au total. Il s'agissait là de tenir compte de l'écart de population existant entre les deux cantons, Bâle-Ville n'ayant plus que 190 000 habitants environ alors que Bâle-Campagne en compte désormais près de 290 000¹²⁰.

L'élection directe d'un organe régional paritaire. – Vu ce qui précède, une convention organisatrice régionale devrait généralement éviter d'imposer elle-même l'élection populaire d'un organe paritaire, du moins lorsque les collectivités partenaires qui y seraient représentées ont un poids démographique très différent. Pour éviter tout problème juridique en relation avec le principe d'égalité du poids électoral, elle devrait plutôt laisser les cantons et les communes concernés libres de déterminer la manière dont ils entendent désigner leurs représentants au sein de l'organe régional. Chacun de ces cantons ou chacune de ces communes peut alors choisir de procéder – ou non – à l'élection directe de ses représentants en adoptant, de manière autonome, une base légale cantonale ou communale en ce sens.

907

2. Le système d'élection

La problématique. – L'élection directe des organes régionaux par le biais de circonscriptions peut théoriquement suivre le système de la majoritaire (à un ou deux tours) ou s'effectuer selon le système de la proportionnelle.

908

¹¹⁹ REGIERUNGSRAT BL (2014), p. 9-10.

¹²⁰ REGIOKOMMISSION BS (2014), p. 7: « *Obwohl die Rechtmässigkeit einer paritätischen Zusammensetzung also als gegeben erachtet werden kann, ist die Regiokommission zum Entscheid gelangt, einen im Nachbarkanton oft geäusserten Kritikpunkt aufzunehmen und die Zusammensetzung des Verfassungsrats proportional gemäss Einwohnerzahl festzulegen.* »

En pratique, l'élection régionale des délégués selon le système majoritaire se justifiera sans problème par la volonté d'assurer une représentation directe et équilibrée des collectivités partenaires et du corps électoral régional (sur la constitutionnalité du système majoritaire, *supra* N 500). En comparaison, il semble plus délicat de déterminer si l'introduction d'un système d'élection à la proportionnelle est possible au sein d'une organisation intercommunale dès lors qu'il existerait des circonscriptions de moins de neuf sièges. Rappelons que le Tribunal fédéral considère que les communes ne présentent aucune spécificité historique ou politique qui justifierait une exception à l'interdiction des quorums naturels de plus de 10% (sur la question, *supra* N 498 s.).

909 *L'interdiction des quorums naturels de plus de 10% ?* – Il convient cependant de considérer que la jurisprudence fédérale précitée n'est pas applicable à la problématique des élections intercommunales. Elle a été développée en rapport avec des inégalités relatives à des droits politiques cantonaux ou communaux ; elle ne l'a pas été en rapport avec des inégalités relatives à des droits politiques intercantonaux ou intercommunaux. Il s'agit ici d'apprécier les éventuelles spécificités historiques et politiques d'une commune, non pas en tant que collectivité soumise à la souveraineté cantonale, mais en tant qu'espace politique intégré à une nouvelle organisation régionale¹²¹. Or, les communes présentent assurément des spécificités politiques et historiques importantes au sein des organisations régionales, compte tenu notamment de l'autonomie dont elles jouissent ou jouissaient d'un point de vue organisationnel ou dans l'exercice de leurs compétences cantonales et communales¹²². De telles spécificités apparaissent dignes de protection dès lors que l'organisation régionale exerce – par substitution et selon une démarche de type fédéraliste – essentiellement des compétences qui lui ont été déléguées par les communes qui en sont membres.

910 *Conclusion.* – Vu ce qui précède, il semble possible de justifier, sur le plan juridique, l'application du système électoral de la proportionnelle lors d'une élection régionale, même si ce système devait conduire à des quorums électoraux supérieurs à 10% dans les communes ou les cantons partenaires¹²³. Cette

¹²¹ Cf., pour comparaison, ATF 136 I 352, consid. 4.3: « *Schliesslich kann nicht gesagt werden, dass die Gemeindeautonomie und die den Gemeinden übertragenen Aufgaben ein Mass annehmen, das sich auf das Wahlverfahren auswirken könnte.* »

¹²² Voir, sur le fait que les communes continuent d'exercer leur propre autonomie en cas d'organisation conventionnelle, ATF 95 I 49, consid. 3.

¹²³ En revanche, l'instauration de circonscriptions infracantonales (ou infracommunales) est envisageable uniquement s'il est possible de leur attribuer neuf sièges à pourvoir selon le système de la proportionnelle. Une telle règle pourrait avoir son importance dans le cadre de l'élection d'une assemblée constituante intercantonale. Elle aurait pu poser problème dans le cadre du dernier projet de fusion avorté des deux cantons de Bâle. Par exemple, le canton de Bâle-Campagne n'aurait pas pu élire ses 75 représentants en douze circonscriptions sans mettre en place un système d'associations de circonscriptions, lequel était prévu.

solution existe d'ailleurs en pratique, notamment en droit fribourgeois, en cas d'élection populaire du conseil d'agglomération (voir *supra* N 905)¹²⁴.

IV. Synthèse intermédiaire

Une marge de manœuvre substantielle. – Nous pouvons conclure ce onzième chapitre en affirmant que les cantons, ainsi que les communes dans les limites du droit cantonal, jouissent d'une liberté substantielle face à la problématique générale des droits politiques régionaux. 911

Ce constat vaut tout d'abord quant à la question de savoir s'il convient d'octroyer ou non de tels droits lors de la mise en place d'une organisation régionale conventionnelle, à moins, bien sûr, que la constitution cantonale garantisse directement certains droits populaires intercommunaux ou, alors, qu'elle oblige le législateur à en introduire par le biais d'un mandat législatif (N 857 ss). Il vaut aussi pour la réglementation concrète de ces droits (N 873 ss). Par exemple, le nombre de signatures nécessaires à l'aboutissement d'un droit populaire régionale peut être fixé en tenant compte de considérations éminemment politiques (N 878 ss). Il existe également une marge d'appréciation politique à propos de la question de savoir si l'introduction de droits politiques régionaux doit se fonder – ou non – sur une base constitutionnelle expresse en ce sens (N 851 ss).

La négligence de principes constitutionnels. – Le fait de jouir, sur le principe, d'une marge de manœuvre assez large n'autorise évidemment pas les cantons à négliger, à tout le moins sans justification suffisante, les quelques exigences constitutionnelles auxquelles doit normalement satisfaire tout droit politique. Étonnamment pourtant, cette évidence est souvent ignorée. 912

Nous avons pu constater que la pratique a souvent mis en place – et que l'on envisage encore parfois – des droits politiques régionaux bien peu respectueux des exigences que le Tribunal fédéral et la doctrine ont déduites, entre autres, de l'art. 34 al. 1 Cst. L'exemple le plus frappant représente celui du législateur vaudois qui conditionne l'aboutissement des demandes de référendum intercommunal à des conditions prohibitives qui empêchent tout exercice effectif de ce droit politique (N 889). Mais le phénomène n'est limité à ce canton romand. Quantité de lois cantonales, de même que nombre de conventions intercommunales, ont instauré des règles qui prêteraient grandement l'égalité de poids électoral entre citoyens et qui, pour cette raison, sont normalement prosrites au niveau cantonal. Nous pensons ici spécialement au système très répandu de vote

¹²⁴ Voir art. 20 al. 2 LAgg FR, selon lequel, en cas d'élection populaire, les règles de la loi sur l'exercice des droits politiques relatives à l'élection au conseil général sont applicables par analogie.

à la double majorité – en l'occurrence celle des votants et des communes – au sein des associations de communes et des autres corporations intercommunales similaires (N 899 s.).

Chapitre 12 : Le droit applicable et les principes de légistique régionale

I. Quelques aspects généraux

Introduction. – Au sein d’une organisation régionale conventionnelle (p. ex. association de communes, conférence intercantonale, système d’acquisition de prestations), les entités chargées d’exercer des fonctions étatiques ou d’exécuter des tâches publiques sont appelées à le faire pour le compte de plusieurs collectivités et, parfois même, sur différents territoires cantonaux ou communaux. Cette « transfrontaliarité » fait qu’il n’est pas toujours facile de déterminer les règles de droit qui régissent ou régiront le fonctionnement et les activités de ces mêmes entités, étant précisé que la convention organisatrice régionale ne pourra pas forcément les contenir toutes. 913

À notre connaissance, bien qu’importante, la problématique que nous venons d’énoncer n’a encore jamais été théorisée en droit suisse. L’élaboration d’une théorie générale du droit applicable aux organisations intercantionales et intercommunales – respectueuse de la hiérarchie des normes et des principes constitutionnels de territorialité et de légalité – est pourtant essentielle. Une telle théorie permet en effet de définir des règles de « légistique régionale » auxquelles doivent se conformer les cantons et les communes lors de l’élaboration de conventions intercantionales et intercommunales, en particulier lorsqu’ils décident d’opérer une délégation législative en faveur d’un organe régional (A) ou de renvoyer à des normes existantes de droit fédéral, cantonal ou communal (B).

A. L’adoption de normes intercantionales et intercommunales

La problématique. – La plupart des normes que les cantons et les communes adoptent de manière conjointe lors de la conclusion d’une convention régionale visent à régler le fonctionnement de l’organisation intercantonale ou intercommunale ainsi créée. La difficulté consiste donc moins à savoir si une disposition conventionnelle est applicable dans une situation donnée qu’à déterminer, en 914

amont, ce qui doit figurer dans la convention organisatrice régionale au regard du principe de la légalité (1) ou, inversement, ce qui peut être réglé, au l'aune du même principe, par un acte normatif édicté par une autorité intercantonale ou intercommunale (2).

1. Les normes conventionnelles

915 *La valeur des normes conventionnelles.* – Comme nous l'avons examiné en deuxième partie de thèse, les normes conventionnelles qui ont été approuvées par le corps électoral ou par le législatif des cantons ou des communes partenaires équivalent à des bases légales au sens formel, même si leur contenu a fait l'objet d'une négociation entre les autorités exécutives des différentes collectivités partenaires (sur la question, *supra* N 523). Anticipant un peu sur la suite de la thèse, précisons d'ores et déjà, à toutes fins utiles, qu'il en va de même lorsque les normes conventionnelles n'ont certes pas été approuvées par les autorités cantonales ou communales précitées, mais qu'elles ont été adoptées ou modifiées à l'issue d'une procédure démocratique particulière au niveau régional, procédure qui leur confère une légitimité suffisante pour équivaloir à une loi au sens formel (p. ex. adoption par un conseil intercommunal, soumission à une procédure de référendum intercommunal ; *infra* N 929 ss).

916 *Le contenu de la convention organisatrice.* – La convention doit au moins contenir les normes centrales relatives à l'organisation régionale et à son fonctionnement (le but et l'objet de l'accord, l'organisation générale de la collaboration, la répartition des compétences entre les organes principaux, les contributions financières et les éventuelles indemnités, les modalités d'abrogation et de dénonciation de l'accord, etc.). Dans la mesure où la convention équivaut à une loi au sens formel, elle peut contenir d'autres normes importantes devant habituellement trouver un fondement dans une loi cantonale ordinaire (p. ex. des droits et des obligations pour les particuliers). Sur le principe, l'on peut ainsi imaginer que les cantons et les communes décident de régler dans cette convention l'ensemble des questions que peuvent poser l'organisation et le fonctionnement d'une collaboration régionale donnée, étant entendu que l'on y renonce la plupart du temps pour des raisons de praticabilité.

Cela étant dit, il convient de prendre garde au fait que le droit supérieur consacre peut-être déjà des principes de gouvernance régionale impératifs auxquels il est loisible de renvoyer, mais non de déroger. Nous pensons ici au droit cantonal qui fixe, de manière plus ou moins détaillée, l'agencement des pouvoirs au sein de certaines formes d'organisations intercommunales et le fonctionnement de celles-ci (p. ex. associations de communes), mais également aux conventions-cadres intercantionales qui contiennent des règles d'organisation intercantonale obligatoires.

2. Les normes intercantionales et intercommunales secondaires

La problématique. – En pratique, il est fréquent que les organisations régionales conventionnelles se voient dotées d'organes intercantonaux ou intercommunaux aux compétences législatives plus ou moins larges. L'idée est que ces organes complètent les conventions organisatrices régionales, lesquelles ne règlent que très rarement le fonctionnement des organisations régionales de manière exhaustive. Sur le plan juridique, le procédé pose cependant deux problèmes de légistique distincts. 917

Le premier problème consiste à déterminer les limites constitutionnelles d'une telle délégation législative et, surtout, les conditions que doit remplir la norme de délégation contenue par la convention organisatrice intercantonale ou intercommunale (a). Le second problème est de définir la valeur légale des normes régionales secondaires qui seront adoptées sur la base de cette délégation, c'est-à-dire de savoir si ces normes peuvent équivaloir à des « bases légales formelles » (b).

a. La délégation législative à des organes régionaux

En général. – N'imposant aucune limite s'agissant des destinataires potentiels d'une délégation législative au niveau cantonal (sur la question, *supra* N 540), le droit fédéral n'interdit pas la délégation législative à des organes intercantonaux qu'il autorise même expressément (*supra* N 543 ss). Logiquement et *a fortiori*, il ne proscriit pas non plus la délégation législative en faveur d'organes intercommunaux. 918

Cela étant dit, l'un et l'autre types de délégation législative sont soumis à des régimes juridiques distincts. Alors que la délégation législative à un organe intercommunal n'est habituellement soumise à aucune réglementation explicite et précise à l'aune du droit supérieur (i), le constituant fédéral a jugé utile de fixer quelques limites, plus ou moins précises, à la délégation législative à un organe intercantonal (ii).

(i) La délégation législative au niveau intercommunal

Un procédé admis dans son principe. – Comme la délégation législative en faveur d'un organe intercantonal, la délégation législative en faveur d'un organe intercommunal est possible. Cette faculté découle directement de l'autonomie organisationnelle communale. Ses éventuelles limites, voire son éventuelle interdiction devraient découler expressément du droit cantonal qui, comme on le 919

sait, peut restreindre cette autonomie (sur la question, *supra* N 306)¹. Le fait est cependant que, très fréquemment, le droit cantonal ne contient aucune règle relative aux conditions que devrait respecter la délégation législative en faveur d'un organe intercommunal. Tout au plus précise-t-il çà et là que les compétences législatives d'un organe intercommunal – tel que celles d'un conseil intercommunal d'une association de communes – doivent être prévues par la convention organisatrice intercommunale².

920 *Les conditions à respecter.* – En l'absence de réglementation cantonale expresse, l'on pourrait s'interroger sur les conditions que doit théoriquement respecter une délégation législative faite en faveur d'un organe intercommunal.

On pourrait être tenté de considérer que les limites générales en matière de délégation législative doivent être respectées à chaque fois que les normes intercommunales à adopter ne constituent pas des normes secondaires de pure exécution de la convention organisatrice³. Cela signifierait très concrètement qu'un organe intercommunal ne pourrait adopter de normes primaires – notamment des normes qui consacraient des droits et des obligations à des personnes – que dans des domaines précis délimités par la convention intercommunale et pour autant que celle-ci contienne les principes importants de la réglementation à adopter (voir *supra* N 530).

Toutefois, la conclusion qui précède ne correspondrait pas à l'opinion doctrinale dominante, ni à la pratique adoptée de manière constante jusqu'ici. En effet, la doctrine semble considérer de longue date – et la pratique n'a jamais remis cette opinion en question⁴ – que le problème de la délégation législative ne se pose pas forcément en matière intercommunale, en particulier lorsque le destinataire de la délégation représente un organe intercommunal comme l'assemblée des délégués d'une association de communes ou d'une corporation de communes analogue (conférences régionales, etc.)⁵. La seule condition néces-

¹ Voir, pour un exemple, art. 34f GG BL, selon lequel « [i]n den Statuten kann der Zweckverband ermächtigt werden, ausführende Verordnungen zu bestimmten Sachgebieten zu erlassen. », mais qu'« [i]m Falle von Gebührenverordnungen bezeichnen die Statuten die gebührenpflichtigen Leistungen, den Kreis der gebührenpflichtigen Personen sowie den Gebührenrahmen ».

² Cf. art. 115 ch. 9 LC VD; art. 55 let. d LAC GE; art. 117 al. 2 let. h LCo VS; art. 134 al. 2 let. c LCo BE.

³ Cf., dans ce sens d'ailleurs, GUY-ÉCABERT (2004), p. 93.

⁴ Voir MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 294, lesquels soulignent le peu de jurisprudence fédérale existant en matière de délégation législative au niveau communal.

⁵ PFISTERER (1969), p. 122 s.; cf. aussi SCHENKER (1986), p. 172, et SCHELLENBERG (1975), p. 94; dans le même sens, mais nuancé, STÄHELIN (2007), N 6 ad art. 6 Cst. TG. D'une part, le droit cantonal n'impose pas aux communes de fixer dans les statuts de leurs associations les grandes lignes de règlements à adopter par l'organe intercommunal commun. D'autre part,

saire pour qu'un tel organe puisse se prévaloir de compétences législatives consiste apparemment en l'adoption d'une base légale ou conventionnelle en ce sens, laquelle peut le cas échéant être formulée de manière ouverte⁶.

La *délégation législative comme règle d'organisation*. – Reconnaissons que la délégation législative à un organe intercommunal – qui ne consiste pas en une délégation faite en faveur d'un organe institutionnellement inférieur – ne bouscule pas forcément la répartition interne des pouvoirs au niveau communal. Finalement, pour reprendre l'explication de PFISTERER, les communes effectuent simplement un choix parmi les diverses formes d'organisation permises par le droit cantonal (« *eine Wahl zwischen zwei erlaubten Möglichkeiten* »). Elles adoptent une sorte de droit constitutionnel communal en concluant une convention intercommunale fondant une association de communes (« *ein[en] Akt kommunaler Verfassungsschöpfung* »). 921

À partir de là, l'on peut soutenir que la « délégation » faite en faveur d'un conseil intercommunal ne viole pas le principe de la séparation des pouvoirs, ni le principe démocratique, principes qui justifient que l'on soumette la délégation législative à des conditions strictes. En effet, l'organe intercommunal représente simplement un type d'autorité législative spécialisée (« *eine kommunale "Sonderlegislative"* ») et l'éventuel déficit démocratique engendré ne résulte pas de la délégation législative en elle-même, mais de la constitution préalable de l'association de communes (« *eine Folge der Verbandsbildung* »), laquelle doit parfois être acceptée par le biais d'un référendum obligatoire dans chacune des communes membres (voir *infra* N 1067 s.)⁷.

Conclusion. – En somme, d'un point de vue constitutionnel, les limites à d'éventuelles délégations législatives au niveau intercommunal ne semblent pas forcément découler directement des règles générales applicables en matière de délégation législative, du moins telles qu'elles ont été développées par le Tribunal fédéral. D'éventuelles limites spéciales sont à chercher en droit cantonal – qui n'en fixe la plupart du temps aucune – ou résulteront, le cas échéant, de la valeur légale que l'on prête aux règles intercommunales secondaires (sur la question, *infra* N 931 ss). 922

à notre connaissance, les tribunaux suisses n'ont encore jamais dû se prononcer sur la question du respect des conditions de délégation législative dans le cadre d'une association ou d'un syndicat de communes, faute probablement de griefs soulevés en ce sens.

⁶ Cf., entre autres, THALMANN (1991), N 4.8.1 ad § 7 GG ZH.

⁷ Voir PFISTERER (1969), p. 122 s.

(ii) La délégation législative au niveau intercantonal

923 *Un procédé réglé par l'art. 48 al. 4 Cst.* – La question de la délégation législative à un organe régional – comme celle des conditions que cette délégation doit respecter – se pose autrement en matière intercantonale qu'en matière intercommunale. Rappelons en effet que le constituant fédéral a choisi de régler expressément, à l'art. 48 al. 4 Cst., le problème de la délégation législative en faveur des autorités intercantionales. Il l'a fait en ce sens que les délégations législatives, qui sont destinées à la mise en œuvre d'une convention intercantonale et qui ne portent pas uniquement sur l'édiction de normes secondaires de pure exécution, doivent être prévues par des conventions qui ont été approuvées selon la procédure applicable aux lois cantonales et qui « fix[ent] les grandes lignes » des dispositions à adopter par l'organe intercantonal (sur la disposition constitutionnelle, *supra* N 544 ss).

Dès lors, au niveau intercantonal, les limites de la régionalisation de la fonction législative sont étroitement liées à l'interprétation que l'on entend faire cette règle générale ancrée à l'art. 48 al. 4 Cst.

924 *La position restrictive de la doctrine.* – À suivre la doctrine majoritaire, il conviendrait d'interpréter restrictivement la disposition constitutionnelle précitée. En particulier, il faudrait appliquer sévèrement la condition selon laquelle un organe intercantonal ne peut édicter de règles primaires sans que la convention organisatrice intercantonale n'en ait fixé les « grandes lignes »⁸. Une telle interprétation de l'art. 48 al. 4 Cst. mettrait l'accent sur la préservation de la souveraineté cantonale et de l'organisation démocratique traditionnelle. Il nous semble toutefois qu'une telle position – qui se situe en totale contradiction par rapport à ce qui prévaut en pratique, comme nous le verrons encore (voir, par exemple, *infra* N 968 ss) – n'est pas ou, du moins, n'est plus tenable.

925 *La prise en compte des besoins et de la pratique.* – À notre sens, une application stricte et sévère de l'art. 48 al. 4 Cst., telle que la préconise la doctrine majoritaire, présente le défaut de ne pas tenir compte du fait que l'ordre juridique constitutionnel et légal suisse fait désormais – et plus que jamais – la promotion de la régionalisation en Suisse et que la délégation de compétences réglementaires à des organes intercantonaux facilite la collaboration régionale

⁸ SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 52 ad art. 48 Cst.; VOGEL (2009), p. 559; ABDERHALDEN (2008), N 44 ad art. 48 Cst.; MARTENET (1999), p. 287; ABDERHALDEN (1999), p. 71; HÄNNI (1998), p. 661; Comm. aCst.-HÄFELIN (1989), N 55 ad. art. 7 aCst.; BEURRET-FLÜCK (1986), p. 26; SIEGRIST (1978), p. 118 s.; *contra* ZRK (2003/III), p. 4; Komm. KV ZH-HAUSER (2007), N 15 ad art. 54 Cst. ZH.

et améliore son efficacité⁹. Par ce biais, la réglementation nécessaire à la mise en œuvre de la collaboration peut être adoptée efficacement à la majorité des membres composant l'organe commun, sans qu'une unanimité ne soit requise parmi les collectivités publiques parties à la convention. Un tel procédé permet de flexibiliser la coopération et sa réglementation, ce qui peut être central lorsque celles-ci doivent être adaptées¹⁰.

À partir de là, dès lors qu'il s'agit de favoriser la collaboration intercantonale, il doit être possible de se montrer souple dans l'application des conditions habituelles de délégation législative – dont s'inspire l'art. 48 al. 4 Cst. – comme le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le considérer plusieurs fois¹¹ :

« [D]ie Schaffung einer weiten (...) unbestimmten Delegationsnorm lässt sich somit nicht nur im kantonalen Rahmen vertreten: sie erscheint vielmehr im Hinblick auf die gesamtschweizerischen Bedürfnisse und zur Förderung und Erleichterung der interkantonalen Koordination und Zusammenarbeit geradezu wünschenswert. »

La prise en compte des besoins et de la pratique : suite. – À y regarder de plus près, une application souple des conditions habituelles de délégation législative en matière intercantonale revient à concrétiser le principe général selon lequel une délégation législative doit respecter des exigences moindres (« *herabgesetzte Anforderungen* ») lorsque le délégataire de la délégation se révèle mieux à même d'adopter une norme et, le cas échéant, de procéder à sa révision que l'autorité délégante. Nous avons traité ce point en deuxième partie de thèse (*supra* N 534 et 537). 926

Vers une application à géométrie variable ? – Il convient aussi d'envisager une interprétation à géométrie variable de l'art. 48 al. 4 Cst. 927

À l'instar de ce qui prévaut en matière de délégation législative au niveau cantonal, une application large des conditions de délégation législative peut se justifier à chaque fois qu'un délégataire intercantonal bénéficie d'une bonne légitimité démocratique (sur la question, *supra* N 538). Cela sera évidemment le cas si l'organe intercantonal délégataire d'un pouvoir législatif jouit d'une légitimité démocratique presque « parlementaire » ou si le droit régional secondaire adopté par lui est soumis à une procédure particulièrement démocratique

⁹ Cf., entre autres, CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2218; pour un cas où la jurisprudence tient compte des nécessités et de la réalité pratiques pour réduire les exigences en termes de délégation législative, voir Tribunal fédéral, arrêt 2C_501/2015 du 17 mars 2017, consid. 4.5, destiné à la publication.

¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT VD (2013), p. 6 s.; UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 21.

¹¹ ATF 103 Ia 369, consid. 7d/ee; aussi ATF 125 I 173, consid. 4d: « *Das Bedürfnis nach einer Koordination zwischen den kantonalen Hochschulen ist somit auf der Stufe eines formellen Bundesgesetzes verankert. Umso mehr lässt es sich rechtfertigen, auf eine Festlegung der Zulassungskriterien in den kantonalen Gesetzen zu verzichten, würde doch dadurch eine Koordination wesentlich erschwert* ».

(p. ex. procédure de référendum intercantonal, convention collective de travail de droit public)¹². Dans de telles situations, selon un raisonnement similaire à celui qui prévaut en matière de délégation législative intercommunale (*supra* N 920), une délégation législative étendue – mais limitée à la mise en œuvre d'une convention – ne constitue pas forcément une atteinte exagérée à la souveraineté populaire cantonale, ni une violation du principe selon lequel les cantons se dotent d'une constitution démocratique. Une telle délégation déroge tout au plus aux constitutions cantonales des cantons concernés dont la révision peut éventuellement s'imposer¹³.

928

La nécessité de prévoir la sous-délégation législative. – La seule règle stricte et absolue qu'il convient, à notre sens, de déduire de l'art. 48 al. 4 Cst. est que l'organe intercantonal bénéficiaire d'une délégation législative ne peut pas « sous-déléguer » son pouvoir d'adopter des normes primaires si la convention intercantonale qui lui octroie un tel pouvoir ne l'y autorise pas expressément. En effet, selon la Constitution fédérale, toute délégation législative faite en faveur d'un organe intercantonal doit être prévue dans un acte adopté « selon la procédure applicable aux lois », ce qui ne sera jamais le cas d'une éventuelle (sous-)délégation législative opérée par un organe intercantonal¹⁴. Celui-ci peut tout au plus déléguer à un autre organe intercantonal le pouvoir d'adopter des normes secondaires de pure exécution, lesquelles, comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse, ne sont pas soumises aux conditions de l'art. 48 al. 4 Cst. (sur la question, *supra* N 532 et 546).

La pratique ne semble pas toujours consciente de cette limitation en matière de sous-délégation.

Exemples de sous-délégations a priori inconstitutionnelles. – Ainsi, le Règlement de la Commission intercantonale de recours HES-SO du 10 avril 2013 (RCIR), qui contient

¹² Voir apparemment AUER (2016), N 844; aussi AUBERT (2003), N 4 ad art. 48 Cst., lequel admet une délégation législative sur des « objet majeurs » si un référendum intercantonal était organisé.

¹³ Voir Komm. KV ZH-HAUSER (2007), N 15 ad art. 54 Cst. ZH; BRUNNER (2000), p. 154 s.

¹⁴ Remarquons, à des fins d'exhaustivité, que cette impossibilité pour un organe intercantonal de sous-déléguer son pouvoir législatif à un autre organe intercantonal peut également résulter du droit constitutionnel cantonal. En effet, comme n'importe quelles normes intercantionales secondaires dont l'adoption n'est pas rendue absolument nécessaire par l'exécution de la convention intercantonale, les sous-délégations législatives adoptées par des organes intercantonaux doivent respecter le droit constitutionnel des cantons partenaires (sur le rapport entre les constitutions cantonales et le droit intercantonal secondaire, *supra* N 365). Or, quelques constitutions cantonales exigent que toutes les sous-délégations législatives puissent se fonder sur une base légale formelle, ce qui ne sera généralement pas le cas d'une sous-délégation en faveur d'un organe intercantonal qui n'est pas expressément prévue par une norme conventionnelle (sur la sous-délégation en droit constitutionnel cantonal, *supra* N 542).

des normes importantes que l'on pourrait qualifier de « primaires » (voir sur ce règlement, *infra* N 998), n'aurait pas dû être adopté par cette même commission de recours intercantonale. Le comité gouvernemental de la HES-SO ne pouvait pas attribuer de lui-même une telle compétence législative à cette autorité judiciaire¹⁵. Prenons encore un autre exemple : le 24 juin 2016, le règlement général du Comité stratégique de la HEP-BEJUNE concernant les formations complémentaires et post-grades du 5 mai 2003 a été révisé. L'art. 4 de ce nouveau règlement prévoit que certaines réglementations spécifiques pour les formations dispensées par la HEP sont désormais du ressort du rectorat et qu'elles peuvent porter sur la durée des études, les critères d'admission, les plans d'études, les procédures d'évaluation et les conditions d'obtention du titre¹⁶. *A priori*, cette disposition n'est pas conforme aux conditions de délégation législative imposées par l'art. 48 al. 4 Cst., dans la mesure où les différentes directives adoptées sur sa base par le rectorat en vue de limiter l'admission aux formations dispensées par la HEP ne représentent pas uniquement des normes d'exécution¹⁷. Notons que cette même disposition viole à première vue aussi l'art. 12 C-HEP-BEJUNE qui attribue au Comité stratégique la compétence d'édicter, lui-même, les mesures nécessaires à la régulation du nombre d'étudiantes et d'étudiants¹⁸.

b. La valeur du droit intercantonal ou intercommunal secondaire

La problématique. – La question de la qualification des actes normatifs adoptés par des organes intercantonaux ou intercommunaux a autant d'importance en matière d'organisation régionale conventionnelle que la question des conditions que doivent respecter les délégations législatives opérées en faveur de ces mêmes organes. 929

Considérer, d'un côté, que de tels actes normatifs peuvent, théoriquement, équivaloir à des « lois formelles » revient à faciliter grandement la gouvernance régionale. Cela signifie qu'il est admissible, sur le principe, qu'un établissement de droit public intercantonal – qui aurait reçu une délégation législative au sens de l'art. 48 al. 4 Cst. – 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

¹⁵ Consultable sur www.hes-so.ch/data/documents, le 29 février 2016; voir le préambule du règlement qui se réfère à une décision du 8 mars 2013 du Comité gouvernemental de la HES-SO.

¹⁶ Pour la réglementation de la HEP-BEJUNE, voir www.hep-bejune.ch > La HEP-BEJUNE > Réglementation.

¹⁷ Soulignons ici que la Constitution cantonale jurassienne reconnaît un droit à la formation (voir art. 40 Cst. JU).

¹⁸ Le rectorat avait même adopté certaines directives avant l'adoption par le Comité stratégique de cette norme de sous-délégation (voir Tribunal cantonal JU, arrêt ADM 121/2016 du 21 novembre 2016, consid. 2).

requérir l'accord des communes qui en sont membres ou celui de leur population (sur la réserve de la loi formelle en matière de statut du personnel et de taxes causales, *supra* N 511 s.).

D'un autre côté, retenir le contraire – c'est-à-dire que des actes normatifs intercommunaux ou intercantonaux ne peuvent en aucun cas équivaloir à des « lois formelles » – revient à imposer que l'essentiel du statut de l'employé de l'établissement intercantonal soit prévu dans les conventions organisatrices intercantionales et que toutes les questions relatives aux taxes intercommunales (sujet, objet, mode de calcul, etc.) soient réglées dans les statuts ou le règlement d'organisation de la corporation intercommunale. On pourrait même 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 l'on considère que les mesures débattues dans l'opinion publique doivent généralement se fonder sur une base légale formelle (sur la question, *supra* N 509).

930 *Plan.* – Vu ce qui précède, il convient de traiter de la question de la valeur légale du droit régional secondaire. Nous le ferons en deux temps dans la mesure où la pratique et la doctrine juridique semblent adopter une position différente – à tort au sens de la présente étude – selon que l'on ait affaire à du droit régional secondaire de niveau intercommunal (i) ou de niveau intercantonal (ii).

(i) Les normes intercommunales comme bases légales formelles ?

931 *En général.* – Nous l'avons évoqué en deuxième partie de thèse : les règlements intercommunaux, comme les règlements communaux, représentent des lois au sens formel dans la mesure où le corps électoral ou le législatif de chacune des communes partenaires les ont approuvés (sur la question, *supra* N 523). On pourrait *a priori* douter qu'il en aille de même s'agissant des normes réglementaires que des autorités intercommunales adoptent seules, sans l'accord de l'un de ces différents organes communaux. En effet, de telles normes ne peuvent pas se prévaloir d'une légitimité démocratique équivalente dès lors qu'elles ne sont pas forcément soumises à référendum et que les membres des autorités qui les adoptent ne sont généralement pas élus au suffrage direct (*supra* N 175, 181 et 183). Il n'en demeure pas moins que la pratique – jurisprudentielle notamment – s'est toujours ralliée à une position bien moins dogmatique, du moins s'agissant des règlements qu'adoptent les conseils intercommunaux des associations de communes ou des organisations régionales analogues (conférences régionales, agglomérations, etc.).

932 *La solution doctrinale et jurisprudentielle.* – Les tribunaux et les auteurs de doctrine considèrent assez largement qu'un règlement adopté par les délégués

d'une association de communes – ou *a fortiori* une modification du règlement d'organisation décidée par ces mêmes délégués – équivaut à une « loi formelle ».

Apparemment, le fait qu'un conseil intercommunal ne ressemble très souvent pas à un parlement ordinaire et, notamment, que les délégués ne soient pas élus au suffrage direct à ce poste n'empêche pas que l'on puisse partir de l'idée qu'un tel règlement offre des garanties démocratiques similaires à celles d'une loi cantonale adoptée par un parlement¹⁹. Pour reprendre les termes de FRIEDERICH, le principe vaut « *auch wenn diese nicht dem Referendum unterstehen und ungeachtet des Umstands, dass das [interkommunale] Parlament unter Umständen demokratisch nur sehr schwach legitimiert ist* »²⁰. Pour le Tribunal fédéral en particulier, l'essentiel semble être qu'un conseil intercommunal représente le « pouvoir législatif » d'une association de communes pour que l'on puisse retenir que les règlements qu'il adopte constituent des « lois intercommunales au sens formel »²¹. Certes, on souligne – quand on le peut – que le règlement intercommunal est soumis à référendum régional conformément au droit cantonal²². Le fait que les délégués soient désignés par l'exécutif communal semble toutefois garantir une représentativité et une légitimité suffisante à l'organe intercommunal²³.

Cette vision semble correspondre à un standard juridique accepté par la population et le monde politique, comme en atteste le fait que les justiciables n'ont, à notre connaissance, jamais contesté qu'un règlement intercommunal d'une association de communes ou d'une organisation régionale analogue puisse représenter une base légale formelle²⁴.

¹⁹ Cf. notamment Tribunal fédéral, arrêt 2C_116/2011 du 29 août 2011, consid. 7.2.1 en lien avec Tribunal cantonal VD, arrêt GE.2009.0170 du 22 décembre 2010, consid. 5; Tribunal fédéral, arrêt 2C_71/2007 du 9 octobre 2007, consid. 4.1; Tribunal administratif BE, arrêt du 23 septembre 2010, consid. 3.4, in: JAB 2011, p. 220 s., et jurisprudence citée ci-dessous; FRIEDERICH (2013), N 290; Komm. KV BE-FRIEDERICH (1999), N 12 ad art. 131 LCo BE et N 13 ad art. 133 LCo BE; ARN (1992), p. 46 s. et 49 s., lequel examine aussi la question de la valeur du règlement d'organisation de l'association de communes dans la mesure où ce dernier est modifié par un conseil intercommunal; aussi AUER (2016), N 767.

²⁰ FRIEDERICH (1999), N 12 ad art. 131 LCo BE; d'un autre avis, CORVINI (1999), p. 181.

²¹ Tribunal fédéral, arrêt 2C_116/2011 du 29 août 2011, consid. 7.2.1.

²² Voir Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST.2006.0007 du 16 février 2007, consid. 3, et Verwaltungsgericht GR, arrêt du 4 mars 1980, consid. 1, in: PVG 1980, p. 35.

²³ Cf. Regierungsrat OW, décision du 24 octobre 2006, consid. 5, in: VVGE-OW 2005/2006 n° 5, p. 14: « *Die Delegiertenversammlung besteht aus den vom Gemeinderat gewählten Personen. Mithin also sind die Volksrechte im Sinne der Volksvertretung gewahrt.* »

²⁴ Cf. en particulier les arrêts précités, Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST.2006.0007 du 16 février 2007, consid. 3, et Tribunal fédéral, arrêt 2C_71/2007 du 9 octobre 2007, consid. 4.1, lesquels concernent en réalité la même affaire; voir, pour la seule nuance qui, à notre

933 *Conclusion : une qualification pragmatique.* – La solution qui semble s'être imposée dans la pratique reflète un grand pragmatisme. Certes, la procédure législative au sein des associations de communes bénéficie d'une légitimité moindre qu'une procédure législative ordinaire au niveau communal : on pensera non seulement à la représentativité parfois douteuse du conseil intercommunal et, souvent encore, à l'absence de référendum intercommunal, mais encore au fait que les membres dudit conseil n'exercent pas forcément librement leur mandat, ne disposent pas obligatoirement des mêmes droits (p. ex. en cas de droits de vote pondérés) et ne siègent pas toujours publiquement. Il est néanmoins essentiel que certaines normes intercommunales importantes puissent être adoptées ou révisées au sein d'une organisation régionale sans qu'il soit nécessaire que chacune des communes partenaires ne les approuvent expressément en suivant sa propre procédure législative interne, procédure qui risque de paralyser le fonctionnement de l'organisation.

(ii) Les normes intercantionales comme bases légales formelles ?

934 *En général.* – Nous venons de le voir : la jurisprudence et la doctrine font preuve de pragmatisme en retenant, sans véritablement sourciller, qu'un règlement adopté par les délégués d'un syndicat ou d'une association de communes peut équivaloir à une « loi formelle ». Ce n'est en revanche pas la voie qu'elles semblent suivre s'agissant des normes intercantionales secondaires. Pourtant, à notre sens, il se justifierait d'adopter une position tout aussi pragmatique à ce sujet-là également²⁵.

935 *La jurisprudence esquissée par les tribunaux suisses.* – À dire vrai, le Tribunal fédéral n'a jamais été appelé à se prononcer directement sur la valeur des normes intercantionales secondaires. Il l'a fait – il y a bientôt vingt ans – par le truchement d'un *obiter dictum* uniquement en reprenant l'opinion d'une partie de la doctrine d'alors et, en particulier, celle d'HÄFELIN²⁶ :

connaissance, a été apportée au principe, FRIEDERICH (2013), N 290, et Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 13 ad art. 133 LCo BE, selon lequel l'équivalence à la loi formelle devrait être niée dans les cas où l'organe intercommunal ne serait manifestement pas démocratique, notamment parce qu'il serait constitué d'un collège trop restreint ou parce que les délégués ne jouiraient d'aucune légitimité démocratique.

²⁵ Nous avons déjà exposé une partie des considérations qui suivent dans un article publié en 2014 et intitulé *La notion de « législateur formel » : Quelle mise en œuvre au niveau régional ?* (voir JEANNERAT [2014], p. 160-170).

²⁶ Tribunal fédéral, arrêt du 30 mars 1999, consid. 3b, in: SJ 1999 I, p. 433, ainsi que HÄFELIN (1989), N 54 s. ad art. 7 Cst.; aussi BRUNNER (2000), p. 136; BORTER (1976), p. 54 s.

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 (...).

La jurisprudence esquissée par les tribunaux suisses : suite. – Depuis cet arrêt, le Tribunal fédéral ne s’est jamais penché plus avant sur la question de la valeur des normes intercantionales secondaires, faute de nécessité ou, simplement, de grief soulevé en ce sens²⁷. Il semble néanmoins toujours partir de l’idée que le droit intercantonal secondaire ne peut constituer qu’une base légale matérielle et qu’il ne peut donc équivaloir à une base légale formelle²⁸. Les tribunaux cantonaux, eux aussi, partent *a priori* de cette prémisse²⁹. 936

Reconnaissons qu’à l’heure actuelle, les organes intercantonaux, siégeant en collège restreint, ne sont pas forcément représentatifs de la population et peuvent généralement agir en dehors tout contrôle démocratique populaire. Les actes normatifs qu’ils adoptent ne jouissent donc pas, de prime abord, d’une légitimité démocratique suffisante pour équivaloir à des « bases légales au sens formel ». Il n’en demeure pas moins qu’à notre sens, la jurisprudence esquissée ne doit pas valoir de manière absolue et qu’elle doit être nuancée.

Le cadre constitutionnel fédéral. – Tout d’abord, aucune disposition constitutionnelle fédérale n’empêche un tribunal de juger qu’une norme intercantonale secondaire équivalait à une « base légale formelle », bien au contraire. 937

Il n’est pas possible – ou, du moins, plus possible – de considérer, comme semble le faire BRUNNER dans sa thèse publiée en 2000, que le principe de souveraineté populaire cantonale, tel qu’il est ancré aux art. 3 et 51 al. 1 Cst., ex-

²⁷ Cf., entre autres, Tribunal fédéral, arrêt 8C_818/2010 du 2 août 2011, consid. 3.1, où il n’examine aucunement la nature du règlement intercantonal sur le personnel de l’Université de Bâle (SG BS 441.100) adopté par le Conseil de l’Université, alors même que la délégation législative ne respecte probablement pas les conditions en la matière (sur la question, *infra* N 969).

²⁸ Cf. Tribunal fédéral, arrêt 2C_561/2007 du 6 novembre 2008, consid. 4.3, où le Tribunal fédéral laisse entendre que la nature du règlement intercantonal concernant l’examen intercantonal pour ostéopathes en Suisse adopté par la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé ne représente qu’une base légale matérielle, même si la présence d’une base légale formelle n’était pas nécessaire en l’espèce.

²⁹ Voir, en tout cas, Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2003.00077 du 5 novembre 2003, consid. 4a, dans lequel les juges ont retenu que les exigences concernant la reconnaissance des diplômes professionnels ne devaient pas être réglées – en tout cas pas complètement – dans une loi au sens formel, raison pour laquelle la délégation de certaines compétences y relatives à la CDIP semblait, du moins sur ce point, justifiée.

clurait, par principe, que des « lois » puissent être « *auch in einem interkantonalen Rahmen "demokratisch" erlassen werden* »³⁰. Cela serait donner une portée implicite forte à des dispositions constitutionnelles dont le sens est passablement vague et imprécis³¹. À l'inverse, la Constitution fédérale reconnaît aujourd'hui expressément que des règles intercantionales qui n'auraient pas été approuvées par le parlement ou le corps électoral d'un canton puissent équivaloir à des bases légales formelles. Rappelons en effet que l'art. 48a Cst., adopté en 2006 dans le cadre de la RPT, permet de donner force obligatoire générale à des règles conventionnelles intercantionales, le cas échéant fondamentales, auxquelles certains cantons n'auraient pas adhéré (sur la question, *supra* N 90)³².

938

La nécessité pratique et politique. – La jurisprudence esquissée à ce jour risque également de se heurter aux exigences pratiques et politiques des cantons. Le développement de la collaboration régionale passe obligatoirement par la multiplication de délégations législatives en faveur d'organes intercantonaux. Les cantons doivent pouvoir confier à de tels organes la charge d'édicter certaines règles de droit considérées comme importantes par la jurisprudence. Le fait est d'ailleurs que la pratique connaît déjà de telles délégations, comme nous le verrons encore (pour des exemples, *infra* N 967 ss et 980 ss).

Ainsi, s'ils devaient persister dans la voie qu'ils ont esquissée, les tribunaux risquent de se retrouver face à un dilemme. Ils devront choisir entre deux voies : soit compliquer, voire empêcher le développement de la collaboration régionale, en considérant qu'une norme intercantonale secondaire ne peut jamais équivaloir à une base légale formelle, soit restreindre la portée et le contenu du principe de légalité formelle en jugeant que certaines réglementations ne doivent pas – ou plus – forcément reposer sur une base légale formelle (p. ex. taxes causales, règles importantes du statut du personnel). Le problème est qu'aucune des deux solutions ne satisfait, car toutes deux affaibliraient la crédibilité du

³⁰ BRUNNER (2000), p. 180.

³¹ Dans ce sens apparemment, WIEDERKEHR (2002), p. 631; voir toutefois pour un auteur qui, de manière générale, entend conférer une portée normative forte et précise à l'art. 51 al. 1 Cst., TÖNDURY (2004), p. 177-181 et 226-228.

³² Les conventions intercantionales qui auraient été étendues par la Confédération en application de l'art. 48a Cst. restent d'ailleurs bien des règles intercantionales et ne deviennent pas des règles de droit fédéral (cf. dans ce sens également BSK BV-WALDMANN [2015], N 26 ad art. 48a Cst.; aussi SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN [2014], N 42 ad art. 48a Cst., pour qui les normes peuvent continuer de faire l'objet d'un recours abstrait au Tribunal fédéral).

droit constitutionnel suisse, soit en consacrant une interprétation constitutionnelle qui ne serait pas respectée en pratique, soit en vidant d'une partie de sa substance un principe aussi fondamental que celui de la légalité³³.

Assurer la cohérence de la jurisprudence fédérale. – Certes, aucune mesure d'organisation intercantonale ne fournira jamais au droit intercantonal secondaire la même légitimité démocratique que celle dont bénéficient aujourd'hui les législations cantonales ordinaires. Il est toutefois envisageable de mettre en place des règles d'organisation intercantionales qui confèrent une légitimité suffisante au droit régional pour que celui-ci puisse être qualifié de « base légale démocratique » – au sens de l'art. 51 Cst. – et, ainsi, 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 » que nous avons examinée en deuxième partie de thèse (sur la question, *supra* N 520 ss). Elle correspondrait également à la jurisprudence prévalant en matière de collaboration intercommunale (*supra* N 932). Il serait difficile de comprendre pourquoi un organe régional intercommunal – qui ne jouit pas forcément de la légitimité démocratique la plus parfaite – pourrait édicter des actes valant « loi au sens formel » alors qu'un organe régional intercantonal ne le pourrait pas. Une jurisprudence qui traiterait de manière différente la délégation législative en matière intercantonale de celle en matière intercommunale dérangerait dans la mesure où l'on peut imaginer des organes réglementaires ou des procédures réglementaires intercantionales bénéficiant d'une légitimité équivalente, voire supérieure à celle existant au sein des associations de communes.

La comparaison avec le droit international. – À titre de comparaison, le législateur fédéral a déjà reconnu – il y a longtemps déjà – qu'un acte adopté en dehors de la procédure parlementaire ordinaire, mais par un organe international, pouvait valoir « loi au sens formel ». C'est le cas des « résolutions d'organisations internationales contraignantes pour la Suisse » au sens de l'art. 3 let. j LPD, comme nous l'avons déjà vu (*supra* N 524)³⁴. Quant au Tribunal fédéral, il reconnaît que « [*das staatsvertraglich übernommene EU-Verordnungsrecht entspricht national einer Regelung auf (...) formeller Gesetzesstufe* » dans la mesure où les Chambres fédérales l'ont approuvé indirectement³⁵, alors même qu'il refuse normalement de qualifier de « bases légales formelles » les ordonnances gouvernementales approuvées par un parlement (*supra* N 523).

³³ Dans ce sens, à propos de la collaboration intercantonale, SIEGRIST (1977), p. 23, selon lequel « [*eine Krasse Inkongruenz zwischen der Verfassungswirklichkeit und den in der Verfassung verankerten Prinzipien müsste die normative Kraft der Verfassung gefährden* ».

³⁴ Pour une opinion critique de cette extension légale de la définition de la « loi au sens formel », voir cependant MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 659.

³⁵ ATF 138 II 42, consid. 3.1; aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 352.

Vers des procédures législatives intercantionales démocratiques ? – Il est certain que le déficit démocratique dont pâtit la collaboration régionale pourrait être comblé, du moins en partie, par le développement de certains droits politiques au niveau régional. Dans la mesure où l'organe réglementaire régional serait composé de membres élus par le peuple, on lèverait peut-être beaucoup de limites posées par l'exigence démocratique à un transfert de compétences à un organe régional³⁶. 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 ». De même, l'on pourrait 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 parfaitement représentatif de la population (*supra* N 519 et 522).

Même dans le cas où l'organe réglementaire d'une organisation régionale serait simplement composé de représentants des parlements cantonaux, on peut se demander – à l'instar d'auteurs de doctrine comme AUER, MALINVERNI et HOTTELIER – s'il existerait encore des limites posées par l'exigence démocratique à un transfert de compétences législatives à tel organisme, du moins lorsque celui-ci peut se prévaloir d'une certaine représentativité³⁷. Les actes normatifs adoptés par une commission interparlementaire qui compterait une vingtaine de membres au moins pourraient, par exemple, passer pour des bases légales formelles valables (sur la question de la légitimité démocratique des commissions interparlementaires, *supra* N 811).

³⁶ Dans ce sens, TANQUEREL (2001), p. 27; MARTENET (1999), p. 287; partiellement dans ce sens, sous réserve de la création d'un droit de référendum régional, TÖNDURY (2003), p. 228; aussi AUBERT (2003), N 4 ad art. 48 Cst.

³⁷ Voir aussi AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2000), N 1590 : « Dans la mesure où les organes intercantonaux sont composés de représentants des *parlements* cantonaux, les principes de la séparation des pouvoirs et la participation démocratique ne sont, en revanche, pas touchés. À l'heure où les cantons éprouvent toujours plus de peine à assumer seuls l'ensemble de leurs tâches, on peut penser qu'il s'agit là d'une voie prometteuse que trace d'ailleurs la Constitution à l'art. 48 al. 1. »; aussi TANQUEREL (2001), p. 27, reprenant cette idée.

<i>Droit intercantonal secondaire</i>	Conditions à respecter par la norme de délégation législative	Valeur du droit intercantonal secondaire adopté
<i>Comm. interparlementaire ou organe représentatif</i>	Application large de l'art. 48 al. 4 Cst.	Base légale formelle
<i>Organe intercantonal « exécutif »</i>	Selon les cas et les domaines, application souple des conditions de délégation législative et de l'art. 48 al. 4 Cst. envisageable	Base légale matérielle, sauf si soumise à référendum
<i>Organe intercantonal sous-délégataire</i>	Nécessité d'une base légale de la sous-délégation dans la convention intercantonale (sauf pour les normes de pure exécution)	Base légale matérielle

B. L'application du droit fédéral, cantonal et communal

La problématique. – Le fonctionnement et l'activité des organisations régionales conventionnelles ne sont pas régis uniquement par des normes intercantonales ou intercommunales. Généralement, ces organisations, qu'elles soient intercantonales ou intercommunales, doivent également respecter des règles de droit fédéral, voire des règles de droit cantonal ou communal. 941

De telles normes peuvent évidemment s'appliquer automatiquement – *ex lege* serait-on tenté de dire – comme n'importe quelles autres règles de droit qui seraient applicables sur un territoire donné (1). Il est également envisageable de reconnaître leur application de manière expresse, en insérant des normes de « renvoi » en leur faveur dans les conventions organisatrices régionales (2).

1. Le respect du droit fédéral, cantonal et communal

L'application du droit supérieur. – Les organisations régionales conventionnelles doivent évidemment respecter les prescriptions juridiques imposées par le droit supérieur. Le principe vaut pour les institutions intercommunales auxquelles le droit cantonal impose fréquemment des principes organisationnels de 942

base et qui, en plus, doivent appliquer, dans l'exécution de leurs tâches, des règles matérielles ou procédurales de droit fédéral et/ou cantonal (p. ex. une association de communes active dans le domaine de l'aide sociale ou dans celui de l'évacuation et du traitement des eaux usées). Il vaut aussi pour les organisations régionales intercantionales qui, dans l'exercice de leurs compétences et l'exécution de leurs tâches, doivent respecter non seulement le cadre juridique fixé par les conventions-cadres, mais également celui fixé par le droit fédéral³⁸.

Ainsi, les organisations intercantionales qui remplissent une tâche de la Confédération dont l'exécution a été déléguée aux cantons doivent évidemment respecter le droit fédéral qui régit cette tâche. C'est le cas des autorités intercantionales de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, lesquelles doivent respecter les prescriptions fédérales imposées par la LPP. Autre exemple : toutes les entités intercantionales sont soumises au droit privé fédéral et, en particulier, aux règles du CO sur la responsabilité civile et sur le contrat de travail ainsi que, dans l'exécution du droit fédéral, à la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD)³⁹, à moins bien sûr que les cantons adoptent une réglementation régionale qui déroge valablement à ces réglementations fédérales subsidiaires⁴⁰.

943

L'application du droit territorialement applicable. – Les autorités, cantonales ou intercantionales ou, alors, communales ou intercommunales, chargées d'exécuter des tâches pour le compte de plusieurs cantons ou de plusieurs communes au sein d'une organisation régionale conventionnelle, doivent également respecter le droit de chacun des cantons partenaires ou de chacune des communes partenaires si les activités exercées tombent dans le champ d'application matériel, personnel et, surtout, territorial de ce droit.

En effet, en l'absence de règles régionales contraíres, le fait d'exercer une activité en vertu d'une base juridique « supérieure » – en l'occurrence de niveau intercantonal ou intercommunal – n'offre, en soi, aucune sorte d'« immunité » contre l'application de normes juridiques cantonales ou communales apparemment « inférieures », dès lors que le canton ou la commune a adopté ces règles de droit dans l'exercice de ses compétences. Rappelons, à titre comparatif, que la Confédération doit en principe respecter, elle aussi, le droit cantonal, même

³⁸ Voir aussi CDC (2005), p. 4.

³⁹ RS 235.1; voir, pour une convention organisatrice intercantonale qui réserve d'ailleurs l'application de la LPD, art. 6 al. 2 Vereinbarung zwischen den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Aargau über die Durchführung der amtlichen Nachkontrollen von Fahrzeugen des 18 et 24 juin et du 1^{er} juillet 1997 (p. ex. SAR 991.1739).

⁴⁰ Voir, dans l'ordre, art. 61 al. 1 CO; art. 342 al. 1 let. a CO; aussi art. 37 al. 1 LPD : « À moins qu'il ne soit soumis à des dispositions cantonales de protection des données assurant un niveau de protection adéquat, le traitement de données personnelles par des organes cantonaux en exécution du droit fédéral est régi par les dispositions des art. 1 à 11a, 16, 17, 18 à 22 et 25, al. 1 à 3, de la présente loi ».

lorsqu'elle exécute une tâche fédérale, à moins, bien sûr, qu'une règle fédérale ne l'en dispense⁴¹. Ce qui vaut pour la Confédération vaut *a fortiori* pour les organisations régionales intercantionales et intercommunales.

En cas d'acquisition de prestations auprès d'une collectivité. – Le principe selon lequel il convient de respecter le droit territorialement applicable coule de source lorsqu'une collectivité publique procède à l'acquisition de prestations auprès d'une autre collectivité publique⁴². Les autorités et/ou l'administration de la commune ou du canton prestataire de services doivent non seulement respecter les termes de la convention qui fonde une telle collaboration, mais, à l'instar de n'importe quel délégataire de tâche publique, elles doivent également respecter le droit du canton ou de la commune qui a délégué l'une de ses tâches, en particulier si la tâche concernée est accomplie sur le territoire de ce même canton ou de cette même commune.

Par exemple, une police cantonale appelée à effectuer une intervention dans un autre canton que le sien doit en principe respecter le droit applicable dans cet autre canton. Il s'agit d'ailleurs là d'un principe que soulignent la plupart des conventions⁴³. Dans le même ordre d'idée, le préposé à la protection des données nommé par le canton de Schwyz est appelé à exercer cette fonction pour

944

⁴¹ Voir, pour un exemple, ATF 104 Ib 171, par lequel le Tribunal fédéral a confirmé qu'une autorité judiciaire cantonale pouvait condamner la Confédération à payer des dépens à une partie adverse en matière de taxe militaire, dès lors que la procédure judiciaire relevait de la compétence des cantons; voir aussi l'art. 23 al. 1 let. a LHID qui prévoit expressément l'exonération d'impôts directs cantonaux de la Confédération et ses établissements, dans les limites fixées par la législation fédérale; pour la situation prévalant en aménagement du territoire, cf. TANQUEREL (2016), N 15-17 ad art. 21 LAT.

⁴² Voir d'ailleurs l'art. 5 al. 1 AKCT qui prévoit que « [I]a convention de coopération peut en particulier disposer qu'une collectivité territoriale ou un organisme public local accomplit des tâches incombant à une autre collectivité territoriale ou à un autre organisme public local, au nom et sur les directives de ce dernier et en respectant le droit interne de celui qui a le pouvoir de direction ».

⁴³ Voir notamment art 6 aCEPC GE/VD selon lequel « [p]our les actes qu'ils accomplissent sur le territoire genevois, les agents vaudois se conforment aux lois et règlement du canton de Genève » et art. 11 aCEPC GE/VD selon lequel « [l']État de Genève répond, conformément à la loi genevoise sur la responsabilité civile de l'État et des communes, du dommage causé à des tiers par un agent vaudois (...) sur le territoire genevois »; dans le même sens également art. 6 et 11 V-Autobahnpolizei BE/SO ; art. 3 al. 1 V-Polizeiaufgabe OW/LU, selon lequel « [d]ie polizeilichen Befugnisse und die verfahrensmässigen Rechte und Pflichten richten sich immer nach dem Recht des Gebietskantons, ungeachtet, welche Polizei handelnd auftritt »; art. 6 al. 2 aV-Wirtschaftsdelikte qui prévoyait l'application du droit de procédure des cantons pour lesquels le procureur nidwaldien était chargé d'enquête; art. 7 V-Hallwilersee LU/AG selon lequel « [f]ür die Amtshandlungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Kantons-polizei des Kantons Aargau auf luzernischem Gebiet gelten die Verfahrensvorschriften des Kantons Luzern »; art. 7 C-Police Suisse romande selon lequel « [l]es forces de police extérieures au canton ont, au cours des opérations ordonnées, les mêmes attributions et les mêmes

les cantons d'Obwald et de Nidwald conformément aux lois de chacun de ces deux derniers cantons⁴⁴.

945 *En cas d'organisation régionale commune.* – En principe, cette obligation de respecter le droit cantonal ou communal territorialement applicable prévaut aussi lorsque l'organisation régionale est conçue comme une entité commune à plusieurs collectivités. En l'absence de règles intercantionales ou intercommunales contraires, les activités et le fonctionnement de l'organisation régionale commune doivent respecter les réglementations des divers cantons ou communes partenaires dès lors qu'ils entrent dans le champ d'application de ces réglementations⁴⁵.

C'est ainsi que le service intercantonal de la protection de l'air institué par les deux cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne, mais rattaché d'un point de vue administratif au second canton, est censé appliquer les règles de procédure et les règles matérielles de protection de l'air adoptées par le canton pour lequel il officie dans chaque situation concrète. De même, si ce service a commis un acte dommageable, la question d'une éventuelle responsabilité civile de l'État est régie par le droit du canton pour lequel ce même service a officié au moment de l'exécution de cet acte⁴⁶.

946 *Le cumul de lois.* – L'application directe de différents droits cantonaux ou communaux peut conduire à ce que qu'une organisation régionale soit soumise à – ou doive appliquer – plusieurs droits cantonaux ou plusieurs droits communaux. Si les normes ne se contredisent pas, elles s'appliquent – à tout le moins sur un plan théorique – de manière cumulée.

C'est ainsi que la doctrine reconnaît qu'en théorie, une organisation intercantonale qui exécute une tâche pour le compte de plusieurs cantons, devrait appliquer différents droits cantonaux de protection des données en fonction de la provenance des données récoltées (« *je nach Herkunft der Personendaten* »),

obligations que la police cantonale du canton requérant » et qu'« [e]lles appliquent, dans l'exercice des activités inhérentes à leurs charges, les prescriptions en vigueur dans le canton où se déroulent les opérations »; enfin, en matière d'instruction pénale, art. 16 C-EJMP; aussi MAGNIN (2017), p. 378 s.

⁴⁴ Cf. art. 1 et 2 de la convention intercantonale entre les cantons de Schwyz, d'Obwald et de Nidwald sur la collaboration en matière de protection des données du 30 juillet 2008 (Vereinbarung des Kantons Schwyz mit den Kantonen Obwalden und Nidwalden über die Zusammenarbeit bei der Aufsicht im Datenschutz; V-Datenschutz SZ/OW/NW; p. ex. GDB 137.2)

⁴⁵ Voir aussi RICHLI (2001), p. 118. Le principe – que certaines conventions suivent expressément et scrupuleusement – exigera d'ailleurs de ne pas oublier, par exemple, de prévoir, dans la convention organisatrice, que l'organisation régionale intercantonale est exonérée d'impôts dans les différentes collectivités partenaires (voir, pour des exemples, art. 29 C-AS-SO; art. 5 C-HIB VD/FR; art. 5 C-HIRC VD/FR; art. 30 Staatsvertrag FHNW; art. 27 Rheinhafen-Vertrag; art. 9 V-Bostadel).

⁴⁶ Voir art. 5-7 V-Lufthygieneamt BS/BL.

ce même si elle est domiciliée dans un canton déterminé⁴⁷. Il est vrai que le champ d'application d'une loi sur la protection des données peut s'étendre à des organisations ou des institutions situées en dehors du territoire cantonal dès lors que ces organisations ou ces institutions ont récolté des données sur ce territoire. De même, sur un plan théorique, les marchés publics lancés par une organisation intercantonale (p. ex. établissement autonome intercantonal) commune pourraient être soumis à chacun des droits des cantons partenaires, dès lors que la passation du marché est en relation avec l'exécution d'une tâche qui incombe à chacun de ces cantons (sur la question du rattachement territorial dans ces domaines, *supra* N 351)⁴⁸.

La résolution des conflits de loi. – Évidemment, selon les circonstances, l'application cumulée de plusieurs droits cantonaux ou communaux au sein d'une même organisation régionale peut alourdir à l'excès le fonctionnement de celle-ci ou créer une insécurité juridique, voire conduire à des solutions juridiques contradictoires (sur la résolution des conflits de lois applicables, *supra* N 344 s.). Dès lors, en pratique, il convient dans la mesure du possible, de régler d'emblée dans la convention organisatrice régionale – par le biais d'une norme de rattachement – la question du droit applicable lorsqu'il existe un risque de cumul ou de conflit de lois. La solution à ce problème consiste généralement en l'adoption d'une règle conventionnelle renvoyant à l'un des droits potentiellement applicables.

La question du droit applicable à la création et au fonctionnement des associations de communes intercantionales est, par exemple, souvent problématique⁴⁹, si bien que le droit cantonal impose généralement que le droit applicable et la juridiction soient clairement fixés dans le règlement d'organisation de l'association (sur la question aussi, *supra* N 178)⁵⁰. De même, afin d'éviter d'éventuels conflits de lois délicats dans le cadre d'une organisation intercantonale commune, les cantons ont convenu une règle intercantonale générale de définition du droit applicable en matière de marchés publics à l'art. 8 al. 3 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 et du 15 mars 2001 (AIMP)⁵¹. Selon cette disposition, à défaut de règle conventionnelle contraire, les marchés lancés par une organisation intercantonale commune sont soumis au droit applicable au lieu du siège de cette organisation (droit du canton siège) et, si celle-ci n'a pas de siège, au droit du lieu où la tâche faisant l'objet de la

947

⁴⁷ WALDMANN/OESCHGER (2011), N 19; ZEHNDER (2007), p. 320 s.; dans le même sens, mais uniquement si l'institution à des établissements secondaires dans plusieurs cantons, RUDIN (2014), N 7-9 ad § 2 IDG BS.

⁴⁸ Voir aussi ZBDK (2006), p. 5 s.

⁴⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 1969.

⁵⁰ Art. 134 al. 3 LCom JU.

⁵¹ P. ex. RSJU 174.01.

procédure d'adjudication serait principalement exécutée (droit du canton du lieu d'exécution).

2. Le « renvoi » au droit fédéral, cantonal ou communal

948 *La problématique.* – Les conventions organisatrices – de niveau intercommunal et, surtout, intercantonal – contiennent régulièrement des dispositions qui « renvoient » de manière dynamique à des règles de droit fédéral ou, alors, à des règles de droit cantonal ou de droit communal, les déclarant applicables au sein de l'organisation régionale. Le fait est qu'il n'est pas forcément envisageable – ni souhaitable – que la convention intercantonale ou intercommunale règle expressément l'ensemble des questions juridiques que posent la création et le fonctionnement d'une organisation régionale. Le risque existe aussi que le fonctionnement d'une organisation régionale se voie compliqué par une application cumulée ou concurrente de divers droits cantonaux ou communaux si bien qu'il convient de choisir, directement dans la convention, le droit auquel l'organisation régionale sera soumise (sur la question, *supra* N 946 s.).

Le procédé du « renvoi » – qui, formellement, peut prendre la forme d'un renvoi à un ou deux actes normatifs spécifiques – de niveau fédéral, cantonal ou communal – (a) ou, alors, consister en un renvoi général à l'ensemble d'un droit cantonal ou communal (b) – permet à première vue de régler les deux problèmes légistiques évoqués ci-avant, si bien que la tentation d'y recourir largement est importante. Il faut néanmoins être conscient que, de point de vue constitutionnel, un tel procédé se heurte – en tout cas sur un plan théorique – à de nombreuses limites déduites du principe général de légalité ainsi que du principe de territorialité des lois.

a. Le « renvoi spécial » au droit fédéral, cantonal ou communal

949 *La notion et la forme du « renvoi spécial ».* – On se trouve face à un « renvoi spécial », du moins au sens de la présente thèse, à chaque fois qu'une disposition conventionnelle prévoit qu'un aspect particulier de l'organisation, du fonctionnement ou de l'activité d'une organisation régionale est réglé par le droit fédéral ou, alors, par un droit cantonal ou communal spécifiquement désigné. Il existe plusieurs manières de formuler un tel renvoi. La convention peut, par exemple, prévoir qu'un *acte normatif précis* – de niveau fédéral, cantonal ou communal – régit une problématique juridique déterminée. C'est ce que fait l'art. 35 al. 2 C-HES-SO qui dispose que « [l]a loi sur la procédure administrative fédérale [PA] est applicable [devant la Commission de recours HES-SO] ».

Pour effectuer un renvoi spécial, la convention peut aussi stipuler qu'une question ou une problématique particulière est soumise à un *droit déterminé*, en

l'occurrence fédéral, cantonal ou communal. C'est ainsi que l'art. 33 al. 3 Staatvertrag FHNW prévoit, lui, que « le droit argovien s'applique à la procédure de recours contre les décisions prises par la Haute École FHNW » (« *Für das Verfahren gilt das Recht des Kantons Aargau.* »).

L'importance de la formulation. – La formulation utilisée aura le cas échéant une influence sur l'étendue des normes concernées par le renvoi. La première formulation renvoie à un seul acte normatif et exclut normalement d'éventuels renvois médiats à d'autres actes normatifs que celui auquel il est directement renvoyé (renvoi en chaîne ; sur la question, *supra* N 554), alors que la seconde peut, en soi, renvoyer à plusieurs actes normatifs par effet de « cascade ».

Exemple pratique. – C'est ainsi que les autorités judiciaires argoviennes considèrent que l'art. 33 al. 3 Staatvertrag FHNW précité, qui prévoit que le droit argovien s'applique à la procédure de recours contre les décisions prises par la Haute École FHNW, notamment celles rendues par elle en matière de statut du personnel, effectue un renvoi qui inclut non seulement la loi de procédure administrative argovienne, mais également certaines dispositions spécifiques de la loi argovienne sur le statut du personnel de l'État⁵².

Le renvoi comme « clause de réserve ». – À y regarder de plus près, la plupart du temps, les normes de renvoi contenues par les conventions organisatrices régionales ne représenteront pas forcément des « renvois législatifs » au sens strict du terme. Derrière de telles normes peuvent en effet se cacher des procédés légistiques différents, ce malgré une formulation identique. Nous renvoyons ici en partie à ce que nous avons déjà exposé en deuxième partie de thèse à propos des renvois législatifs en droit cantonal (*supra* N 556 ss).

Il peut en particulier s'avérer le plus simplement qu'un renvoi prévu par une convention constitue une simple « clause de réserve » purement déclarative. C'est le cas du « renvoi » que ferait une convention organisatrice intercommunale en faveur de la loi cantonale sur les communes, laquelle s'appliquerait de toute manière à l'organisation régionale et à son fonctionnement, même en l'absence de tout renvoi (pour d'autres exemples, notamment en matière intercantonale, *infra* N 973 et 1013).

Le renvoi comme « norme de rattachement ». – Précisons surtout que les « renvois » conventionnels faits en faveur d'un droit cantonal ou communal ne représentent pas non plus des renvois législatifs au sens propre du terme lorsqu'il existe un lien de rattachement territorial objectif entre la problématique à régler et le canton ou la commune qui a adopté le droit auquel il est renvoyé. De telles normes conventionnelles constituent en effet des « normes de rattachement » qui, en général, solutionnent un potentiel conflit de lois en étendant

⁵² Voir Personalrekursgericht AG, arrêt du 3 juillet 2008, consid. I/2.2, in: AGVE 2008, p. 433.

le champ d'application du droit cantonal ou communal « renvoyé » (sur la question déjà, *supra* N 345 et 557).

Il convient par exemple de qualifier de « normes de rattachement » les règles intercantionales qui prévoient que les personnes sont soumises à la législation scolaire du canton où se trouve l'établissement de formation qu'elles fréquentent, même si elles ne sont pas domiciliées dans ce canton. Constituent aussi des normes de rattachement les dispositions intercantionales qui précisent qu'en matière de bourses d'études, ces mêmes personnes sont soumises à la législation de leur canton de domicile⁵³. De même, les cantons conviennent d'une « norme de rattachement » – et non d'un « renvoi législatif » – lorsqu'ils décident que l'hôpital intercantonal commun qu'ils créent doit respecter la législation du canton où se situe le siège de cet établissement s'agissant de problématiques telles que la protection des données et la passation de marchés publics⁵⁴.

953 *Le renvoi comme « délégation législative ».* – S'il ne représente pas une clause de réserve, ni une norme de rattachement, le « renvoi » conventionnel fait en faveur du droit fédéral ou, alors, en faveur d'un droit cantonal ou communal déterminé consiste formellement en un « renvoi dynamique externe ». Il équivaut cependant, d'un point de vue fonctionnel, à une « délégation législative ». Nous l'avons vu en deuxième partie de thèse (sur la question, *supra* N 556). La Confédération, un canton ou une commune se voit investi, *de facto*, du pouvoir de légiférer sur des états de fait à un niveau régional, étant précisé qu'elle n'en aurait jamais eu la compétence en l'absence du « renvoi dynamique externe » fait à son droit par la convention organisatrice régionale.

Ainsi, les communes bernoises d'Eschert, Perrefitte et Roches, qui ont convenu avec la commune de Moutier, dans le domaine de la protection contre le feu et des sapeurs-pompiers, que l'obligation de servir et l'accomplissement du service des sapeurs-pompiers étaient régis, dans l'ensemble des communes, par les prescriptions du droit cantonal ainsi que par le règlement des sapeurs-pompiers de la commune de Moutier, ont procédé, d'un point de vue matériel, à une délégation législative⁵⁵. C'est également ainsi qu'il convient de comprendre les règles conventionnelles récentes qui prévoient que l'activité déployée par les

⁵³ Voir, p. ex., art. 2 al. 3 et art. 2 al. 4 C-BEJUNE.

⁵⁴ Voir, p. ex., art. 6 et art. 22 C-HIB VD/FR; aussi art. 22 C-HIRC VD/VS en lien avec Tribunal fédéral, arrêt 2C_876/2014 du 4 septembre 2015, consid. 4; sur l'application du droit cantonal relatif à la protection des données en cas de collaboration intercantonale ou lors de la réalisation de mandats de prestations extra-cantonaux, voir aussi RÜTSCHÉ (2012), N 83-85.

⁵⁵ Art. 3-4 du Contrat régissant la collaboration entre les communes de Moutier, Eschert, Perrefitte et Roches dans le domaine de la protection contre le feu et des sapeurs-pompiers (contrat d'adhésion) du 27 septembre 2010 (consultable notamment sur www.perrefitte.ch > Administration > Règlements; voir aussi *supra* N 189).

forces de police dans un canton voisin est soumise au droit du canton de provenance des policiers⁵⁶. En effet, l'application des règles juridiques du canton de provenance ne se justifie pas du point de vue du principe de territorialité. Il n'existe *a priori* pas de rattachement territorial objectif et suffisant entre l'activité déployé et le canton de provenance qui permet de déroger au principe « *locus regit actum* » (sur la question, *supra* N 348 s.).

L'importance de la distinction. – D'un point de vue constitutionnel, il est 954 essentiel de distinguer les trois « qualifications juridiques » différentes que peuvent revêtir les renvois conventionnels et que nous venons d'explicitier, même si une telle distinction a été jusqu'à présent – et est encore – largement négligée par la doctrine et la pratique⁵⁷. En effet, si les « clauses de réserve » et les « normes de rattachement » ne posent aucun problème constitutionnel particulier, les « renvois dynamiques externes » devraient, eux, respecter les conditions générales régissant les délégations législatives, comme n'importe quels renvois législatifs faits au profit de normes adoptées par une collectivité extraterritoriale. Le fait est qu'en convenant d'un tel renvoi, une collectivité donnée délègue à une autre collectivité le pouvoir d'adopter et de modifier des dispositions légales importantes applicables sur son propre territoire. Nous avons examiné ce point en deuxième partie de thèse (*supra* N 556).

En pratique, comme le démontrent les exemples exposés ci-avant et comme l'illustreront d'autres exemples encore, il arrive très souvent que les « renvois dynamiques externes » contenus dans les conventions organisatrices régionales ne respectent pas les exigences fixées en matière de délégation législative et s'avèrent ainsi inconstitutionnels (voir N 984, 1006 ss et 1022).

Le traitement des renvois inconstitutionnels. – Les renvois dynamiques ex- 955 ternes inconstitutionnels sont théoriquement inapplicables et inefficaces. Dans la mesure où leur formulation s'y prête, on pourrait évidemment se demander s'il est possible de les appliquer comme des renvois statiques en se pliant à une interprétation des normes conforme au droit supérieur. Compte tenu des problèmes de sécurité du droit qu'elle pose, une telle solution s'avère cependant « *kaum handhandbar* », pour reprendre les mots d'UHLMANN et de ZEHNDER⁵⁸. À partir de là, pour des raisons pratiques, il est préférable d'accepter, en dernier recours, l'application d'un renvoi dynamique, même inconstitutionnel, tant qu'aucune norme importante et concernée par le renvoi n'a été modifiée de manière substantielle⁵⁹. C'est là la voie qu'a déjà semblé suivre le Tribunal fédéral

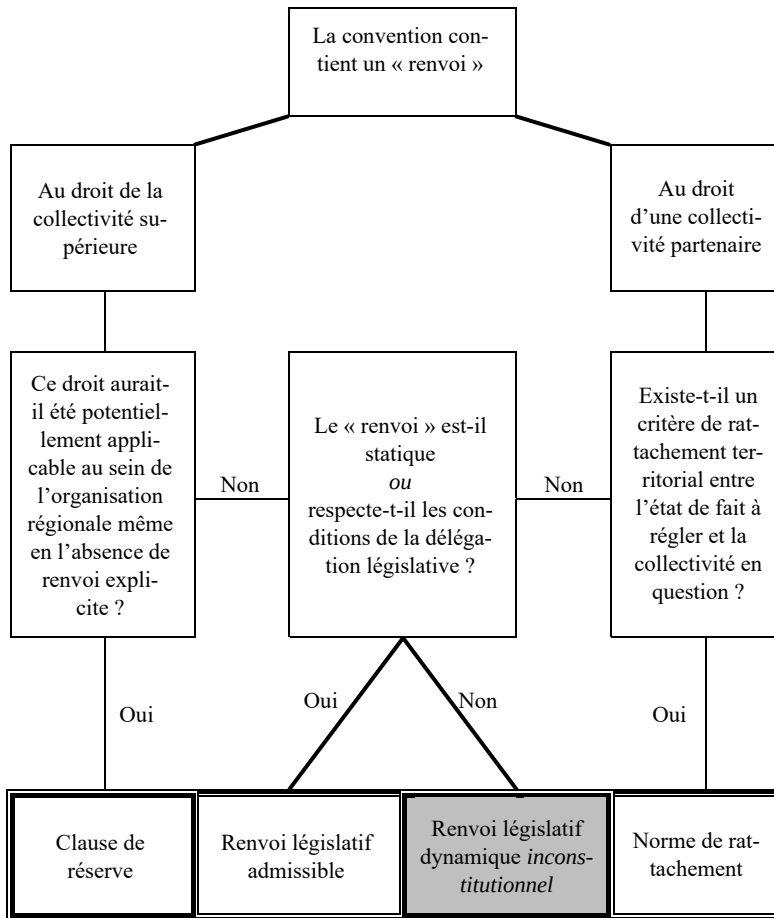
⁵⁶ Art. 16 et 18 ZPK; art. 8 C-Police du Lac NE.

⁵⁷ Pour des exemples où aucune différenciation n'est faite, ZPDK (2009), p. 14.

⁵⁸ UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 24 s.

⁵⁹ Dans le même sens, SCHENKE (1980), p. 749.

lorsque le droit cantonal renvoyait de manière dynamique au droit fédéral à mauvais escient (sur la question, *supra* N 561).



b. Le « renvoi général » à un droit cantonal ou communal

956 La notion de « renvoi général ». – Au sens du présent travail, nous entendons par « renvois généraux » les dispositions conventionnelles qui prévoient qu'un ordre juridique déterminé – en principe l'ensemble d'un droit cantonal ou, plus rarement, l'ensemble d'un droit communal – s'applique aux diverses questions que peut poser le fonctionnement d'une organisation régionale et qui ne sont réglées ni par le droit supérieur, ni par le droit régional.

Autrement dit, par l'adoption d'un « renvoi général » conventionnel, les cantons ou les communes partenaires s'accordent sur le fait que le fonctionnement de l'organisation régionale dont ils ou elles sont membres doit être soumis, à titre général et subsidiaire, au droit de l'un de ces cantons ou de l'une de ces communes, dans la mesure où le droit supérieur et le droit régional contiendraient des lacunes.

Le « renvoi général » au droit du siège. – Ce que l'on peut constater est que de nombreuses conventions organisatrices intercantionales renvoient de manière générale et subsidiaire au droit du canton siège de l'organisation régionale commune qu'elles créent⁶⁰. Cette solution est même souvent conseillée, voire prescrite, afin de faciliter la collaboration entre cantons⁶¹. C'est du moins ce qui prévaut dans les domaines soumis à l'ACI puisque l'art. 11 ACI fixe la règle générale dispositive selon laquelle « [l]e droit applicable est le droit où se trouve le siège de l'organisme responsable commun », sous réserve d'éventuelles « règles divergentes prévues par [l]es conventions intercantionales ».

957

Il n'en demeure pas moins que de tels renvois généraux – qui sont en principe formulés comme des « renvois externes dynamiques » – peuvent poser des problèmes de constitutionnalité. À l'instar de ce qui prévaut s'agissant du renvoi spécial, le renvoi général au droit du siège peut certes s'assimiler, selon les circonstances, à une norme de rattachement tout à fait valable. Toutefois, il peut aussi se rapprocher d'une délégation législative douteuse d'un point de vue constitutionnel.

Un rattachement territorial pertinent. – Nous ne contesterons pas que, dans la mesure où une organisation commune exerce une part prépondérante de son activité dans le canton où elle a son siège, le « renvoi général » au droit adopté par ce canton représentera régulièrement une norme de rattachement pertinente. Le droit renvoyé s'applique alors comme si l'organisation régionale était soumise à la souveraineté territoriale du canton siège, si bien que le « renvoi » opéré ne pose pas de problème particulier.

958

À titre illustratif, il paraît assez logique qu'un marché public lié au fonctionnement d'une entité intercantonale commune fasse l'objet d'une adjudication conforme au droit prévalant au lieu du siège de celle-ci⁶². Il semble aussi conforme au principe de territorialité que les différentes questions d'archivage et de protection des données que pose une telle entité soient entièrement régies par le droit du canton où se situe le siège de cette institution, dans la mesure où les

⁶⁰ Art. 41 C-HEP-BEJUNE; art. 4 V-BVG-Aufsicht Ostschweiz.

⁶¹ ZRK (2003/II), p. 4 ; ZRK (2003/III), p. 6. C'est également la règle prévue en matière de coopération transfrontalière par l'art. 11 al. 1 AKCT.

⁶² ZBDK (2006), p. 11 ; BOVET (1999), p. 137 ; pour un exemple, Tribunal cantonal JU, arrêt ADM 119/2012 du 21 novembre 2013, consid. 1.

données y sont détenues et traitées. On remarquera d'ailleurs que plusieurs conventions intercantionales précisent que le renvoi général au droit du siège vaut « en particulier pour les appels d'offres, la protection des données et l'archivage »⁶³.

959 *Un rattachement potentiellement exorbitant.* – Il n'empêche que le fait qu'une entité ait son siège dans un canton déterminé ne permet pas forcément de justifier l'application du droit de ce canton à toutes les activités déployées par elle au sein de l'organisation régionale⁶⁴. Imaginons le cas d'une entité appelée à accomplir des actes de surveillance ou de police sur des états de fait qui ne présentent aucun rattachement avec le territoire du canton où elle a son siège (p. ex. office vétérinaire intercantonal, service des eaux, service de surveillance des fondations, police intercantonale). Dans de tels cas, le renvoi général au droit du canton siège représente une forme de délégation législative qui est concédée par un canton en faveur d'un autre et qui permet au second d'exercer une forme de compétence réglementaire extraterritoriale sur le territoire du premier. Or, un tel renvoi – conçu par définition comme un blanc-seing – s'avère forcément anticonstitutionnel, car il ne respecte pas les règles de délégation législative qui s'imposent normalement à lui (sur la question, *supra* N 556).

Il convient dès lors de se méfier des « renvois généraux » au droit d'un canton partenaire auxquels les cantons ont parfois recours à mauvais escient, du moins d'un point de vue constitutionnel (déjà dans le même sens, *supra* N 954).

960 *Le risque d'insécurité juridique.* – Rappelons enfin que les renvois externes généraux au droit d'une collectivité publique posent des problèmes de sécurité du droit dans la mesure où il peut s'avérer difficile de définir quelles règles sont réellement applicables du fait de ce renvoi. Nous avons évoqué ce problème en deuxième partie de thèse (sur la question, *supra* N 555).

Le risque d'imprécision et d'insécurité se voit même exacerbé en matière d'organisation régionale conventionnelle. D'une part, le droit cantonal renvoyé n'a pas forcément été conçu pour régir l'organisation et le fonctionnement d'institutions intercantionales communes. D'autre part, les cantons partenaires ne sont pas forcément conscients de la portée qui pourrait être attribuée à un renvoi général, si bien que l'on peut être amené à douter, le moment venu, de la portée qu'il convient de conférer, en réalité, à ce renvoi (pour des exemples,

⁶³ Art. 30 C-AS-SO; aussi dans le même sens, art. 36 K-Polizeischule Hitzkirch; art. 22 al. 1 V-BVG-Aufsicht BS/BL; art. 24 K-ZBSA.

⁶⁴ Dans le même sens, ZEHNDER (2007), p. 300.

infra N 978, 992 et 1015)⁶⁵. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle jurassienne considère qu'un tel renvoi peut paraître « *trop indifférencié pour remplir utilement et raisonnablement la fonction qui est la sienne* »⁶⁶.

II. Le droit applicable au fonctionnement de l'organisation régionale conventionnelle

Introduction. – Afin d'illustrer les considérations générales qui précèdent, nous proposons d'approfondir, dans ce chapitre, deux problématiques particulières s'agissant de la définition des règles applicables au fonctionnement des organisations régionales conventionnelles.

961

Il s'agit, premièrement, de traiter de la question du droit applicable au statut du personnel des entités régionales communes et des procédés légistiques admissibles dans ce domaine (A). Il s'agit, secondement, d'examiner la question du droit applicable lors de la perception de taxes causales dans le cadre d'une organisation régionale et, à nouveau, les différents procédés légistiques admissibles dans ce domaine (B).

A. Le droit applicable au statut du personnel

La problématique. – Dans la mesure où une organisation régionale commune – existante ou à créer – dispose ou disposera de son propre personnel, les cantons et les communes partenaires doivent forcément s'interroger sur les règles auxquelles sont ou seront soumis les rapports de travail au sein de cette organisation⁶⁷. On considère parfois même que la définition du statut du personnel est l'un des problèmes les plus complexes à résoudre lors de l'élaboration d'une convention organisatrice intercantonale ou intercommunale⁶⁸.

962

Il s'agit en l'occurrence de déterminer le régime juridique applicable aux rapports de travail au sein de l'organisation régionale soit en renonçant à toute

⁶⁵ Voir Personalrekursgericht AG, arrêt du 3 juillet 2008, consid. III/1.3, in: AGVE 2008, p. 433, où le tribunal argovien peine à déterminer les règles que les cantons partenaires « *hätten übernehmen wollen* » par le biais d'un renvoi déterminé.

⁶⁶ Tribunal cantonal JU, arrêt du 28 mars 2006, consid. 2.3.1, in: RJJ 2006, p. 342.

⁶⁷ La question de la réglementation du statut du personnel cantonal ou communal chargé d'exécuter une tâche publique pour le compte d'un autre canton ou d'une autre commune ne pose quant à elle pas de problème particulier. Le statut du personnel engagé pour une telle tâche est régi – sous tous ses aspects (sanctions disciplinaires, assurances, etc.) – par le droit de la collectivité qui emploie le personnel en question. Le principe est en général rappelé par les conventions (voir, pour des exemples, art. 7 et 10 C-Police Suisse romande; voir aussi art. 4 al. 1 let. f IKAPOL; art. 9 V-Hallwilersee LU/AG).

⁶⁸ CONSEIL D'ÉTAT VD (1998), p. 4425.

réglementation expresse de niveau régional (1), soit en créant un statut spécial de droit régional (2), soit en renvoyant à des règles existantes (3). Ce faisant, il convient de ne pas perdre de vue le principe selon lequel les éléments les plus importants du statut des employés de l'État doivent être réglés dans un acte normatif valant – ou équivalant à une – « loi formelle » (sur la question, *supra* N 512).

1. L'absence de réglementation régionale expresse

963 *L'application automatique du droit supérieur.* – Lors de l'élaboration de la convention organisatrice, les cantons ou les communes partenaires peuvent tout d'abord choisir de renoncer, purement et simplement, à régler le statut des employés de l'entité régionale qu'ils créent. Il faut dire qu'en soi, cette question ne représente pas une problématique que doit forcément traiter une convention organisatrice intercantonale ou intercommunale puisqu'elle peut être exhaustivement réglée en application du droit supérieur.

964 *Dans les organisations intercommunales* – Le principe qui vient d'être exposé vaut évidemment pour la problématique de la réglementation des rapports de travail au sein des organisations régionales intercommunales. En effet, de nombreux législateurs cantonaux ont prévu que le droit cantonal sur la fonction publique s'appliquait également dans les communes qui ne se dotaient pas d'une réglementation propre à ce sujet, une telle règle valant aussi pour les organisations intercommunales. Dans ces cantons, les employés intercommunaux se voient donc soumis directement au droit cantonal⁶⁹. Dans les autres cantons, en l'absence de réglementation intercommunale ou cantonale contraire⁷⁰, les rapports de travail des employés intercommunaux suivent les règles du droit privé fédéral, c'est-à-dire du Code des obligations (CO), à l'instar de ce qui prévaut au sein des organisations intercantionales.

965 *Dans les organisations intercantionales.* – En l'absence de réglementation intercantonale contraire, ce sont toujours les art. 319 à 342 CO qui régissent les rapports de travail d'une entité intercantonale de droit public. En effet, l'art. 342 al. 1 CO – qui réserve les dispositions spéciales des cantons et des communes en matière de rapports de travail de droit public – ne fait que rappeler que les

⁶⁹ Voir, notamment, art. 32 LCo BE; art. 99 al. 2 LCom JU; art. 70 al. 2 LCo FR; 95 al. 1 LCo VS; art. 53 al. 2 GG ZH; pour un exemple, Tribunal administratif BE, arrêt du 15 juin 1981, consid. 3, in : JAB 1981, p. 392-405.

⁷⁰ Voir, pour un exemple de droit qui contraint les communes et les associations de communes à prévoir un statut de droit public, art. 120 s. et 179 GG SO en lien avec Tribunal fédéral, arrêt 1C_183/2007 du 5 février 2008.

cantons et les communes « peuvent » choisir de régler eux-mêmes les conditions de travail des personnes qu'ils ont engagées – ou que leurs organisations décentralisées ont engagées – et, ainsi, les soustraire au champ d'application du CO⁷¹. Ils ne sont nullement contraints de mettre en place un régime particulier de droit public. Il n'existe pas, en droit fédéral, d'exclusion générale du recours au droit privé pour réglementer les rapports de travail du personnel étatique⁷².

Ainsi, lorsqu'aucune règle intercantonale ne permet de déduire que les cantons avaient l'intention de soumettre les employés d'une organisation intercantonale commune à un statut de travail de droit public, le cas échéant fondé sur un contrat de droit administratif⁷³, il faut partir de l'idée, à notre sens, que les règles du Code des obligations sont applicables aux rapports de travail au sein de cette organisation et que le statut de son personnel relève donc du droit privé⁷⁴. L'application directe du droit privé fédéral entraînera également, en cas de litiges judiciaires, celle des règles de procédure civile fédérale, notamment en matière de for judiciaire.

L'exemple de la HES-SO. – Selon nos informations, les personnes employées directement par la HES-SO – et non par l'une des écoles qui sont affiliées à celle-ci – sont engagées

⁷¹ Voir, entre autres, MAHON/JEANNERAT (2013/II), N 7 ad art. 342 CO.

⁷² Notamment ATF 142 II 154, consid. 5.2, et Tribunal fédéral, arrêt 8C_227/2014 du 18 février 2015, consid. 4.2.2. L'application généralisée du droit privé au rapport de travail des employés des organisations régionales intercantionales ou intercommunales qui exécutent une tâche publique peut néanmoins représenter une violation du droit constitutionnel cantonal. Nous y reviendrons encore (*infra* N 975).

⁷³ On pourrait, par exemple, supputer que deux cantons entendent *a priori* soumettre un rapport de travail au droit public, le cas échéant par le biais d'un contrat de droit administratif, dès lors qu'ils conviennent d'une règle expresse selon laquelle les employés intercantonaux peuvent – mais ne doivent pas forcément – être engagés sur la base d'un contrat de droit privé (voir art. 5 al. 2 V-Regionalplanung BS/BL). Voir, pour un autre exemple, art. 27 al. 1 des statuts de la CIIP du 25 novembre 2011, lequel prévoit « [l]e personnel [du secrétariat de la CIIP] permanent est engagé conformément aux normes statutaires et salariales de la fonction publique du canton de Neuchâtel ». En effet, la CSR ne prévoit pas de règle particulière sur le statut du personnel de la CIIP, mais il est conforme aux usages des conférences intercantionales que le statut du personnel de celles-ci suive celui du canton du siège de la conférence ou de son secrétariat (cf. CIIP [2011], p. 13).

⁷⁴ Sur l'application du CO comme réglementation de droit privé en cas d'absence de réglementation de droit public, entre autres, POLEDNA (1999), p. 212; HANGARTNER (1979), p. 390; d'un point de vue critique, BRÜHWILER (2014), N 1c ad art. 342 CO; voir, pour un avis différent, ZEHNDER (2007), p. 312, lequel considère, non seulement, que les règles du CO ne s'appliquent que pour autant que l'on ne peut pas déduire de la convention spécifique ou d'une règle intercantonale générale qu'un droit cantonal est applicable à titre subsidiaire, mais également que les règles du CO s'appliqueraient encore, quoi qu'il en soit, comme droit public intercantonal.

sur la base d'un contrat de droit privé. La C-HES-SO ne contient en effet aucune règle particulière sur le statut des personnes travaillant au sein du rectorat de la HES-SO.

2. L'adoption d'une réglementation régionale

966 *L'adoption de normes conventionnelles.* – Si, lors de la création d'une organisation régionale commune, les cantons ou les communes veulent, en matière de réglementation des rapports de travail, déroger aux règles du droit privé fédéral, voire à celles du droit cantonal supérieur, la solution la plus simple, sur un plan purement juridique, s'avère de créer les bases légales spécifiques directement dans la convention organisatrice. Le procédé alourdit certes la convention, mais n'est pas inconcevable.

L'exemple du Gymnase intercantonal de la Broye. – C'est ainsi que les cantons de Vaud et de Fribourg se sont entendus pour régler de manière extrêmement précise le statut de travail des enseignants du Gymnase intercantonal de la Broye directement dans la CIGB VD/FR. Cette dernière contient près d'une trentaine de dispositions conventionnelles qui règlent de très nombreuses problématiques liées au rapport de travail – et qui constituent les « règles essentielles » du statut du personnel⁷⁵ – au sein de cet établissement intercantonal⁷⁶.

967 *La délégation législative à un organe régional.* – Il n'est pas forcément opportun de régler de manière détaillée l'ensemble du statut du personnel d'une institution régionale dans la convention qui crée cette institution. Le risque est qu'il devienne difficile d'adapter ce statut du personnel compte tenu de la lourdeur qui caractérise la procédure de modification conventionnelle. En pratique, la création d'un statut de travail de droit public régional passe donc presque obligatoirement par une délégation législative en faveur d'un organe régional, lequel est appelé à définir – ou du moins à préciser – les règles d'un tel statut et, le cas échéant, à les adapter au gré des besoins.

Il arrive ainsi régulièrement que les conventions organisatrices régionales fondant des associations de communes octroient à l'assemblée des délégués la compétence de fixer l'entier du statut du personnel de l'association. Au niveau intercommunal, une telle délégation en blanc n'est pas problématique sur un plan constitutionnel puisque, comme nous l'avons déjà évoqué, les actes normatifs adoptés par les assemblées des délégués valent généralement « loi au sens formel » (voir sur la question, *supra* N 932)⁷⁷.

⁷⁵ CONSEIL D'ÉTAT VD (1998), p. 4427.

⁷⁶ Voir art. 35-63 CIGB VD/FR.

⁷⁷ Pour un exemple, Tribunal fédéral, arrêt 8C_62/2014 du 29 novembre 2014; aussi art. 29 du règlement type d'organisation (RO) pour les syndicats de communes, teneur au mois de février 2017 (consulté sous www.jgk.be.ch > Communes > Droit communal > Modèles de règlement, le 30 juin 2017).

La délégation législative à un organe intercantonal en particulier. – À notre sens, les cantons peuvent également prévoir des délégations législatives assez larges afin d'autoriser un organe régional à adopter l'essentiel des règles régissant le statut du personnel d'une institution intercantonale. Certes, l'art. 48 al. 4 Cst. dispose que les délégations législatives contenues par les conventions intercantionales doivent fixer les « grandes lignes » des réglementations à adopter par l'organe intercantonal bénéficiaire de la délégation. Toutefois, une interprétation large de l'art. 48 al. 4 Cst. peut se justifier d'un point de vue constitutionnel.

968

Premièrement, la jurisprudence ne s'est jamais montrée tatillonne en matière de délégation législative dans des domaines qui, comme le droit de la fonction publique, concernent un statut de droit spécial (sur la question, *supra* N 512 et 535). Deuxièmement, l'organe intercantonal se révèle assurément l'organe le mieux à même pour adopter le statut de travail en question et, le cas échéant, pour procéder à sa révision. Il s'agit de tenir compte notamment de la nature particulière de l'organisation intercantonale que le droit constitutionnel promeut (sur la question, *supra* N 925 s.). Troisièmement, le fait que le statut de travail intercantonal reprenne largement la réglementation existante dans les cantons partenaires⁷⁸, c'est-à-dire corresponde à un certain standard, ou le fait que ce statut bénéficie d'une légitimité particulière du fait de sa procédure d'adoption (convention collective de droit public, approbation parlementaire⁷⁹, etc.) permet également de justifier, à notre sens, des délégations législatives relativement larges en matière de réglementation du statut du personnel intercantonal (sur la question, *supra* N 536 et 927).

Ce sont en tout cas là des prémisses sur lesquelles la pratique semble se reposer pour effectuer une interprétation extrêmement large de l'art. 48 al. 4 Cst.

Quelques exemples admissibles. – C'est ainsi que le statut du personnel de l'autorité de surveillance des caisses LPP et des fondations pour les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne est régi par le droit cantonal du canton de Bâle-Ville où l'établissement intercantonal a son siège, mais que le conseil d'administration peut adopter des règles spéciales qui « *den besonderen Verhältnissen*

969

⁷⁸ Voir, s'agissant du statut du personnel du Gymnase intercantonal de la Broye, CONSEIL D'ÉTAT FR (2003), p. 76; s'agissant du statut du personnel de l'établissement pénitentiaire de Bostadel, BEURRET-FLÜCK (1983), p. 79.

⁷⁹ Voir l'art. 15 al. 1 aV-Bostadel, aujourd'hui modifié, qui prévoyait à l'origine que le statut du personnel des établissements pénitentiaires de Bostadel faisait l'objet d'un règlement sur le personnel adopté conjointement par les deux cantons partenaires – en l'occurrence les cantons de Bâle-Ville et de Zoug – et approuvés par les deux parlements de ces deux cantons (voir pour la version initiale de la convention, Sammlung der Gesetze 1972-1974, Basel-Stadt, p. 71).

der selbständigen interkantonalen Anstalt Rechnung tragen »⁸⁰. Une réglementation similaire vaut également pour le statut du personnel de l'autorité de surveillance de Suisse centrale⁸¹. Ce type de délégation législative respecte les exigences constitutionnelles, à tout le moins dans la mesure où le statut s'écarte des statuts cantonaux auxquels il est renvoyé uniquement sur des questions qui ne doivent pas obligatoirement être réglées par une base légale formelle⁸².

On retrouve également des délégations législatives « encadrées » similaires dans les organisations intercantionales de Suisse romande. L'art. 35 al. 1 CIGB VD/FR prévoit par exemple que le Conseil du Gymnase intercantonal de la Broye peut adopter des dispositions réglementaires relatives au statut du personnel sous la réserve qu'il s'inspire des normes existant dans les cantons partenaires. Le comité stratégique de la HEP-BEJUNE a également le pouvoir d'adopter un « statut harmonisé » qui s'applique aux personnes nouvellement engagées de la haute école⁸³. Quant au Conseil d'établissement de l'Hôpital intercantonal de la Broye, il peut conclure des conventions collectives de travail de droit public avec au moins deux organisations représentatives du personnel, étant précisé que, si les conventions ne peuvent être conclues, les deux Conseils d'État décident de l'application soit des conventions collectives en vigueur pour le personnel hospitalier dans le canton de Vaud, soit du statut public du personnel hospitalier du canton de Fribourg⁸⁴.

970

Les délégations en blanc au niveau intercantonal. – Une délégation législative assez large peut donc se justifier s'agissant de la réglementation du statut du personnel d'une organisation intercantonale. En revanche, les cantons ne peuvent pas laisser un organe intercantonal totalement libre quant à la manière d'aménager – de manière durable⁸⁵ – un tel statut, même par le biais d'une convention collective de droit public⁸⁶. Dans la mesure où cet organe ne passe pas pour un « législateur formel », une délégation législative sous forme d'un « blanc-seing » viole assurément le principe de légalité. Elle viole aussi clairement l'art. 48 al. 4 Cst. qui prévoit que les délégations législatives au niveau

⁸⁰ Art. 12 V-BVG-Aufsicht BS/BL.

⁸¹ Art. 14 al. 2 K-ZBSA; aussi art. 13 V-FHZ.

⁸² Voir, dans ce sens également, ZEHNDER [2007], p. 304 et 313; aussi ATF 128 113, consid. 3.

⁸³ Art. 28 et 33 C-HEP-BEJUNE.

⁸⁴ Art. 20 C-HIB VD/FR.

⁸⁵ Voir art. 13 al. 3 Staatsvertrag FHNW qui reconnaît à un organe régional le droit d'établir un statut du personnel provisoire dans l'attente de la conclusion d'une convention collective de travail de droit public applicable aux employés de la Haute école de la Suisse nord-occidentale.

⁸⁶ Voir, sur le fait que les CCT de droit public devraient respecter les conditions de délégation législative, art. 6 al. 3 de la LF sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers; RS 172.220.1); aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2065 ; RICHLI (1996), p. 61-65.

intercantonal doivent contenir les « grandes lignes » de la réglementation à adopter.

Cette évidence juridique n'est cependant pas toujours respectée en pratique, car de nombreuses conventions organisatrices intercantionales contiennent de véritables « chèques en blanc » en matière de réglementation du statut du personnel. La doctrine pointe notamment du doigt la réglementation, prévue à l'art. 18 V-Unibas, selon laquelle le Conseil de l'Université de Bâle adopte le statut du personnel de cette haute école⁸⁷. Il existe d'autres réglementations intercantionales similaires⁸⁸. En Suisse romande, l'art. 18 C-AS-SO autorise le Conseil d'administration de l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale à établir un statut particulier pour le personnel de cet établissement autonome de droit intercantonal. Enfin, selon l'art. 43 al. 1 C-HE-ARC, le statut du personnel de la HE-Arc est approuvé par le Comité stratégique sur la base des propositions de la Direction générale.

3. Le renvoi à un statut existant

Le renvoi au droit d'un canton ou d'une commune partenaire. – Une alternative à la création d'un statut de travail régional consiste à inscrire, dans la convention organisatrice intercantonale ou intercommunale, la règle selon laquelle les employés de l'organisation commune fondée par cette convention sont soumis à un statut du personnel préexistant, en renvoyant, par exemple, à la réglementation qui s'applique aux employés de l'un des cantons ou de l'une des communes partenaires. Il s'agit là d'une pratique extrêmement répandue en matière intercantonale, étant entendu que de nombreuses conventions organisatrices renvoient au droit du canton siège des institutions intercantionales qu'elles fondent⁸⁹. Un tel renvoi se voit parfois complété par une délégation législative en

971

⁸⁷ Cf. JENNY (2008), p. 282; ZEHNDER (2007), p. 312; du même avis, mais s'agissant de l'ancienne convention intercantonale, RICHLI (2001), p. 107-109, et RICHLI (1996), p. 34.

⁸⁸ Pour un exemple, art. 15 al. 1 V-Bostadel: « *Die Anstellungsbedingungen, Besoldungen, Pensions- und Versicherungsfragen, die Rechte und Pflichten sowie das Disziplinarrecht werden in einer von den beiden Regierungen zu erlassenden Personalverordnung geregelt* »; art. 13 Staatsvertrag FHNW, selon lequel « *[d]ie Anstellungsbedingungen werden in einem öffentlich-rechtlichen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) festgelegt* », mais que « *[e]inigen sich die Parteien nicht rechtzeitig auf einen GAV, erlässt der Fachhochschulrat provisorische Vorschriften für die Ausgestaltung der Arbeitsverträge* »

⁸⁹ Voir, pour des exemples, Art. 19 al. 2 Rheinhafen-Vertrag: « *Die Anstellungsbedingungen richten sich nach den personalrechtlichen Bestimmungen für das basellandschaftliche Staatspersonal* »; art. 8 V-Prüfstation BS/BL: « *Die Arbeitsverhältnisse und das Disziplinarrecht der Mitarbeiter richten sich nach basellandschaftlichem Beamtenrecht* » Ce n'est que rarement que la convention renvoie à plusieurs droits. La solution est parfois prévue, lors de la fusion de plusieurs entités cantonales en une entité intercantonale, que le statut du personnel

faveur d'un organe régional à qui l'on attribue le pouvoir d'adopter des règles spéciales dérogoires au statut cantonal dans la mesure où celui-ci ne se révélerait pas totalement adapté au fonctionnement de l'organisation régionale (aussi *supra* N 969)⁹⁰.

972

La constitutionnalité du renvoi à un statut cantonal. – Contrairement à ce que craint ZEHNDER, un tel renvoi ne suscite pas de « *verfassungsrechtliche Bedenken* », ce même si l'organisation régionale et certaines collectivités partenaires pourraient se voir soumises à – voire contraintes d'accepter – d'éventuelles révisions législatives décidées unilatéralement par une autre collectivité partenaire au droit duquel la convention renvoie⁹¹.

À y regarder de plus près, le renvoi opéré par une convention organisatrice en faveur d'un statut de travail prévalant déjà pour les employés de l'une des collectivités partenaires ne consiste pas en un « renvoi législatif dynamique », lequel devrait, rappelons-le, respecter les conditions applicables à la délégation législative (voir *supra* N 953 s.). Il représente en réalité une « norme de rattachement » parfaitement admissible du point de vue constitutionnel⁹². En effet, comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse, du point de vue du principe de territorialité, un rapport de travail peut être soumis non seulement au droit de la collectivité publique sur le territoire de laquelle l'employé accomplit habituellement son travail, mais également au droit de la collectivité publique sur le

est régi par un droit cantonal donné, mais que la réglementation de l'assurance LPP des employés ou de certains d'entre eux relève d'un autre droit cantonal, pour des questions de droit acquis (voir art. 5 V-BVG-Aufsicht Ostschweiz et REGIERUNG GR [2006 III], p. 16). De même, le statut du personnel peut rester régi par le droit applicable au lieu de travail de l'employeur ou par celui de l'ancien canton employeur. Une telle solution ne pourra cependant valoir que de manière provisoire, dans l'attente de l'édiction d'un statut intercantonal (p. ex. art. 34 al. 8 Staatsvertrag FHNW). Si elle était appliquée sur le long terme, une telle solution ne favoriserait pas l'émergence d'un esprit de travail commun et compliquerait le fonctionnement de l'organisation. De plus, le principe selon lequel chaque collaborateur conserve le statut dont il bénéficiait avant son engagement au sein de l'organisation est inapplicable pour les employés n'ayant encore exercé aucune activité au service des cantons concernés (cf. dans ce sens aussi CONSEIL D'ÉTAT FR [2003], p. 76).

⁹⁰ Voir, pour un exemple, art. 6 CPDT-JUNE; aussi art. 27 C-HEP-BEJUNE, selon lequel le Comité stratégique de l'école intercantonale peut, sur proposition du Comité de direction, et après consultation du Conseil des formatrices et formateurs, édicter un règlement dérogeant aux statuts cantonaux dans certains domaines précis (temps de travail, cahier des charges, conditions de rémunération); aussi art. 25 al. 2 et 3 K-Polizeischule Hitzkirch.

⁹¹ Cf. ZEHNDER (2007), p. 301 s.; aussi UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 24 s.

⁹² On peut tout au plus soutenir qu'une telle norme de rattachement représente, selon les circonstances, un abandon de souveraineté trop important, notamment lorsqu'une modification législative entraînerait une augmentation des coûts de fonctionnement de l'organisation régionale imposée unilatéralement par un canton partenaire.

territoire de laquelle l'employeur est établi (sur les critères de rattachement pertinents, *supra* N 350)⁹³.

Le renvoi au droit public supérieur. – Lors de l'élaboration d'une convention organisatrice régionale, on peut également prévoir que le statut du personnel de l'organisation intercantonale ou intercommunale ne relève pas des règles adoptées par l'une des collectivités partenaires, mais qu'il suive les règles de droit adoptées par la collectivité supérieure. Par exemple, une convention organisatrice intercommunale peut procéder à un renvoi en faveur du statut du personnel cantonal s'agissant de la réglementation du statut du personnel engagé par l'organisation intercommunale.

Un tel renvoi ne pose pas de problème particulier dans la mesure où le droit supérieur s'appliquerait de toute manière en l'absence de renvoi. Il représente dans une telle situation une simple clause de réserve d'effet déclaratif (sur la question, *supra* N 951). Dans les autres cas, un renvoi au statut de travail du droit public de la collectivité supérieure peut s'avérer en revanche problématique. On pensera ici au cas où la convention organisatrice intercantonale ou intercommunale renverrait à des normes de droit public fédéral qui ont un effet important sur la position de l'employé. Nous ne connaissons pas d'exemple actuel. Cependant, dans les années 1990, dans le cadre du projet avorté de création d'un réseau hospitalo-universitaire entre les cantons de Genève et de Vaud, il avait été convenu que certains employés auraient pu se voir infliger les sanctions disciplinaires prévues par le statut des fonctionnaires de l'administration fédérale⁹⁴. Un tel renvoi au droit fédéral – considéré comme un renvoi dynamique externe – aurait été inconstitutionnel à notre avis. Nous reviendrons encore sur cette question lorsque nous aborderons la problématique du renvoi que contiennent de nombreuses conventions intercantionales en faveur de la procédure administrative fédérale (*infra* N 1008 ss).

Le renvoi au droit privé fédéral. – Une convention organisatrice régionale peut enfin renvoyer au droit privé fédéral, en l'occurrence aux dispositions du Code des obligations (CO) relatives aux contrats de travail.

Dans la mesure où la convention réglemente déjà en partie le statut du personnel régional et que le renvoi n'est que partiel, il faut convenir que le droit privé fédéral s'applique comme du droit intercantonal ou intercommunal public

⁹³ Le Tribunal fédéral ne s'est encore jamais prononcé sur la qualification de tels renvois en matière de définition du statut du personnel intercantonal. On remarquera toutefois qu'en cas de litige, il considère que le statut auquel la convention intercantonale renvoie représente du droit public cantonal – dont il examine la bonne application sous l'angle de l'arbitraire – et non du droit public intercantonal – dont il devrait examiner librement la bonne application (pour un exemple, Tribunal fédéral, arrêt 8C_619/2014 du 13 avril 2015).

⁹⁴ Voir art. 34 al. 3 P-Concordat RHUSO.

supplétif, à l'instar de ce qui prévaut habituellement au niveau cantonal ou communal⁹⁵.

Il en va toutefois différemment dans le cas où la convention renverrait de manière générale au CO. En effet, contrairement à ce que semble retenir ZEHNDER⁹⁶, il faut partir de la présomption que le renvoi au droit fédéral représente alors une « clause de réserve », qui rappelle qu'en l'absence de réglementation particulière, le statut du personnel d'une entité intercantonale est régi par le droit privé (sur la question, *supra* N 965)⁹⁷. En renvoyant intégralement aux règles du CO s'agissant de la réglementation des rapports de travail au sein de l'organisation régionale, les cantons partenaires n'ont pas voulu adopter un statut intercantonal de droit public qui, matériellement, correspondrait au statut de travail prévu par le droit privé⁹⁸. Les cantons ont simplement voulu signifier que les employés de l'organisation intercantonale étaient engagés sur la base du droit privé fédéral⁹⁹.

L'exemple de l'Hôpital intercantonal Riviera/Chablais. – Par exemple, l'art. 20 C-HIRC VD/VS prévoit que les rapports de travail entre l'Hôpital intercantonal Riviera/Chablais et l'ensemble de son personnel sont régis par le droit privé. Selon les gouvernements cantonaux, l'application du droit privé pour les employés se justifie principalement par le fait que l'Établissement a été conçu comme un établissement intercantonal autonome¹⁰⁰. Les CCT que peut conclure le Conseil d'établissement dans le respect du cadre financier fixé par les deux cantons partenaires représentent donc bien des conventions collectives de droit privé et les litiges qui résultent de leur application doivent faire l'objet d'une procédure judiciaire devant les autorités judiciaires civiles.

975 *La constitutionnalité du renvoi au droit privé fédéral.* – Il se pourrait que le renvoi général au droit privé ne soit pas toujours conforme au droit constitutionnel cantonal. Certes, la plupart des constitutions cantonales – comme la constitution bernoise¹⁰¹ – n'interdisent pas à l'État d'engager des travailleurs sur la base du droit privé, laissant au législateur cantonal le soin de régler les modalités d'engagement du personnel de l'État. Il n'empêche que quelques constitutions cantonales – comme la constitution zurichoise¹⁰² – prévoient que le personnel

⁹⁵ Voir notamment BRÜHWILER (2014), N 1d ad art. 342 CO; MAHON/JEANNERAT (2013/II), N 13 s. ad art. 342 CO; voir aussi *supra* n. 147 ad N 562.

⁹⁶ Cf. ZEHNDER (2007), p. 313.

⁹⁷ Voir aussi N 562, n. 147.

⁹⁸ Il s'agirait sinon d'une délégation législative envers le législateur fédéral qui devrait être qualifiée d'anticonstitutionnelle (à titre de comparaison, *infra* N 1010).

⁹⁹ Voir, notamment, art. 10 V-Swiss TPH BL/BS.

¹⁰⁰ CONSEIL D'ÉTAT VD (2008/II), p. 30 s.

¹⁰¹ Art. 67 al. 3 ConstC BE selon lequel « [I]es rapports de service sont régis par la législation », ce qui n'exclut pas que le législateur prévoie un engagement sur la base du droit privé des fonctionnaires de l'État (cf. BOLZ [1995], N 4 ad art. 67 ConstC BE); dans le même sens à propos de l'art. 46 al. 1 Cst. SH, voir DUBACH (2004), p. 129.

¹⁰² Voir, pour un exemple, art. 47 al. 1 Cst. ZH.

cantonal et communal doit être engagé sur la base du droit public ou, plus ponctuellement, que les rapports de travail dans quelques domaines particuliers doivent relever du droit public. C'est notamment le cas de la constitution cantonale jurassienne qui, en l'état de la jurisprudence, ne permet pas l'aménagement d'un statut de travail de droit privé au sein des hôpitaux publics du canton, ni *a priori* au sein d'hôpitaux publics intercantonaux¹⁰³.

Dans un tel cas, il conviendrait de se demander si la convention organisatrice intercantonale qui renverrait au droit privé ne devrait pas être soumise à référendum obligatoire (sur la question, *infra* N 1069).

B. Le droit applicable au prélèvement de taxes

La problématique. – En principe, une autorité ne peut prélever aucune taxe auprès des administrés sans qu'une base légale formelle ne l'y autorise. Cette base légale doit définir le sujet de la taxe à percevoir, son objet et, du moins dans les grandes lignes, son mode de calcul.

976

Vu ce qui précède, il s'agit de se demander si, en l'absence de réglementation régionale expresse sur la question, aucune taxe ne peut être prélevée dans le cadre de l'exécution d'une tâche publique qui fait l'objet d'une organisation régionale conventionnelle (1). D'un point de vue légistique, il s'agit aussi d'examiner la forme que doit prendre une réglementation régionale expresse sur le sujet (2) et s'il est possible de renvoyer à une réglementation cantonale ou communale existante (3).

1. L'absence de réglementation régionale

Le principe. – En règle générale, l'autorité ne peut prélever des taxes auprès d'un administré que s'il existe une base légale formelle qui lui en donne le droit. À partir de là, une autorité ne peut normalement prélever aucune taxe en contrepartie d'une prestation fournie sur la base d'une convention organisatrice régionale en l'absence de toute réglementation intercantonale ou intercommunale en ce sens. La présomption vaut même lorsque la convention renvoie de manière générale et subsidiaire au droit d'un canton ou d'une commune partenaire, car un tel renvoi, du fait de son indétermination, ne permettra en principe pas de fournir une base légale formelle suffisante à la perception d'une taxe¹⁰⁴.

977

¹⁰³ Voir art. 26 Cst. JU et Cour constitutionnelle JU, arrêt du 27 août 1999, consid. 3-5, in: RJJ 1999, p. 85.

¹⁰⁴ Voir, dans un sens similaire, Personalrekursgericht AG, arrêt du 3 juillet 2008, consid. III/1.3, in: AGVE 2008, p. 433.

Dans une telle situation, il appartient à chacun des cantons ou à chacune des communes partenaires d'offrir dans son propre droit la base légale justifiant la perception d'une éventuelle taxe par l'entité chargée d'exécuter une tâche publique à un niveau régional¹⁰⁵.

Quelques exemples pratiques. – Il existe ainsi des organisations régionales qui prélèvent des taxes dont les bases légales se trouvent dans le droit cantonal ou communal. Le Syndicat pour la gestion des biens des communes des Franches-Montagnes jouit, par exemple, d'une compétence déléguée en matière de ramassage des ordures ménagères et prélève pour ce faire une « taxe au sac » dont le montant est fixé par chacune des communes partenaires, sur proposition du syndicat¹⁰⁶. Au niveau intercantonal, le canton de Bâle-Ville s'était engagé à prélever des taxes relevant de la police de la navigation sur Rhin pour le compte du canton d'Argovie « *sobald dieser die entsprechenden Rechtsgrundlagen geschaffen hat* »¹⁰⁷.

978 *Les exceptions.* – Le principe qui vient d'être exposé connaît bien sûr des tempéraments.

Premièrement, une autorité peut prélever un émolument de chancellerie même en l'absence de toute base légale formelle, voire même en l'absence de toute base légale matérielle (sur la question, *supra* N 511). Deuxièmement, on peut imaginer que le droit fédéral ou le droit cantonal offre lui-même – en tant que droit supérieur – les bases légales nécessaires à la perception d'une taxe par une autorité régionale intercantonale, respectivement intercommunale (p. ex. émolument administratif dû sur la base du CPP pour l'instruction pénale menée sur le territoire d'un autre canton). Troisièmement, une commune ou un canton chargé d'accomplir une tâche publique pour le compte d'une autre commune ou d'un autre canton peut se fonder sur son propre droit au moment de prélever une taxe en contrepartie de l'activité déployée ou de la prestation offerte, si cette prestation ou cette activité présente un lien de rattachement avec son territoire (p. ex. taxe d'écologie due pour la fréquentation de l'école d'une collectivité voisine)¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Cf. aussi ZEHNDER (2007), p. 343, n. 944: « *Denkbar ist, dass jeder Kanton individuell in seinem Recht eine Grundlage schafft, gestützt darauf die Körperschaft Kausalabgaben erheben kann. Dies jedoch immer nur von Leistungsbezügern des entsprechenden Kantons.* »

¹⁰⁶ Voir par exemple art. 6-7 du règlement tarifaire concernant la gestion des déchets de la commune municipale des Bois du 3 novembre 2014 et le Message des autorités communales en vue de la votation communale du 28 septembre 2014 (consultable sur www.lesbois.ch, le 19 janvier 2016).

¹⁰⁷ Art. 14 al. 1 V-Rheinschiffahrt: « *Der Kanton Basel-Stadt ist bereit, im Auftrag des Kantons Aargau Gebühren, Hafenabgaben, Ufergeld sowie Ähnliches für den Kanton Aargau zu erheben, sobald dieser die entsprechenden Rechtsgrundlagen geschaffen hat.* »

¹⁰⁸ Si l'exécution de la tâche justifiant la perception de la taxe n'a pas de lien de rattachement significatif avec le territoire de la collectivité délégataire, il n'existe pas de base légale valable autorisant la perception de la taxe (voir, pour la question, *infra* N 984).

2. L'adoption d'une réglementation régionale expresse

L'adoption de normes conventionnelles. – Vu ce qui précède, s'ils entendent autoriser la perception de taxes au sein des organisations régionales auxquelles ils appartiennent, les cantons et les communes doivent en principe adopter des normes conventionnelles expresses en ce sens. Il n'est cependant pas nécessaire – ni opportun – de procéder à une réglementation exhaustive, voire seulement détaillée des taxes à prélever dans la convention organisatrice régionale. Le problème ne réside pas forcément dans le fait qu'une telle réglementation risque d'alourdir la convention, mais plutôt dans le fait qu'il peut s'avérer nécessaire d'adapter périodiquement le montant des taxes, de sorte qu'il est généralement approprié que la convention laisse à un organe régional le soin de régler le détail de la question. 979

Le contenu des normes conventionnelles. – Il est impossible – et ce n'est pas l'objet de la présente thèse – de répondre de manière absolue et détaillée à la question de l'étendue possible de la délégation législative qui peut être opérée par une convention régionale en matière de perception de taxes. La réponse dépend de nombreux facteurs, comme la nature de la taxe et son montant (sur la question, *supra* N 511). Le principe de base – qui ne vaut pas de manière générale – est que l'objet de la taxe et le cercle des personnes qui y sont assujetties doivent être définis par la convention¹⁰⁹. Celle-ci doit également fixer un cadre général s'agissant du montant de la taxe (p. ex. bases de calcul, montant minimal et maximal, etc.) ainsi que des éventuelles avances ou des sûretés à fournir¹¹⁰. 980

C'est ainsi que les différentes conventions intercantionales, comme le C-AS-SO, qui instituent des autorités régionales communes en matière de surveillance des fondations de prévoyance contiennent des réglementations plus ou moins détaillées sur la manière dont un organe régional peut fixer le tarif des émoluments dus pour son activité de surveillance¹¹¹. Les cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne ont également opté pour une réglementation détaillée dans la convention des taxes qui peuvent être perçues par les « Ports Rhénans Suisses »¹¹². Il s'agit là généralement de reprendre dans la convention ce qui se trouvait – ou aurait dû se trouver – auparavant dans les lois cantonales¹¹³.

Les délégations législatives en blanc. – Assurément, la délégation législative peut être très large si elle opérée en faveur d'un organe régional qui jouit d'une légitimité démocratique particulière, étant précisé que certains conseils 981

¹⁰⁹ Voir BEURRET-FLÜCK (1983), p. 33; DORMANN (1970), p. 103.

¹¹⁰ REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 24; ZEHNDER (2007), p. 343 s.

¹¹¹ Voir art. 24-27 C-AS-SO; art. 17 V-BVG-Aufsicht Ostschweiz; art. 17 V-BVG-Aufsicht BS/BL.

¹¹² Voir art. 28-33 Rheinhafen-Vertrag.

¹¹³ Voir REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 24; aussi *supra* N 511.

intercommunaux reçoivent parfois la compétence de régler l'ensemble des questions liées au prélèvement d'une taxe (p. ex. une contribution d'équipement). On pourrait imaginer qu'il en aille de même au niveau intercantonal en cas de délégation législative en faveur d'une commission interparlementaire (*supra* N 934 ss).

On doutera en revanche de la constitutionnalité d'une convention qui se contenterait de charger un organe régional peu démocratique – n'équivalant pas à un « législateur formel » – d'adopter un règlement sur les taxes dues à l'organisation régionale, à moins bien sûr qu'une règle de droit supérieur, fédéral ou cantonal, fournisse déjà une base légale formelle suffisante aux taxes en question¹¹⁴. Une telle délégation est tout au plus admissible dans les cas où il s'agit d'autoriser le prélèvement d'émoluments en contrepartie d'actes effectués dans l'intérêt et à la demande du débiteur de la taxe, pour autant encore que le montant de celle-ci respecte le principe d'équivalence et de couverture des coûts et qu'il reste relativement peu élevé ou, alors qu'il corresponde à une pratique extrêmement similaire dans le pays (*supra* N 536). Cela sera en principe le cas des émoluments judiciaires¹¹⁵ et des émoluments liés à une procédure administrative ordinaire peu complexe¹¹⁶. Ce sera aussi le cas des taxes universitaires ou scolaires semestrielles d'admission¹¹⁷.

Dans ce dernier cas cependant, l'organisation régionale – telle qu'une université ou une haute école intercantonale – ne devrait pas pouvoir décider d'une augmentation sensible des taxes qui ne correspondrait à aucun usage, au risque sinon de violer le principe de légalité formelle des taxes¹¹⁸. C'est d'ailleurs

¹¹⁴ Voir ATF 128 II 247, consid. 5, où le Tribunal fédéral trouve extrêmement douteuse une délégation législative prévoyant la perception de « *angemessene Gebühren* » dans le cadre de procédures administratives menées par la ComCo; dans le même sens, ZEHNDER (2007), p. 344, n. 948.

¹¹⁵ Voir, à titre de comparaison, Tribunal fédéral, arrêt 2C_501/2015 du 17 mars 2017, consid. 4.3.3, destiné à la publication.

¹¹⁶ Voir, pour un exemple d'émolument administratif faisant l'objet d'une délégation législative, art. 1 al. 2 V-Prüfstation BS/BL (« *Die Motorfahrzeugprüfstation beider Basel führt im Auftrag der beiden Kantone die vom Gesetzgeber vorgesehenen amtlichen Fahrzeug- und Führerprüfungen durch. Sie erhebt hierfür einheitliche und kostendeckende Gebühren, die von den Regierungen festgelegt sind.* ») en lien avec la Vereinbarung über die Gebühren der Motorfahrzeug-Prüfstation beider Basel du 9 novembre 2011 (p. ex. SGS BL 481.51); pour les émoluments judiciaires, voir ATF 123 I 248, et, pour un exemple d'émolument judiciaire faisant l'objet d'une réglementation régionale, art. 10 du règlement de la Commission intercantonale de recours HES-SO (RCIR) du 15 juillet 2015, lequel pose toutefois des problèmes théoriques de sous-délégation (cf. N 928).

¹¹⁷ Voir, à titre de comparaison, Tribunal fédéral, arrêt 2C 586/2016 du 8 mai 2017.

¹¹⁸ Cf. ATF 139 I 138; ATF 130 I 113, consid. 2.; dans ce sens également, SCHOTT (2008), p. 1064.

pourquoi les cantons romands ont prévu qu'il appartenait au Comité gouvernemental de la HES-SO d'arrêter les montants des taxes d'études dues pour la fréquentation de l'une des hautes écoles du réseau HES-SO, tout en soulignant que « [l]e montant des taxes d'études est harmonisé avec celui des autres hautes écoles spécialisées de Suisse »¹¹⁹. Les cantons alémaniques ont convenu une réglementation similaire s'agissant de leurs hautes écoles intercantionales¹²⁰.

3. Le renvoi à un droit existant

Le renvoi au droit d'un canton ou d'une commune partenaire. – Au lieu d'adopter des normes régionales expresses sur le prélèvement de taxes, on peut imaginer prévoir dans la convention organisatrice régionale la règle selon laquelle un tel prélèvement s'opère conformément au droit de l'un des cantons partenaires, respectivement de l'une des communes partenaires. Il s'agit là d'une pratique assez répandue dans les cas où un canton ou une commune délègue l'exécution de l'une de ses tâches publiques à un autre canton ou à une autre commune. En effet, les conventions organisatrices qui fondent ce genre de collaboration (p. ex. conventions d'adhésion ou conventions d'acquisition de prestations) reconnaissent souvent que la collectivité délégataire est habilitée à percevoir des taxes en application de son propre droit.

982

Quelques exemples issus de la pratique. – C'est ainsi que selon la C-Surveillance LPP FR/BE qui n'a pas fait l'objet d'une approbation parlementaire dans le canton de Fribourg, la surveillance des institutions fribourgeoises est exercée par l'ABSPF selon la législation fédérale et, à titre complémentaire, selon celle du canton de Berne¹²¹. Selon cette convention, les institutions de prévoyance ayant leur siège dans le canton de Fribourg doivent payer à l'ABSPF des émoluments fixés par le droit bernois, émoluments qui peuvent être importants puisqu'ils doivent couvrir l'ensemble des coûts de fonctionnement de cette entité¹²². La situation est la même pour les institutions de prévoyance ayant leur siège dans le canton de Schaffhouse ; elles sont soumises au droit zurichois en matière d'émoluments administratifs¹²³.

983

Des situations comparables peuvent exister au niveau intercommunal. Pour reprendre un exemple déjà utilisé (N 189 et 953), les habitants des communes bernoises d'Eschert, de Perrefitte et de Roches – qui se sont associées à la commune de Moutier dans le domaine de la protection contre le feu et des sapeurs-

¹¹⁹ Art. 19 let. 1 et art. 43 al. 2 C-HES-SO.

¹²⁰ art. 9 al. 1 Staatsvertrag FHNW; art. 10 V-FHZ; art. 14 V-Unibas.

¹²¹ Art. 4 C-Surveillance LPP FR/BE.

¹²² CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2011), p. 4-5.

¹²³ Art. 2 V-BVG-Aufsicht ZH/SH.

pompiers – sont non seulement soumis au droit communal de Moutier s'agissant de l'obligation de servir, mais également pour le calcul ou l'éventuelle exonération des taxes d'exemption de servir. Les modifications des dispositions sur la protection contre le feu et sur les sapeurs-pompiers qui seraient décidées par la commune de Moutier ont un caractère contraignant pour les communes partenaires¹²⁴.

984

L'inconstitutionnalité de certains renvois. – Sur le principe, les renvois opérés par les conventions en matière de perception de taxes peuvent représenter des « normes de rattachement » tout à fait respectueuses des principes de territorialité et de légalité. C'est le cas à chaque fois qu'ils permettent à un canton ou à une commune de percevoir des taxes en contrepartie d'une activité déployée ou d'une prestation offerte exclusivement sur son territoire pour le compte d'autres cantons ou d'autres communes (pour un exemple en matière scolaire, voir *supra* N 952 et 978).

Reconnaissons toutefois que, dans les exemples qui ont été exposés ci-avant, les renvois ont été effectués afin d'autoriser des collectivités à percevoir des taxes en contrepartie de tâches publiques qu'ils ou elles exécutent sur le territoire d'autres collectivités et pour le compte de celles-ci. Il n'existe dès lors aucun lien de rattachement territorial pertinent qui justifie l'application du droit de ces collectivités prestataires, droit auquel il est pourtant renvoyé (voir, sur les critères de rattachement en matière de surveillance, *supra* N 348). Les renvois opérés ne représentent donc pas des « normes de rattachement », mais de véritables « renvois dynamiques externes » qui devraient, théoriquement, respecter les limites générales de la délégation législative au risque d'apparaître anticonstitutionnels. Or, à moins que la délégation en blanc ne soit admissible pour la taxe en question¹²⁵, de tels renvois ne respectent évidemment pas – et c'est le cas des exemples mentionnés (en particulier dans le domaine de la surveillance des fondations) – les conditions de délégation législative imposées par

¹²⁴ Voir art. 4 et 11 du Contrat régissant la collaboration entre les communes de Moutier, Eschert, Perrefitte et Roches dans le domaine de la protection contre le feu et des sapeurs-pompiers (contrat d'adhésion) du 27 septembre 2010 (consultable notamment sur www.perrefitte.ch > Administration > Règlements), lequel organise le Service de défense contre le feu et les éléments de la Commune municipale de Moutier et des environs (CRISM Centre de renfort d'intervention de secours Moutier).

¹²⁵ Il s'agit des cas où le droit supérieur règle déjà le sujet, l'objet et la mesure de la taxe ou des cas où l'exigence de base légale formelle est réduite, comme en matière d'émoluments administratifs de moindre importance (*supra* N 511; p. ex. art. 5 V-Hallwilersee LU/AG: « *Dem Departement Bau, Verkehr und Umwelt des Kantons Aargau obliegt die Erteilung von Bewilligungen für nautische Veranstaltungen und die Erhebung der entsprechenden Gebühren nach aargauischem Tarif direkt bei den Gesuchstellerinnen und Gesuchstellern.* »)

la jurisprudence et par l'art. 48 al. 4 Cst (sur la question, notamment dans le domaine de la surveillance des fondations, *supra* N 511)¹²⁶.

L'alternative : le renvoi encadré. – En fait, d'un point de vue constitutionnel, lorsque l'on envisage d'intégrer des « renvois dynamiques externes » dans une convention organisatrice régionale, il convient de prévoir que le prélèvement d'une taxe s'opère en conformité avec la réglementation d'un des cantons ou d'une des communes partenaires, mais que cette réglementation ne peut être modifiée de manière substantielle sans l'accord des cantons et des communes partenaires. L'idée est d'éviter qu'une révision du droit cantonal ou communal auquel il est renvoyé puisse conduire à une augmentation sensible de la taxe – voire à l'introduction d'une nouvelle taxe – sans l'approbation des cantons ou des communes partenaires.

En réalité, il s'agit simplement de procéder à un renvoi dynamique externe « encadré », afin de respecter les conditions de la délégation législative qu'un tel renvoi doit respecter.

Le modèle de convention donné par l'AIB. – C'est la solution qui est normalement prévue en matière de collaboration intercommunale dans le domaine des sapeurs-pompiers, du moins au sens du modèle de convention d'adhésion proposé par l'Assurance immobilière du canton de Berne (AIB). Selon l'art. 3 du modèle de convention, la commune adhérente est bel et bien soumise au droit communal de la commune-siège dans le domaine des sapeurs-pompiers et les modifications de la réglementation sur les sapeurs-pompiers décidées par la commune-siège ont en principe aussi un caractère contraignant pour la commune adhérente. Cependant, si l'augmentation du taux des taxes d'exemption dépasse un certain pourcentage à définir, elle n'a de caractère contraignant pour la commune adhérente – et sa population – que si elle est approuvée par son législatif¹²⁷.

III. Le droit applicable en matière de contentieux

Introduction. – Nous venons de traiter deux questions particulières en lien avec la question du droit applicable au sein des organisations régionales conventionnelles (statut du personnel et prélèvement de taxes). Cela étant fait, il nous paraît utile d'illustrer et d'approfondir, par le biais de deux autres exemples, les problèmes de droit applicable que peut poser l'instauration d'une organisation régionale conventionnelle.

¹²⁶ C'est d'ailleurs cette gêne créée par une éventuelle application du droit zurichois aux fondations LPP sises sur le territoire du canton des Grisons – notamment s'agissant de la question de la réglementation des émoluments administratifs – qui a fait que le gouvernement grison a préféré participer à la création d'une autorité intercantonale commune avec les autres cantons de Suisse orientale, plutôt que de conclure une convention d'acquisition de prestations avec le canton de Zurich en matière de surveillance des fondations LPP (voir REGIE-RUNG GR [2006/III], p. 15).

¹²⁷ Voir AIB BE (2011), annexe 2.

Il s'agit, tout d'abord, d'examiner la question de la détermination des tribunaux administratifs compétents pour juger des contentieux qui peuvent surgir entre les autorités administratives et les particuliers au sein des organisations intercantionales et, parallèlement, de définir les règles d'organisation et de procédure judiciaires applicables devant ces tribunaux (A ; sur la question des contentieux entre cantons ou entre communes, voir *supra* N 772). Il s'agit, ensuite, d'aborder la question de la réglementation de la responsabilité civile au sein d'une organisation intercantonale et d'apprécier la marge de manœuvre législative des cantons et des communes dans ce domaine (B).

A. Le droit applicable en matière de juridiction administrative

987 *La problématique.* – Lors de l'élaboration d'une convention organisatrice régionale, la définition du droit applicable en matière de juridiction administrative – question qui ne se pose en principe qu'en matière de collaboration intercantonale¹²⁸ – peut s'effectuer de trois manières différentes.

La situation n'est ici pas différente des autres exemples traités ci-avant. Il est possible de renoncer à toute réglementation expresse en la matière et de s'en remettre à l'application du droit cantonal (1), d'adopter des règles intercantionales d'organisation et de procédure judiciaires (2) ou de renvoyer à des voies de recours et des règles de procédure existantes (3).

1. L'absence de réglementation intercantonale expresse

988 *En général.* – Lorsqu'ils organisent l'exécution d'une tâche publique de manière commune, les cantons peuvent bien entendu créer des instances judiciaires communes chargées de trancher les litiges qui peuvent survenir au sein de cette organisation intercantonale (sur la question, *supra* N 687 ss et 824 ss). Rien ne

¹²⁸ La question de la juridiction administrative dans le cadre de la collaboration intercommunale est en principe réglée par le droit cantonal. La décentralisation coopérative ne modifie généralement pas véritablement les voies de droit. Les associations de communes – qui sont assimilées à des communes – sont compétentes pour statuer sur les oppositions soulevées à l'encontre des décisions qu'elles prennent et leurs décisions sont sujettes à recours devant les mêmes autorités administratives ou judiciaires que le seraient celles des communes dans le domaine concerné (p. ex. art. 3 et 158 Cpa JU; art. 131 LCo FR, qui précise, cependant que « lorsque les parties ne sont pas du même district, un suppléant, désigné par le Conseil d'État parmi les préfets des autres districts, statue »). Quant à la délégation d'une tâche à une autre commune, elle emporte avec elle l'obligation pour la commune délégataire de se prononcer sur les éventuelles oppositions ou autres voies de recours, le cas échéant comme partie intimée à la procédure (voir, en particulier, art. 45 al. 3 GG LU; aussi Tribunal administratif BE, arrêt du 7 janvier 2008, consid. 1.3, in: JAB 2008 221).

les y contraint cependant. De même, lorsqu'un canton décide de déléguer l'exécution d'une tâche publique à un autre canton, rien ne l'oblige à céder simultanément une partie de son pouvoir juridictionnel en autorisant ce canton à juger lui-même – par le truchement de ses propres autorités judiciaires – les litiges qui seraient en lien avec l'exécution de cette tâche publique.

En l'absence de réglementation expresse dans la convention organisatrice régionale, la juridiction administrative peut être exercée par les autorités judiciaires des cantons partenaires, conformément aux règles cantonales ordinaires d'organisation judiciaire¹²⁹. En effet, les autorités « intercantionales » ne sont que les délégataires d'une tâche cantonale et restent de ce fait des autorités de nature « cantonale », quoi qu'en disent certains auteurs de doctrine¹³⁰. Contrairement à ce que l'on pourrait être tenté de retenir de prime abord¹³¹, elles ne sont pas « supérieures » par nature aux autorités cantonales, comme le seraient les autorités fédérales (sur la question aussi, *supra* N 150)¹³².

La détermination du tribunal compétent : le principe. – Rappelons qu'une autorité judiciaire ne peut exercer sa juridiction que sur le territoire du canton auquel elle appartient et qu'elle ne peut pas exercer une juridiction extraterritoriale. Autrement dit, en l'absence d'une réglementation intercantonale contraire, une autorité judiciaire cantonale ne peut se prononcer que sur des litiges qui présentent un lien de rattachement pertinent avec le territoire du canton auquel elle appartient. En l'absence d'un tel lien de rattachement, elle ne peut pas appliquer la loi cantonale d'organisation judiciaire qui fonde sa compétence sans risquer d'en étendre de manière exorbitante le champ d'application et, ce faisant, de contrevenir au principe de la territorialité du droit (sur les limites territoriales du pouvoir juridictionnel, *supra* N 342). 989

Des tribunaux cantonaux parallèlement compétents. – Rappelons également que les critères de rattachement qui peuvent justifier l'application d'une loi et, par là même, une compétence judiciaire sont divers et varient selon les do- 990

¹²⁹ À vrai dire, il est plutôt rare qu'une convention organisatrice régionale ne contienne aucune disposition relative à la question de la compétence juridictionnelle. Il se peut cependant que le principe ait son importance dans la mesure où une réglementation intercantonale devrait être considérée comme inopérante. Cela serait le cas d'une règle intercantonale qui prévoirait qu'une autorité statuerait en dernière instance avant le Tribunal fédéral alors qu'elle n'équivaut pas à un « tribunal cantonal supérieur » au sens de l'art. 86 al. 2 Cst. (sur la question et un exemple, *supra* N 835 s.). Il doit alors exister une voie de recours auprès des tribunaux supérieurs des différents cantons partenaires.

¹³⁰ ZEHNDER (2007), p. 291 et 293; DORMANN (1970), p. 108.

¹³¹ Cf. COMM. DE LA PROTECTION DES DONNÉES JU, p. 2, selon laquelle « il est difficilement concevable qu'une instance cantonale soit supérieure à une autorité supracantonale ».

¹³² Cf. Cour constitutionnelle JU, arrêt du 28 mars 2006, consid. 1.3, in: RJJ 2006, p. 342; aussi, HÄFELIN (1969), p. 654.

maines concernés (p. ex. domicile de l'administré, siège de l'autorité intercantonale, lieu d'exécution de la décision ou de l'acte contesté ; voir sur la question, *supra* N 346 ss). Il est donc possible que les décisions prises ou les actes exécutés dans le cadre d'une organisation régionale doivent être attaqués tantôt devant l'autorité judiciaire d'un canton, tantôt devant l'autorité judiciaire d'un autre canton, voire qu'ils puissent l'être devant plusieurs juridictions cantonales différentes. Les conventions intercantionales reprennent régulièrement ce principe qui découle directement de celui de territorialité.

C'est ainsi qu'il est prévu que les décisions de la Commission de la protection des données commune aux cantons du Jura et de Neuchâtel sont sujettes à recours devant le tribunal cantonal du canton siège de l'entité qui a fait l'objet d'une procédure de la part de la commission¹³³. De même, les cantons de Vaud et de Genève avaient prévu que les actions en responsabilité à l'encontre du Réseau hospitalier universitaire de Suisse occidentale (RHUSO) – qui n'a finalement pas vu le jour – auraient pu être portées au choix du demandeur devant le tribunal compétent de l'un ou l'autre des cantons concordataires¹³⁴.

991 *La compétence des tribunaux du canton siège ?* – Vu ce qui précède, s'agissant d'une éventuelle procédure de recours de droit administratif, les compétences juridictionnelles ne se déterminent pas forcément en fonction du lieu où l'autorité intimée a rendu sa décision ou du lieu où celle-ci a son siège officiel. En effet, contrairement à ce que retiennent FLEINER et IVANOV, le fait qu'une décision ait été formellement rendue en un lieu déterminé ne représente pas nécessairement un critère de rattachement territorial suffisant – et en aucun cas exclusif – qui justifie la compétence des autorités judiciaires du canton de ce lieu¹³⁵. Les tribunaux du canton où se trouve le siège de l'autorité intimée au recours ne peuvent se prétendre compétents que si la situation litigieuse sur laquelle ils doivent se prononcer présente un rattachement territorial objectif avec le canton auquel ils appartiennent. Il est donc tout à fait possible – comme le rappellent certaines conventions – que les décisions d'une organisation régionale commune doivent faire l'objet de voies de recours différentes, auprès des tribunaux des différents cantons partenaires.

C'est ainsi que les cantons de Lucerne et de Schwyz avaient prévu que les décisions que l'Office d'état civil de Küssnacht SZ prenait à propos des habitants des communes lucernoises devaient faire l'objet, le cas échéant, d'un recours auprès des tribunaux lucernois¹³⁶. De même, les décisions de l'autorité intercantonale de surveillance des fondations de Suisse orientale doivent, à l'heure actuelle, faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral s'il

¹³³ Art. 43 CPDT-JUNE.

¹³⁴ Art. 66 art. 34 al. 3 P-Concordat RHUSO.

¹³⁵ D'un autre avis donc, mais à tort, FLEINER/IVANOV (2007), p. 78-7.

¹³⁶ Voir art. 5 aV-Zivilstandsamt LU/SZ.

s'agit de fondations LPP et, dans les autres cas (fondations ordinaires), suivre la procédure judiciaire applicable dans chacun des cantons partenaires en fonction du siège de la fondation surveillée¹³⁷. Enfin, l'exclusion d'un aspirant de police de l'École intercantonale de Hitzkirch, située dans le canton de Lucerne, peut faire l'objet d'un recours, en dernier lieu, auprès du tribunal cantonal du canton d'où provient l'aspirant en question et non auprès du Tribunal cantonal lucernois¹³⁸.

La compétence des tribunaux sur la base de normes de renvoi ? – En revanche, pour des raisons pratiques évidentes, il faut présumer que les autorités judiciaires du canton au droit duquel une convention intercantonale renvoie sont compétentes pour juger de la bonne application de ce droit. On peut en effet supposer que les cantons qui décident de renvoyer, dans une convention intercantonale, à une réglementation cantonale déterminée (p. ex. en matière de responsabilité civile, statut du personnel) partent de l'idée que les éventuels litiges liés à cette réglementation seront tranchés par des tribunaux qui connaissent déjà celle-ci¹³⁹. Une telle présomption peut toutefois être renversée. C'est ainsi que le renvoi général au droit d'un canton partenaire, qui connaîtrait un contrôle juridictionnel abstrait des normes cantonales, ne permet *a priori* pas aux tribunaux de ce canton (p. ex. la Cour constitutionnelle jurassienne) de contrôler, par le biais d'un recours abstrait, la validité d'éventuelles règles intercantionales secondaires (p. ex. les règlements de la HEP-BEJUNE). Il faut retenir ici un silence qualifié de la convention¹⁴⁰. 992

La détermination du droit de procédure applicable. – Enfin, il va de soi qu'en l'absence de règles contraires dans la convention organisatrice régionale, une autorité judiciaire applique le droit de procédure du canton où elle siège, conformément au principe de la *lex fori*¹⁴¹. Nous verrons cependant que l'application de la *lex fori* peut s'avérer problématique d'un point de constitutionnel, 993

¹³⁷ Art. 74 LPP et art. 6 al. 2 V-BVG-Aufsicht Ostschweiz.

¹³⁸ Art. 20 al. 2 K-Polizeischule Hitzkirch.

¹³⁹ Voir à ce sujet la jurisprudence Tribunal cantonal JU, arrêt du 1^{er} septembre 2008, in: RJJ 2008, p. 361, en matière de responsabilité civile; aussi arrêt du 7 juillet 2008, in: RJJ 2008, p. 351, en matière de statut du personnel; aussi, en matière transfrontalière, l'art. 4 al. 6 AKCT, selon lequel « [e]n cas de litige (...), la juridiction compétente est celle de la Partie dont le droit a été choisi »; aussi LIENHARD/WICHTERMANN (2005), p. 21, qui soulignent une pratique répandue.

¹⁴⁰ Tribunal cantonal JU, arrêt du 28 mars 2006, consid. 2, in: RJJ 2006, p. 342; BOLKENS-TEYN (2014), p. 197 et 274 s.; *contra* MATEFI (2008), p. 314.

¹⁴¹ Voir dans le même sens, Commission de recours HES-S2, arrêt 05/09 du 25 février 2010, consid. 2.1, arrêt 01/09 du 19 février 2010, consid. 2.1, et arrêt 03/09 du 1^{er} décembre 2009, consid. 2.1; voir aussi dans ce sens Personalrekursgericht AG, arrêt du 3 juillet 2008, consid. I/2, in: AGVE 2008, p. 433, selon lequel « *es ist nicht einsehbar, welches Recht sonst relevant sein sollte* ». On pourrait se demander s'il devrait toujours en aller de même lorsque

lorsque l'autorité cantonale judiciaire ne peut pas justifier sa compétence sur la base d'un lien de rattachement territorial objectif avec le litige à trancher (sur la question, *infra* N 1003 ss).

2. L'adoption d'une réglementation intercantonale

994 *En général.* – Les cantons peuvent créer une autorité judiciaire intercantonale censée exercer la juridiction administrative au sein d'une organisation régionale. Pour ce faire, même s'ils peuvent déléguer à un organe intercantonal la charge d'adopter certaines dispositions de détail, ils doivent obligatoirement faire figurer quelques normes d'organisation judiciaire dans la convention organisatrice régionale qu'ils concluent (a). Ils pourront – mais ne devront pas forcément – en profiter pour régler de la même manière la procédure applicable devant cette autorité judiciaire intercantonale (b).

a. Sur l'organisation d'un tribunal intercantonal

995 *La nécessité d'une réglementation conventionnelle.* – Lorsqu'ils instituent une autorité judiciaire commune, les cantons doivent offrir à cette autorité un fondement juridique qui repose sur une base légale formelle suffisante. Cela se fera en principe par l'adoption de normes intercantionales conventionnelles en ce sens¹⁴². Afin de satisfaire le principe de légalité, il s'agit d'intégrer à la convention les règles qui fixent, dans les grandes lignes, l'organisation d'une telle autorité, sa procédure de nomination et ses compétences, car ces règles doivent être approuvées par le parlement ou par le corps électoral des cantons concernés¹⁴³.

Ce faisant, la convention peut se limiter à contenir une ou deux dispositions seulement. C'est ainsi qu'ont procédé de nombreux cantons. En effet, comme nous l'avons vu, la réglementation de nombreuses questions d'organisation judiciaire peut intervenir implicitement (p. ex. l'inamovibilité des juges, leur droit à réélection, l'absence de voies de recours contre le jugement rendu, etc.). Par

des cantons ont institué une instance judiciaire intercantonale, car il est possible que cette dernière soit appelée à se prononcer sur des litiges présentant un rattachement territorial très différent. La question est toutefois théorique dans la mesure où les conventions contiennent en principe des règles expresses relatives à la procédure applicable (voir art. 44 CPDT-JUNE, selon lequel l'autorité judiciaire intercantonale en matière de protection des données applique la législation sur la procédure et la juridiction administratives du canton siège de l'entité partie à la procédure).

¹⁴² Il est possible théoriquement de mettre en place des autorités judiciaires communes à plusieurs cantons en ne passant pas par une procédure conventionnelle, mais un tel cas devrait rester rare (pour cette forme de « régionalisation judiciaire improprement dite », *supra* N 705).

¹⁴³ Voir aussi ZEHNDER (2007), p. 292 et 311.

ailleurs, la pratique judiciaire n'a jamais fait une application étendue du principe de légalité formelle en matière d'organisation judiciaire (sur la question, *supra* N 603 ss).

Quelques exemples de réglementation conventionnelle. – C'est ainsi que la C-HES-SO contient uniquement deux dispositions sur la question de l'organisation de la Commission de recours de la HES-SO. D'un côté, l'art. 19 let. g C-HES-SO dispose qu'il appartient au comité gouvernemental de nommer les membres de la Commission de recours pour quatre ans renouvelables. De l'autre, l'art. 35 C-HES-SO prévoit que la commission est composée de trois membres et connaît en deuxième instance des recours des candidates et candidats et étudiantes et étudiants des écoles appartenant à la HES-SO. Les cantons de Suisse nord-occidentale ont convenu de manière similaire, par le biais de deux dispositions conventionnelles seulement, que la commission de recours de la haute école qu'ils ont créée – la *Beschwerdekommision FHNW* qui est appelée à statuer sur les recours des étudiantes et des employés – était composée de cinq membres nommés pour quatre ans par le comité gouvernemental de l'école¹⁴⁴. 996

La délégation législative en faveur d'un organe intercantonal. – Le cas échéant, les questions de moindre importance relatives à l'organisation d'une autorité judiciaire régionale peuvent faire l'objet d'une réglementation secondaire intercantonale. C'est ainsi qu'un simple règlement intercantonal peut contenir des règles relatives à la qualification requise pour être nommé à un poste de juge intercantonal ainsi que des règles d'organisation interne (fonctionnement du greffe, composition des collèges et répartition des affaires, etc.). 997

Précisons qu'il est en revanche strictement interdit d'édicter des règles qui dérogeraient à la convention intercantonale supérieure ou, alors, qui devraient reposer sur une base légale formelle (p. ex. nombre de juges nécessaires pour statuer, etc.), du moins dans la mesure où l'organe réglementaire intercantonal ne bénéficie pas d'une légitimité démocratique particulière. Il s'agit étonnamment d'un principe évident que les organes intercantonaux négligent parfois de manière grossière.

L'inconstitutionnalité de certaines normes secondaires. – On peut ainsi douter fortement de la légalité de l'art. 9 du Règlement de la Commission intercantonale de recours HES-SO du 15 juillet 2015 (RCIR). Cette disposition prévoit que le président ou le juge instructeur de cette autorité de recours peut statuer comme juge unique dans certaines situations, notamment lorsque le recours est « manifestement ou formellement irrecevable » ou lorsque sa motivation est « manifestement insuffisante ». Le problème est qu'en réalité, le renvoi à la PA 998

¹⁴⁴ Voir art. 33, al. 1, et 17, let. h, Staatsvertrag FHNW.

contenu par la C-HES-SO autorise tout au plus l'une de ces personnes à prononcer, seule, une ordonnance d'effet suspensif ou de mesures provisionnelles, voire l'irrecevabilité d'un recours en cas de défaut de paiement de l'avance de frais¹⁴⁵. La PA octroie en effet de telles compétences aux présidents ou aux juges instructeurs des autorités de recours¹⁴⁶. Elle n'attribue cependant pas davantage de pouvoirs au juge instructeur ou au président du tribunal. Sans conteste, en permettant à celui-ci de « liquider » seul un litige manifestement irrecevable, le Règlement de la Commission intercantonale de recours HES-SO du 15 juillet 2015 viole non seulement le renvoi à la PA fait par la C-HES-SO, mais aussi le principe de réserve de la loi formelle.

À vrai dire, le règlement d'organisation adopté par la *Beschwerdekommision FHNW* pose encore plus de problèmes. Nonobstant l'absence d'une délégation législative en ce sens, cette instance de recours s'est permise d'adopter la règle selon laquelle il lui est possible de siéger valablement dans une composition de trois membres, alors même que, comme nous venons de le voir, le Staatsvertrag FHNW prévoit que ce tribunal est composé de cinq membres¹⁴⁷. Une telle règle, pour autant qu'elle eût été possible sur la base d'un simple règlement intercantonal, aurait dû se fonder sur une délégation législative explicite contenue par le Staatsvertrag FHNW (sur la question, *supra* N 606)¹⁴⁸.

b. Sur la procédure applicable devant un tribunal intercantonal

999 *La réglementation conventionnelle.* – Lorsqu'ils décident de créer une autorité judiciaire intercantonale par le biais d'une convention, les cantons peuvent choisir d'y inscrire les règles de procédure que doit suivre cette autorité. En pratique, afin de ne pas prendre une dimension disproportionnée, les conventions intercantionales se limitent à fixer le délai de recours ainsi que, parfois, le pouvoir de cognition de l'autorité de recours. La plupart du temps, la question des règles de procédure applicables fait l'objet d'un renvoi exprès aux lois de procédure

¹⁴⁵ Voir Président de la commission de recours HES-SO, décision 2016.10 du 10 octobre 2016, consid. 4, et décision du 09/12 du 19 décembre 2012, consid. 1 et 2.

¹⁴⁶ Voir art. 55 al. 3, art. 56 et art. 63, al. 4, PA. La compétence de statuer seul sur des recours manifestement mal fondés ou irrecevables ne peut être déduite du renvoi déclaratoire que fait l'art. 2 al. 4 PA à la LTAF, étant précisé que l'art. 23 LTAF autorise les juges instructeurs à statuer seuls dans de telles situations. En effet, un double renvoi n'est généralement pas admissible (*infra* N 560).

¹⁴⁷ Art. 3 al. 1 du Reglement über die Organisation der Beschwerdekommision der Fachhochschule Nordwestschweiz du 3 juillet 2007.

¹⁴⁸ À titre de comparaison, l'art. 7 CPDT-JUNE prévoit que la Commission de la protection des données et de la transparence des cantons du Jura et de Neuchâtel « est composée de cinq membres », mais qu'elle « peut délibérer valablement en présence d'au moins trois de ses membres ».

administrative fédérale ou cantonales (sur la question, *infra* N 1003 ss). Plus rarement, elle est laissée à l'appréciation d'une autorité intercantonale.

La délégation à un organe régional. – Il est bien sûr admissible que quelques questions relatives à la procédure judiciaire régionale soient réglées au moyen d'une réglementation secondaire intercantonale, pour autant que la convention contienne une délégation législative en ce sens¹⁴⁹. On ne devrait cependant pas oublier que, contrairement à ce qui prévaut en matière d'*organisation judiciaire*, de nombreuses questions de *procédure judiciaire* doivent être réglées par une loi formelle (sur la question, *supra* N 600 ss). Cela signifie que la réglementation régionale secondaire ne devrait normalement porter que sur des problèmes procéduraux secondaires ou, à tout le moins, reposer sur une délégation législative fixant les grandes lignes de la réglementation à adopter.

1000

Les règlements régionaux devraient en somme reprendre et/ou compléter, sur des points de détails seulement, les règles de procédure fixées conventionnellement ou les lois de procédure – cantonales ou fédérales – applicables au titre d'un renvoi opéré par la convention organisatrice¹⁵⁰. La pratique semble avoir parfois oublié cette exigence fondamentale.

Exemples de normes intercantionales anticonstitutionnelles. – À titre illustratif, la Conférence du Concordat sur l'exécution de la détention pénale des personnes mineures de Suisse romande a adopté en date du 31 octobre 2013, en se fondant sur l'art. 32 CEDPM, un Règlement sur le droit disciplinaire applicable aux personnes détenues pénalement ou placées dans des établissements fermés pour mineurs (RDDPDM)¹⁵¹. Ce règlement, qui fixe les règles de procédure applicables devant l'Autorité concordataire de recours en matière de droit disciplinaire des détenus mineurs, contient toutefois des règles qui devraient manifestement reposer sur une base légale formelle, comme la fixation

1001

¹⁴⁹ Voir, pour un exemple, art. 58 C-HE-ARC, selon lequel « [s]ous réserve de la procédure administrative neuchâteloise, le Comité stratégique fixe par règlement le fonctionnement de la Commission de recours HE-ARC »; voir aussi art. 19 V-Bostadel.

¹⁵⁰ La pratique – et en particulier la Commission de recours de la HES SO – a tendance à se référer aux règlements intercantonaux spéciaux adoptés lorsqu'elle motive une décision de nature procédurale. En réalité, de telles décisions devraient la plupart du temps se fonder, formellement, sur la convention ou sur les lois auxquelles celle-ci renvoie (voir, pour un exemple, Commission de recours HES SO, Arrêt 2013.15 du 25 mars 2014 et Tribunal fédéral, arrêt 2D_36/2014 du 10 mai 2014, lesquels justifient l'irrecevabilité liée à un défaut de paiement d'une avance de frais en se fondant sur l'art. 10 al. 1 du règlement de la Commission intercantonale de recours HES-SO du 10 avril 2013, alors qu'ils devraient se fonder sur l'art. 63 al. 4 de la PA, à laquelle renvoie l'art. 35 al. 2 C-HES-SO; aussi, en matière de motivation du recours, Commission de recours HES SO, arrêt 2013.8 du 12 août 2013; également Tribunal fédéral, arrêt 2C_345/2014 du 23 septembre 2014, consid. 1.3.2; Tribunal cantonal JU, arrêt ADM 121/2016 du 21 novembre 2016, consid. 1).

¹⁵¹ P. ex. RSG E 4 58.03.

d'un délai de recours de cinq jours et le principe selon lequel un recours n'a pas d'effet suspensif (sur la nécessité d'une base légale formelle, *supra* N 608 ss)¹⁵².

Un problème similaire existe s'agissant des règles de procédure applicables devant la commission de recours judiciaire de l'Établissement pénitentiaire intercantonal de Bostadel, commission qui est appelée à statuer sur des litiges de toute nature (sanction disciplinaire, statut du personnel, etc.). Il appartient en effet à cette commission de fixer l'entier des règles de procédure applicables devant elle¹⁵³.

1002

Le respect des normes conventionnelles. – Enfin – et c'est là une évidence qu'il convient de répéter –, les règlements intercantonaux ne peuvent en aucun cas prévoir des normes de procédure qui dérogeraient à la convention intercantonale supérieure, ni à l'éventuelle loi de procédure à laquelle cette convention renvoie. Le principe n'est, à nouveau, pas toujours respecté (voir aussi *supra* N 997 s.).

Quelques exemples pratiques. – La *Beschwerdekommision FHNW* a ainsi déjà eu l'occasion de souligner qu'une réglementation intercantonale sur les voies de droit au sein de la Haute École FHNW ne pouvait pas prévoir que l'autorité de recours de première instance – en l'occurrence administrative – n'avait pas le droit de revoir l'opportunité des décisions portées devant elle. Une telle réglementation violait la norme de renvoi au droit argovien que contenait le *Staatsvertrag FHNW*, dans la mesure où le droit cantonal octroyait un pouvoir d'examen en opportunité à ce type d'autorité de recours de première instance¹⁵⁴. On doutera très fortement, en suivant le même raisonnement logique, de la validité de la règle contenue par le règlement de la Commission de recours de la HES-SO qui exclut tout grief relevant de l'inopportunité d'une décision, alors même que la PA – auquel renvoie la C-HES-SO – prévoit que les autorités de recours disposent généralement d'un pouvoir de cognition qui s'étend également aux questions d'opportunité¹⁵⁵. Cette règle intercantonale – qui aurait de toute façon dû se fonder sur une base légale formelle pour être valable, ce qui n'est pas le cas ici, – viole, à notre sens, le droit conventionnel supérieur.

3. Le renvoi à des procédures et des voies de droit existantes

1003

Le renvoi aux voies de recours d'un canton partenaire. – Afin d'éviter l'insécurité juridique qui serait liée à l'absence de réglementation conventionnelle

¹⁵² Art. 9 al. 1 et 4 RDDPDM; voir à titre de comparaison, art. 31 al. 3 K-Polizeischule Hitzkirch qui prévoit expressément l'absence d'effet suspensif en cas de recours; aussi *Beschwerdekommision FHNW*, arrêt 13.008 du 23 octobre 2013, consid. 6.2, selon lequel un éventuel délai d'opposition n'a, lui, pas besoin de reposer sur une base légale formelle.

¹⁵³ Art. 19 V-Bostadel; en détail, BEURRET-FLÜCK (1983), p. 94-96.

¹⁵⁴ Art. 33 al. 5 *Staatsvertrag FHNW* en lien avec *Beschwerdekommision FHNW*, arrêt 12.014 du 5 décembre 2012.

¹⁵⁵ Voir art. 7 RCIR en lien avec art. 35 al. 2 C-HES-SO et art. 49 PA; pour un exemple, cf. Commission de recours de la HES-SO, arrêt 2015.5 du 18 janvier 2016, consid. 4.

et/ou d'unifier les voies de droit au sein d'une organisation régionale, il est envisageable de prévoir, dans la convention intercantonale, que les actes d'une autorité régionale – ou ceux d'une autorité cantonale qui exercerait une tâche pour le compte d'un autre canton – ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire qu'auprès des tribunaux d'un canton partenaire déterminé. À vrai dire, de nombreuses conventions suivent cette voie en prévoyant la compétence exclusive des tribunaux du canton siège de l'organisation régionale ou du canton délégataire (en principe le tribunal cantonal).

Comme en matière de responsabilité civile et de prélèvement de taxe, le procédé – qui prend, formellement, la forme d'une norme de « renvoi » aux règles légales d'organisation judiciaire de l'un des cantons partenaires – peut, en réalité, cacher deux procédés différents d'un point de vue constitutionnel : il peut consister en l'adoption d'une « norme de rattachement juridictionnel » ou en l'adoption d'une norme de « délégation de compétences judiciaires ».

Une norme de rattachement juridictionnel ? – Rappelons, comme nous l'avons exposé ci-avant, que pour étendre sa juridiction sur des actes exécutés ou sur des décisions prises en application de règles intercantionales, le cas échéant par un autorité intercantonale, un tribunal cantonal n'a pas forcément besoin de se fonder sur une norme intercantonale expresse qui lui en donne le droit. Il suffit qu'il existe un lien de rattachement territorial qui justifie que le canton auquel appartient ce tribunal exerce une souveraineté juridictionnelle sur le litige en question (p. ex. les tribunaux d'un canton où se trouverait un hôpital intercantonal ; voir, sur la question, *supra* N 988 ss).

1004

Dans ces circonstances, les normes conventionnelles intercantionales qui reconnaissent expressément la compétence des tribunaux cantonaux représentent soit des « clauses de réserve », lesquelles ont un effet déclaratif, soit, lorsque plusieurs tribunaux cantonaux pourraient théoriquement être compétents pour juger la même affaire en l'absence de toute réglementation conventionnelle, des « normes de rattachement juridictionnel », lesquelles tranchent un potentiel conflit de juridictions. Dans un cas comme dans l'autre, la constitutionnalité du « renvoi » est incontestable (sur la question également, *supra* N 345).

Quelques exemples pratiques. – C'est ainsi qu'il faut qualifier les règles conventionnelles qui prévoient que les recours que soulevaient les étudiants et les employés d'écoles intercantionales doivent être déposés, en dernière instance, devant les autorités judiciaires du canton siège de l'établissement qu'ils ont choisi de fréquenter ou pour lequel ils ont choisi de travailler¹⁵⁶. Dans le même ordre d'idée, l'art. 16 V-Bostadel, selon lequel les tribunaux zougais sont compétents pour les actions en dommages et intérêts intentées contre les établissements pénitentiaires de Bostadel, même lorsque ces actions sont initiées par des prisonniers provenant du canton de Bâle-Ville, représente également une norme de rattachement juridictionnel. En effet, dans tous ces cas, dans la mesure où les

¹⁵⁶ Art. 55 C-HE-ARC; art. 33 al. 6 Staatsvertrag FHNW.

établissements s'avéreraient des écoles multisites et/ou regroupent des personnes qui viennent de différents cantons, on pourrait théoriquement imaginer des conflits de juridictions cantonales en l'absence de réglementation conventionnelle expresse.

1005

Une norme de délégation de compétences judiciaires ? – Il arrive qu'au moment de créer une organisation régionale, les cantons prévoient qu'un tribunal cantonal déterminé est compétent pour trancher certains types de litiges, alors même que ceux-ci ne présentent aucun lien de rattachement territorial objectif avec le canton auquel ce tribunal appartient, de sorte que l'autorité judiciaire désignée compétente ne peut se prévaloir d'aucune souveraineté juridictionnelle originelle sur les causes qu'elle est appelée à juger. Les normes conventionnelles adoptées en ce sens opèrent de véritables cessions de compétences judiciaires d'un canton à un autre : les tribunaux du canton délégataire jouissent grâce à elles de compétences juridictionnelles extraterritoriales.

De telles délégations de compétences judiciaires ne sont pas inconstitutionnelles dans leur principe (sur la question, *supra* N 693 ss). Elles emportent toutefois avec elles des « renvois dynamiques externes » aux règles d'organisation et de procédure judiciaires adoptées par le canton partenaire, renvois législatifs qui doivent, eux, respecter le principe de légalité et, en particulier, les mêmes exigences que les normes de délégation législative. Or, ces exigences ne sont pas respectées pas les normes conventionnelles qui opèrent une véritable délégation de compétences judiciaires, dans la mesure où ces normes représentent de véritables blancs-seings.

Appelé à se prononcer sur la possibilité qu'avaient les cantons de créer des arrondissements d'état civil intercantonaux et de mettre en place une voie de recours unique au sein de cet arrondissement (p. ex. auprès du tribunal cantonal du canton siège de l'office), l'Office fédéral de la justice (OFJ) a par le passé également mis en exergue le problème constitutionnel susmentionné¹⁵⁷ :

« Bei dieser Regelung sind die Anforderungen des Legalitätsprinzips zu beachten. Die Festlegung des Rechtsweges und die Grundzüge des Verfahrensrechts sind Materien, welche der Gesetzgeber nicht vollständig delegieren kann, da sie die Rechtsstellung der Einzelnen in bedeutender Weise berühren (...). Ein dynamischer Verweis auf das jeweils geltende Recht des Nachbarkantons würde den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen des Legalitätsprinzips kaum genügen. »

1006

L'inconstitutionnalité de certains renvois. – À vrai dire, la pratique ne semble pas forcément se soucier du problème constitutionnel qui vient d'être exposé, ni même de l'avis de l'Office fédéral de la justice.

Par exemple, lorsqu'ils entendent contester les décisions rendues par leur office d'état civil, les habitants de la commune argovienne de Bergdietikon doi-

¹⁵⁷ OFJ (2002), p. 8.

vent recourir auprès du Tribunal cantonal zurichois, en application du droit zurichois¹⁵⁸. De même, les fondations neuchâteloises classiques – qui ne relèvent pas de la prévoyance LPP – doivent recourir devant les tribunaux vaudois contre les décisions que l'Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (AS-SO) rendraient à leur encontre, même si l'état de fait à l'origine de la décision ne présente aucun rattachement territorial avec le canton de Vaud où se situe le siège de cette autorité intercantonale¹⁵⁹.

Enfin, il existe des règles conventionnelles – sur lesquelles nous reviendrons encore – qui prévoient que les autorités judiciaires du canton de provenance des agents policiers sont compétentes pour juger des actions en responsabilité civile qui pourraient être intentées contre ce canton dans la mesure où ces agents causeraient un dommage dans l'exécution de tâches policières effectuées sur le territoire et pour le compte d'un canton voisin (sur la question, *infra* N 1022).

Le renvoi aux lois cantonales de procédure administrative. – Lorsqu'ils créent un tribunal intercantonal afin que celui-ci statue sur des litiges déterminés à la place de leurs tribunaux ordinaires, les cantons partenaires peuvent prévoir que cette nouvelle autorité judiciaire applique les règles de procédure administrative de l'un des cantons partenaires. Un tel renvoi au droit cantonal – qui a le mérite d'alléger la convention et d'éviter l'élaboration fastidieuse de nouvelles règles qui pourraient s'avérer lacunaires et poser des problèmes d'interprétation – peut représenter une « norme de rattachement » tout à fait valable et, de ce fait, respecter le principe de l'exigence d'une base légale au sens formel. Cela sera le cas à chaque fois que les litiges que doit trancher l'instance intercantonale créée présentent un rattachement territorial avec le canton dont le droit est appliqué.

1007

Les règles conventionnelles suivantes constituent, par exemple, des « normes de rattachement » admissibles : l'art. 53 al. 3 et l'art. 54 al. 2 C-HE-ARC qui prévoient que la procédure administrative neuchâteloise est applicable devant la Commission de recours de la HE-ARC et, enfin, l'art. 22 al. 2 CIGB qui prévoit que c'est la procédure vaudoise qui s'applique devant la Commission de recours du Gymnase intercantonal de la Broye¹⁶⁰. Nous mentionnerons également l'art. 44 CPDT-JUNE qui prévoit que la commission judiciaire de conciliation en matière de protection de données, dont le siège est à

¹⁵⁸ Cf. art. 2 al. 1 Vereinbarung zwischen den Regierungsräten der Kantone Aargau und Zürich betreffend Zivilstandsdienst der Gemeinde Bergdietikon des 23 mars 2004 et 26 mai 2004 (V-Zivilstandsdienst AG/ZH; p. ex. LS 231.13): « *Im Zivilstandskreis Dietikon kommt im Bereich des Zivilstandswesens ergänzend zum Bundesrecht das zürcherische Recht zur Anwendung. Dies gilt insbesondere für den Rechtsschutz gegen zivilstandsrechtliche Anordnungen* ».

¹⁵⁹ Voir art. 31 al. 3 AS-SO ainsi que *supra* n. 196 sous N 200; aussi art. 25 K-ZBSA.

¹⁶⁰ Voir, pour un autre exemple, art. 41 V-Unibas.

la Chaux-de-Fonds, applique les règles de procédure et de juridiction administratives du canton siège de l'entité qui est partie à la procédure devant elle. Cela signifie qu'elle doit appliquer tantôt la loi neuchâteloise, tantôt la loi jurassienne de procédure administrative.

1008 *L'application de la PA devant un tribunal intercantonal.* – Enfin, un renvoi à la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) peut *a priori* passer pour un bon compromis lors de la création d'un tribunal intercantonal. Il permet d'éviter qu'une telle instance judiciaire ne doive appliquer diverses lois de procédures en fonction du rattachement territorial de l'affaire, sans devoir choisir une loi de procédure cantonale au détriment d'une autre.

C'est ainsi que l'art. 35 al. 2 C-HES-SO prévoit que « [l]a loi sur la procédure administrative fédérale est applicable » devant la Commission de recours HES-SO. Une telle règle est d'ailleurs aussi applicable devant d'autres autorités de recours intercantionales, comme la Commission de recours CDIP/CDS, compétente en matière de reconnaissance intercantonale des diplômes, ou la Commission de recours sur les loteries et les paris¹⁶¹. Sur un plan régional et romand, le projet de convention du Réseau hospitalier universitaire de Suisse occidentale prévoyait également que la loi fédérale sur la procédure administrative devait s'appliquer « à titre de droit concordataire supplétif aux délais et à la procédure de recours » devant la commission de recours concordataire que la convention aurait instituée¹⁶². Plus récemment, la solution avait également été suggérée par le Tribunal cantonal jurassien lors de la consultation de l'avant-projet de CPDT-JUNE¹⁶³.

1009 *La portée du renvoi à la PA.* – En pratique, un renvoi à la PA pose toujours un problème de sécurité du droit. On peut en effet se demander s'il inclut les autres lois fédérales auxquelles cette loi « renvoie » elle-même. La PA réserve en particulier l'application des dispositions spéciales de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral en matière de procédure (art. 2 al. 4 PA), mais également en matière de frais de procédure et d'assistance judiciaire (art. 63-65 PA). Normalement, comme nous l'avons déjà vu en deuxième partie de thèse, le double renvoi n'est en principe pas admis en droit suisse. Cela signifie concrètement que seules les normes de la PA sont applicables en cas de renvoi à la loi sur la procédure administrative fédérale, à l'exclusion des règles prévues par la LTAF.

¹⁶¹ Art. 10 al. 2 AIRD et art. 13 CILP.

¹⁶² Art. 65 al. 5 P-Concordat RHUSO.

¹⁶³ Cf. SERVICES JURIDIQUES JU/NE (2011), p. 48.

L'inconstitutionnalité du renvoi à la PA. – Remarquons que le Tribunal fédéral, ni la doctrine n'ont encore jamais contesté la constitutionnalité des renvois à la PA, sans jamais examiner la question toutefois¹⁶⁴. Ces renvois posent cependant un problème de constitutionnalité fondamental.

Contrairement à d'éventuels renvois au droit privé fédéral (p. ex. en matière de statut du personnel ou en matière de responsabilité civile, *supra* N 974 et *infra* N 1023), les renvois au droit public fédéral ne constituent pas des « clauses de réserve », mais de véritables « renvois dynamiques externes » au droit d'une autre collectivité, en l'occurrence à celui de la Confédération. Un renvoi à la PA représente, du point de vue fonctionnel et matériel, une délégation de compétences législatives dans un domaine en principe réservé aux cantons par la Constitution fédérale. Or, comme nous l'avons démontré en deuxième partie de thèse, une telle « délégation législative » en faveur de la Confédération – qui est, au demeurant, quasi irrévocable dans la mesure où il faudrait entamer une procédure conventionnelle fastidieuse pour la révoquer¹⁶⁵ – devrait non seulement respecter les conditions des délégations législatives, mais aussi se justifier par l'existence d'un lien de connexité particulier entre le droit fédéral et la matière régie par la convention intercantonale.

Aucune des deux exigences précitées n'est respectée en l'espèce (sur la question, *supra* N 559 ss).

La comparaison avec le droit allemand. – Le *Bundesverwaltungsgericht* allemand a admis la constitutionnalité – parfois considérée comme douteuse par la doctrine allemande¹⁶⁶ – des renvois dynamiques et généraux à la loi fédérale de procédure administrative contenus par les lois de procédure administrative de certains *Länder*¹⁶⁷. On remarquera néanmoins qu'en Allemagne, la loi fédérale de procédure administrative est applicable *ex lege* à titre subsidiaire lorsque les autorités administratives des *Länder* exécutent le droit fédéral. Ajoutons que l'organisation des voies de droit et la procédure de recours sont, elles, également largement réglées par le droit fédéral. La procédure administrative est ainsi largement harmonisée – voire unifiée – en Allemagne, la plupart des *Länder* ayant repris presque « mot pour mot » la procédure administrative fédérale. La situation

¹⁶⁴ Voir notamment Tribunal fédéral, arrêt 2C_345/2014 du 23 septembre 2014, consid. 1.3.2; ZEHNDER (2007), p. 309, n. 801.

¹⁶⁵ Dans un sens similaire, WALDMANN/OESCHGER (2011/1), N 13 (n. 49).

¹⁶⁶ Voir, par exemple, SCHENKE (1980), p. 748.

¹⁶⁷ Voir *Bundesverwaltungsgericht* (Allemagne), arrêt 7 B 151.04 du 3 mars 2005, N 20 ss.: « *Da durch eine bundesrechtliche Regelung allein ein einheitliches Verwaltungsverfahren nicht zu erreichen gewesen war, hatten die Innenminister der Länder bereits 1976 beschlossen, nach Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes auf den Erlass von mit diesem Gesetz inhaltsgleichen Landesverwaltungsverfahrensgesetzen hinzuwirken. (...) Während die Mehrzahl der Bundesländer vollständige Verwaltungsverfahrensgesetze erlassen hat, haben einige Länder u.a. Rheinland-Pfalz auf eigene Vollregelungen des Verwaltungsverfahrensrechts verzichtet und sich auf wenige vom Verwaltungsverfahrensgesetz abweichende Regelungen beschränkt, sowie im Übrigen auf das Verwaltungsverfahrensgesetz verwiesen.* »

est donc différente de celle qui prévaut en Suisse, même si la marge de manœuvre des cantons en matière de procédure et d'organisation administrative a également tendance à rétrécir. Les cantons et la Confédération connaissent toujours des différences procédurales importantes sur des questions sensibles comme la réglementation des frais de justice et des dépens, la forme de la procédure, le pouvoir de cognition et de décision de l'autorité de recours et, enfin, les délais de recours¹⁶⁸. Enfin, lors de la révision totale de la Constitution fédérale, l'on a expressément renoncé à attribuer à la Confédération la compétence de réglementer la procédure dans le champ de l'exécution du droit administratif fédéral par les cantons¹⁶⁹.

B. Le droit applicable en matière de responsabilité civile

1011 *La problématique.* – Enfin, lorsque des cantons mettent – ou ont mis – en place une organisation régionale conventionnelle, que celle-ci soit une organisation intercantonale commune ou une acquisition intercantonale de prestations, une des questions à résoudre est celle des règles juridiques applicables en matière de responsabilité civile pour les dommages qui pourraient être causés dans ce cadre par les « agents de l'État »¹⁷⁰.

Sur ce point, selon la même logique que celle qui prévaut s'agissant de la définition des règles applicables en matière de juridiction administrative, il est à nouveau possible de renoncer à toute réglementation conventionnelle expresse et de s'en remettre à l'application du droit fédéral et cantonal (1), d'adopter des règles intercantionales régissant les questions de responsabilité civile au sein de

¹⁶⁸ TURNHERR (2013), p. 236-239.

¹⁶⁹ CONSEIL FÉDÉRAL (1997), p. 525.

¹⁷⁰ La question de la réglementation de la responsabilité civile dans le cadre d'une convention organisatrice intercommunale ne pose quant à elle pas de problème particulier, à tout le moins sur un plan théorique (pour le même constat, cf. LIENHARD/WICHTERMANN [2005], p. 12). En dehors des cas qui sont obligatoirement soumis aux règles fédérales (cf. N 1013), la question se résout sur la base du droit cantonal relatif à la responsabilité civile des communes, lequel contient souvent des dispositions particulières applicables aux organisations intercommunales¹⁷⁰. Il est généralement prévu que les organisations intercommunales autonomes – telles que les associations de communes – sont responsables de manière primaire pour les actes de leurs agents, une responsabilité des communes partenaires pouvant intervenir à titre subsidiaire. Lorsqu'une commune s'est engagée à exécuter une tâche publique pour le compte d'une ou de plusieurs autres communes (contrat d'adhésion intercommunal), l'éventuelle responsabilité primaire en cas de dommages incombera tantôt à la commune prestataire, tantôt à la commune commanditaire selon que ce soit la première ou la seconde qui exerce le pouvoir de surveillance directe sur l'agent ou l'organe « régional » responsable de l'acte dommageable. La responsabilité de la commune délégataire, si elle est engagée, n'est pas forcément exclusive. La commune commanditaire peut devoir répondre du dommage de manière subsidiaire, voire de manière solidaire, si le droit cantonal prévoit une responsabilité des communes pour les dommages causés par des entités délégataires d'une tâche publique (voir dans ce sens, en droit bernois, PERREN/WICHTERMANN [2001], p. 9; cf. aussi dans ce sens art. 114 GG SH).

l'organisation régionale (2) ou, enfin, de renvoyer aux règles fédérales ou cantonales existant dans ce domaine (3).

1. L'absence de réglementation intercantonale expresse

En général. – Lorsqu'ils organisent l'exécution d'une tâche publique de manière commune, les cantons peuvent renoncer à régler de manière expresse les diverses questions de responsabilité civile que pourrait poser cette régionalisation. En effet, sur un plan théorique, il ne s'agit là pas de questions que doivent forcément régler les conventions organisatrices intercantionales puisqu'elles peuvent être réglées en application du droit fédéral ou en application du droit cantonal. 1012

Les cas de responsabilité civile réglée par le droit fédéral. – Tout d'abord, 1013 il existe de nombreuses situations dans lesquelles la problématique de la responsabilité civile que peut poser l'exécution régionalisée d'une tâche publique est de toute manière réglée exhaustivement et impérativement par le droit fédéral. Il n'existe alors pas de place pour une réglementation intercantonale. Il en va ainsi de dommages causés illicitement dans le cadre de l'exécution d'un acte relevant de l'état civil (art. 46 CC)¹⁷¹. Il en va de même en cas de dommages causés illicitement par un véhicule à moteur (art. 58 LCR), en cas de dommages liés à l'existence d'un ouvrage (art. 58 CO) ou, encore, de pollution des eaux (art. 68 LEaux). La solution est identique lorsque, dans le cadre d'une organisation régionale conventionnelle, une activité ne procède pas de l'exercice de la puissance publique. Les questions de responsabilité qui peuvent en découler s'apprécieront toujours à l'aune du droit privé fédéral conformément à l'art. 61 al. 2 CO¹⁷².

C'est ainsi que l'art. 42 Rheinhafen-Vertrag réserve – comme le lui impose l'art. 61 al.2 CO – les dispositions du CO en matière de responsabilité civile pour l'établissement autonome de droit intercantonal « Ports Rhénans Suisses » dès lors que sa responsabilité ne serait pas engagée pour une activité relevant de l'exercice de la puissance publique, mais pour une activité relevant d'une industrie¹⁷³. Les cantons de Berne et de Soleure ont également réservé l'application de l'art. 58 LCR – c'est-à-dire la responsabilité spéciale du canton déten-

¹⁷¹ Le droit fédéral prévoit une responsabilité causale, primaire et exclusive du « canton » à qui incombe la tâche d'instituer des autorités d'état civil. À partir de là, on doutera qu'un canton puisse transférer cette responsabilité à un autre canton en lui déléguant la charge d'exécuter les actes d'état civil pour les habitants de certaines de ses communes (pour un contre-exemple, qui viole à notre avis le droit fédéral, cf. art. 5 V-Zivilstandsdienst AG/ZH).

¹⁷² Dans le même sens, ZRK (2003), p. 9; aussi DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 1610 et 1628.

¹⁷³ Cf. aussi REGIERUNGSRÄTE BS/BL (2006), p. 27.

teur du véhicule – dans leurs conventions de coopération policière sur les autoroutes, au cas où leurs agents commettraient illicitement un dommage sur le territoire de l'autre canton¹⁷⁴.

1014

L'application subsidiaire du CO. – En l'absence de réglementation intercantonale contraire¹⁷⁵, les règles générales du CO s'appliquent *a priori* également, de manière générale et subsidiaire, à la responsabilité civile d'une organisation régionale commune¹⁷⁶. En effet, aucune législation « cantonale » ne dérogera valablement au CO comme le permettrait pourtant l'art. 61 al. 1 CO¹⁷⁷. Cela signifie très concrètement que l'agent fautif peut devoir répondre personnellement d'un dommage causé illicitement dans l'exercice de ses fonctions, sur la base de l'art. 41 CO, et que l'entité délégataire de l'exécution d'une tâche publique à un niveau régional ne doit, elle, en répondre solidairement sur la base de l'art. 55 CO, que si l'on peut lui reprocher d'avoir mal choisi la personne censée exécuter la tâche en question, de l'avoir mal instruite ou de l'avoir mal surveillée¹⁷⁸.

La conclusion est en principe identique lorsqu'un canton s'est chargé – ou a chargé l'une de ses autorités – d'exécuter une tâche publique pour le compte d'un autre canton. La loi sur la responsabilité de l'État que ce premier canton s'est donnée ne trouvera pas application pour les actes dommageables qui ont été commis dans l'exercice d'une activité déployée pour le compte d'un autre

¹⁷⁴ Voir, pour un exemple, art. 11 al. 3 V-Autobahnpolizei BE/SO.

¹⁷⁵ Il est possible qu'une règle-cadre intercantonale règle directement la problématique de la responsabilité civile au sein des organisations intercantionales. Ce n'est toutefois pas le cas de l'ACI qui se limite à poser la règle dispositive selon laquelle il existe une responsabilité subsidiaire et solidaire des cantons partenaires dans les cas où la responsabilité d'une organisation intercantonale commune devait être engagée (voir toutefois le problème du renvoi général au droit du siège, *infra* N 1015).

¹⁷⁶ Cf., dans ce sens, ATF 96 I 210, consid. 5; également Comm. aCst.- HÄFELIN (1989), N 90, qui souligne cependant que cette situation n'est pas satisfaisante; d'un autre avis, BRUNER (2000), p. 68, soutenant qu'il conviendrait d'appliquer le régime de la responsabilité civile de la Confédération. Ce dernier semble toutefois avoir mal compris l'opinion précitée du Prof. Häfelin.

¹⁷⁷ Voir, sur l'application théorique du CO en cas d'absence de règles cantonales sur la responsabilité de l'État, DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 1602, 1609 et 1616; aussi HÄFELIN ET AL. (2016), N 1163; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), N 19 ad § 61; MOOR/POLTIER (2011), p. 836-839; aussi, mais plus nuancé, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016), N 2087, lesquels semblent exclure une application du droit privé pour les « *typische Staatstätigkeiten* »; d'un autre avis, mais ne tenant pas compte du texte clair de l'art. 61 al. 1 CO, AUER (2016), N 1379.

¹⁷⁸ Voir HÄFELIN (1973), p. 258, prenant l'exemple de la commission intercantonale instituée à l'art. 1 Ü-Fischerei ZH/SZ/GL/SG.

canton (sur la question d'une responsabilité solidaire ou subsidiaire du second canton, *infra* N 1016)¹⁷⁹.

Exemple jurisprudentiel. – C'est ainsi que les tribunaux zurichois ont déjà eu l'occasion de rejeter une action en réparation du dommage qu'avait intenté un citoyen grison à l'encontre du canton de Zurich, du fait qu'un institut médical de ce canton avait effectué une expertise médicale erronée sur mandat du canton des Grisons. Ils ont logiquement considéré que, même si la loi zurichoise sur la responsabilité de l'État pour les actes de ses agents ne le précisait pas, il fallait, pour qu'elle trouve application, que l'agent de l'État ait agi dans l'exécution d'une tâche publique incombant au canton de Zurich et pour le compte de celui-ci, et non pour le compte d'un autre canton¹⁸⁰.

L'absence de responsabilité causale directe ? – En l'absence de toute réglementation conventionnelle en matière de responsabilité civile, on peut exceptionnellement renoncer à appliquer les règles générales du CO et reconnaître l'existence d'une responsabilité causale directe de l'entité intercantonale et du canton fournissant des prestations pour le compte d'un autre canton, dans les cas où la convention organisatrice intercantonale renvoie de manière générale et subsidiaire au droit de l'une des cantons partenaires¹⁸¹.

1015

C'est en tout cas l'avis du Tribunal cantonal jurassien qui, saisi d'une action de droit administratif à l'encontre de la HEP-BEJUNE, a considéré qu'il y avait lieu d'appliquer la réglementation cantonale jurassienne sur la responsabilité de l'État pour les actes de ses agents du fait que l'art. 41 C-HEP-BEJUNE disposait que le droit jurassien était applicable à titre subsidiaire s'agissant de l'organisation et du fonctionnement de la haute école pédagogique en question¹⁸².

Le raisonnement tient compte du fait que la collaboration entre cantons ne vise pas à permettre à ceux-ci de se libérer de leur éventuelle responsabilité civile aux dépens de leurs agents et, indirectement, de leurs administrés lésés¹⁸³. Il s'agit là d'interpréter le « renvoi général » de manière large, plus généreusement que pour la question du droit applicable au statut du personnel des organisations régionales communes ou pour celle du prélèvement d'éventuelles taxes (voir, pour ces questions, *supra* N 965 et 977). Une interprétation plus

¹⁷⁹ On pourrait en outre se demander si l'exécution d'une tâche publique exclusivement pour le compte d'un autre canton ne représente pas, pour le canton délégataire, une industrie au sens de l'art. 61 al. 2 CO qu'il ne peut soumettre – de lui-même – à un régime de responsabilité civile spécifique (cf. toutefois, pour une interprétation restrictive de l'art. 60 al. 2 CO en matière de collaboration intercantonale, LIENHARD/WICHTERMANN [2005], p. 8 s.).

¹⁸⁰ Kassationsgericht ZH, arrêt du 2 juillet 1990, consid. 2, in: ZR 1990, p. 313.

¹⁸¹ Dans ce sens, ZEHNDER (2007), p. 314.

¹⁸² Tribunal cantonal JU, arrêt du 1^{er} septembre 2008, consid. 2.1, in: RJJ 2008, p. 361.

¹⁸³ Voir, d'ailleurs à ce propos, art. 71 al. 1 ConstC BE; aussi LIENHARD/WICHTERMANN (2005), p. 13; BRUNNER (2000), p. 68.

restrictive du renvoi général reste cependant envisageable au regard de l'indétermination propre à tout renvoi général¹⁸⁴ et des problèmes de constitutionnalité qu'il peut poser (voir, sur la question, *supra* N 959 s.).

1016

L'absence de responsabilité des cantons ? – En l'absence de règle intercantonale contraire, si l'on ne peut pas lui reprocher un défaut de surveillance, un canton partenaire ne doit pas forcément répondre – de manière solidaire ou subsidiaire – des dommages causés à autrui lors de l'exécution d'une tâche publique qu'il aurait déléguée à une entité intercantonale ou à un autre canton¹⁸⁵. La responsabilité de ce canton pour les dommages causés dépendra de la loi sur la responsabilité civile qu'il s'est donnée. La question est de savoir si cette loi prévoit une responsabilité civile causale – subsidiaire ou solidaire – de ce canton pour les actes dommageables commis par les personnes ou les institutions indépendantes de l'administration ordinaire auxquelles il aurait délégué des tâches publiques¹⁸⁶. En effet, les organisations intercantionales communes ainsi que les cantons voisins chargés d'exécuter une tâche publique pour le compte d'un autre canton peuvent représenter des telles « personnes » ou « institutions »¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Pour reprendre l'exemple exposé ci-avant, en droit jurassien, le régime de responsabilité publique n'est pas applicable aux établissements autonomes (cf. art. 63-66 de loi jurassienne sur le personnel de l'État du 22 septembre 2010 [LPer JU; RSJU 173.11] et, selon la convention intercantonale, seuls les « recours » des étudiantes et étudiants sont soumis au droit et à la procédure du canton siège de la HEP (cf. art. 34 C-HEP-BEJUNE). À partir de là, on aurait pu partir de l'idée qu'une action en responsabilité intentée par un étudiant à l'encontre de l'établissement intercantonal – ou l'un de ses agents – devait être déposée devant les autorités civiles et se fonder sur les articles 41 et suivants du Code des obligations.

¹⁸⁵ Il pourrait notamment s'avérer – mais le cas est plutôt théorique – qu'un canton doive répondre sur la base de son propre droit d'un éventuel dommage dans le cas où celui-ci serait directement imputable à une personne qu'il a déléguée au sein d'une organisation régionale. Le principe est d'ailleurs prévu – ou, plutôt, souligné – à titre dispositif par l'ACI. Selon l'art. 19 al. 2 et 3 ACI, « [l]es cantons partenaires répondent des personnes qu'ils délèguent dans les organes intercantonaux », mais « [l]es règles divergentes prévues par des conventions intercantionales sont réservées ». Il s'agit là d'une évidence qui vaut rappel dans la mesure où un tel délégué représente un agent du canton concerné, à tout le moins lorsque ce canton dispose du pouvoir de lui donner des instructions (voir aussi sur la question, LIENHARD/WICHTERMANN [2005], p. 21 s.).

¹⁸⁶ Voir, pour des exemples, art. 2 al. 1 let. c de la loi fribourgeoise sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents du 16 septembre 1986 (LResp FR; RSF 16.1), qui étend le champ d'application de cette loi cantonale aux « autres corporations de droit public » que le canton de Fribourg et ses communes; cf. aussi, peut-être, art. 1 al. 2 de la loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 26 juin 1989 (LResp NE; RSN 150.10).

¹⁸⁷ Dans ce sens, Tribunal fédéral, arrêt 2A.253/2002 du 13 novembre 2002, consid. 3.1 et, Kassationsgericht ZH, arrêt du 2 juillet 1990, consid. 3, in: ZR 1990, p. 313; aussi par analogie avec les actes illicites commis par des agents cantonaux directement chargés de l'exécution d'une tâche fédérale, DUBEY/ZUFFEREY (2014), N 1651.

Quelques exemples pratiques. – Reprenons le cas de l’expertise médicale menée par un institut médical public zurichois à la demande du canton des Grisons. Celui-ci aurait peut-être dû répondre civilement pour les dommages causés par l’expertise défectueuse à l’aune de son propre droit¹⁸⁸. C’est en tout cas ce qu’a semblé considérer en passant le tribunal zurichois en soulignant le fait que le droit grison connaissait « *einen funktionellen haftungsrechtlichen Beamtenbegriff* ». Dans un autre registre, mais en se fondant sur un raisonnement similaire, on avait aussi renoncé à régler la question de la responsabilité civile de la Confédération dans le projet de convention créant une police intercantonale mobile. En cas d’intervention décidée par le Conseil fédéral, les membres de la PMI auraient été assimilés à des fonctionnaires fédéraux en tant que « personnes chargées directement de tâches de droit public par la Confédération » au sens de la loi fédérale sur la responsabilité du 14 mars 1958 (LRC)¹⁸⁹. Par conséquent, la Confédération aurait répondu selon les dispositions de cette loi du dommage qu’un fonctionnaire de police cause sans droit à des tiers au cours d’une intervention de ce genre. Il n’était, dès lors, pas nécessaire de régler dans le concordat la responsabilité résultant de dommages causés au cours d’interventions fédérales¹⁹⁰. C’est de la même idée que semble partir l’art. 9 C-Police Suisse romande qui prévoit qu’un canton pourrait être appelé à réparer les dommages causés – même de manière licite – par l’engagement temporaire d’un policier d’un autre canton sur son propre territoire « si l’ordre juridique qui le régit le prévoit et conformément à celui-ci ».

2. L’adoption d’une réglementation intercantonale

La réglementation conventionnelle. – Si les cantons veulent déroger aux règles du CO en matière de responsabilité civile, la solution qui, sur le plan juridique, reste la plus simple consiste à créer les bases légales spécifiques directement dans la convention organisatrice intercantonale. Cette dérogation aux règles du CO n’est valable que pour autant que les règles conventionnelles valent comme des « lois au sens formel », c’est-à-dire en principe seulement si les parlements ou le corps électoral des cantons partenaires ont approuvé ces règles conventionnelles (sur la question, *supra* N 915).

1017

On remarquera ici que, contrairement à ce qui prévaut en matière de réglementation du statut du personnel, une réglementation régionale de la responsabilité civile n’alourdit en principe pas véritablement la convention puisqu’elle ne nécessite pas l’adjonction de nombreux articles. La convention peut régler la question de la responsabilité civile de l’organisation pour les actes de ses agents

¹⁸⁸ Kassationsgericht ZH, arrêt du 2 juillet 1990, consid. 4, in: ZR 1990, p. 313.

¹⁸⁹ RS 741.01.

¹⁹⁰ Voir CONSEIL FÉDÉRAL (1968), p. 818 s.; voir, pour une réglementation conventionnelle expresse, art. 11 aCEPC, selon lequel « [l]’État de Genève répond, conformément à la loi genevoise sur la responsabilité civile de l’État et des communes, du dommage causé à des tiers par un agent vaudois dans l’accomplissement de son service sur le territoire genevois »; aussi art. 19 al. 3 C-AS-SO; aussi art. 10 al. 1 V-Hallwilersee LU/AG.

en une ou deux dispositions seulement¹⁹¹. Même les conventions qui présentent un degré de précision relativement important ne devraient pas être rallongées de plus de quelques articles, lesquels peuvent le cas échéant figurer en annexe de la convention.

Quelques exemples. – C'est ainsi que le projet de convention intercantonale portant la création, finalement avortée, du Réseau hospitalier universitaire de Suisse occidentale contenait une réglementation relativement détaillée sur la question de la responsabilité civile¹⁹². La plupart des autres conventions – à l'instar de la C-AS-SO – se contentent généralement d'une seule disposition fixant le principe de la responsabilité directe, exclusive et sans faute de l'organisation intercantonale ou des cantons partenaires¹⁹³.

1018 *La délégation à un organe régional.* – Il n'est en revanche pas imaginable de déléguer à un organe intercantonal le soin de régler la question de la responsabilité de l'organisation régionale pour les actes illicites de ses agents, à tout le moins tant qu'il n'est pas possible de le considérer comme une sorte de législateur au sens formel (sur la question, *supra* N 934 ss). À notre connaissance, aucune convention intercantonale ne connaît d'ailleurs de délégation législative en ce sens.

3. Le renvoi au droit cantonal ou fédéral

1019 *Le renvoi au droit d'un canton partenaire.* – Une alternative à l'intégration de règles de responsabilité civile originales dans la convention organisatrice intercantonale consiste à inscrire, dans cette même convention, le principe selon lequel les questions de responsabilité civile au sein de l'organisation régionale s'examinent conformément au droit de l'un des cantons partenaires. Il s'agit en tout cas d'une pratique répandue. Les conventions renvoient régulièrement au droit du canton siège de l'organisation intercantonale commune qu'elles créent (p. ex. établissement autonome intercantonal) ou au droit du canton qui exerce une tâche pour le compte d'un autre canton (p. ex. acquisition de prestations).

¹⁹¹ À notre sens, il convient d'appliquer, en cas de lacune de la convention, les règles du CO à titre de droit intercantonal supplétif (voir, expressément dans ce sens, art. 8 al. 5 C-Police Suisse romande; art. 65 P-Concordat RHUSO), à moins bien entendu que la convention prévoit l'application d'un droit cantonal à titre de droit intercantonal subsidiaire (voir, par exemple, art. 20 al. 3 C-AS-SO ou art. 56 al. 3 CPDT-JUNE). Dans ce dernier cas, il convient toutefois de se demander si le « renvoi » ne constitue pas une délégation législative anticonstitutionnelle (sur la question, *infra* N 1021 s.).

¹⁹² Voir les art. 58 à 62 P-Concordat RHUSO.

¹⁹³ Voir, entre autres, art. 20 C-AS-SO; art. 56 CPDT-JUNE; art. 25 C-HE-ARC; art. 16 V-Bostadel; art. 19 V-BVG-Aufsicht Ostschweiz.

Le renvoi sert tantôt à pallier l'absence de toute réglementation conventionnelle, tantôt à compléter de manière générale et subsidiaire une réglementation conventionnelle qui pourrait s'avérer lacunaire.

Quelques exemples. – C'est ainsi qu'il est très souvent prévu que la responsabilité civile d'un établissement intercantonal de formation suive le régime juridique fixé par le droit du canton siège de l'établissement. Par exemple, la responsabilité du Gymnase intercantonal de la Broye à Payerne s'examine à l'aune du droit vaudois et la responsabilité civile de la Haute École ARC s'examine sous l'angle du droit neuchâtelois¹⁹⁴. Il en va de même des conventions qui fondent des structures hospitalières intercantionales, comme l'Hôpital intercantonal de la Broye ou l'Hôpital Riviera-Chablais. Elles renvoient à titre subsidiaire et général au droit du siège juridique de l'établissement intercantonal, en l'occurrence au droit vaudois¹⁹⁵.

La nature et la constitutionnalité du « renvoi ». – Comme déjà mentionné plusieurs fois, un « renvoi » au droit cantonal peut représenter une norme de rattachement tout à fait valable sur un plan juridique, laquelle étend le cas échéant le champ d'application du droit cantonal désigné conformément au principe de territorialité. C'est du moins le cas lorsque la tâche dont l'exécution est organisée au niveau régional implique le développement d'une activité exclusivement – ou de manière prépondérante – sur le territoire du canton dont le droit est applicable.

1020

C'est ainsi qu'il paraît logique d'appliquer le droit lucernois dès lors qu'un fonctionnaire argovien causerait de manière illicite un dommage en exécutant une tâche de surveillance sur la partie lucernoise du lac de Hallwil. Il en va de même si un officier d'état civil de communes schwyzoises commet un acte domageable en exécutant des tâches pour le compte des habitants de quelques communes lucernoises excentrées¹⁹⁶.

De manière générale, de nombreuses conventions intercantionales prévoient une application du droit du canton sur lequel la prestation est effectuée¹⁹⁷.

Un renvoi dynamique externe inconstitutionnel ? – Cela étant dit, contrairement à ce que la pratique et la doctrine récentes ont tendance à considérer, le fait de renvoyer, dans une convention intercantonale, à un droit cantonal déterminé – plutôt qu'à un autre – ne constitue pas une simple « question politique », laquelle consisterait à choisir, parmi plusieurs réglementations cantonales qui

1021

¹⁹⁴ Art. 74 CIGB; art. 25 C-HE-ARC; aussi art. 34 al. 1 K-Polizeischule Hitzkirch.

¹⁹⁵ Art. 24 C-HIB VD/FR et art. 24 C-HIRC VD/VS.

¹⁹⁶ Art. 6 aV-Zivilstandsamt LU/SZ; art. 10 al. 1 V-Hallwilersee LU/AG

¹⁹⁷ Art. 11 aCEPC GE/VD; art. 8 al. 2 C-Police Suisse romande; art. 11 al. 1 V-Autobahnpolizei BE/SO; art. 10 al. 4 V-Rheinschiffart: « *Handelt die Rheinschiffahrtsdirektion Basel als Rheinschiffahrtsbehörde des Kantons Basel-Landschaft oder des Kantons Aargau, so beurteilen sich ihre Dienstobliegenheiten und die Verantwortlichkeit ihrer Beamten und Angestellten nach dem Recht des Kantons, für den gehandelt wurde.* »

peuvent passablement varier (délai, responsabilité du canton délégataire, responsabilité pour acte licites, etc.), celle qui est la plus adaptée au fonctionnement de l'organisation intercantonale conventionnelle¹⁹⁸. Un tel procédé – et une telle façon de penser – peut poser un problème constitutionnel fondamental, même lorsque c'est le droit du canton siège de l'établissement intercantonal ou du canton délégataire qui est finalement désigné par la convention organisatrice intercantonale. Le risque est en effet qu'aucun critère de rattachement suffisant ne justifie l'application du droit choisi. N'oublions pas qu'un canton ne peut pas légiférer sur les questions de responsabilité civile liées à un dommage causé par ses propres agents, dès lors que l'acte dommageable aurait été commis dans l'exécution d'une tâche publique pour le compte exclusif d'un autre canton et/ou sur le territoire de cet autre canton (voir sur la question, *supra* N 349).

La norme conventionnelle qui serait adoptée en vue de permettre une application extraterritoriale d'un droit cantonal ne constitue dès lors pas une « norme de rattachement », mais représente, d'un point de vue fonctionnel, une délégation législative en faveur d'un autre canton. Une telle délégation législative, qui prend la forme d'un « renvoi dynamique externe » au droit d'un (autre) canton, est inconstitutionnelle dès lors qu'elle est formulée sous forme d'un blanc-seing.

1022

L'inconstitutionnalité de certains renvois. – On doutera ainsi fortement de la constitutionnalité des « normes de renvoi » qui prévoient que la responsabilité civile des autorités de surveillance des fondations LPP des cantons de Berne et de Zurich est soumise au droit bernois, respectivement au droit zurichois même si ces autorités devaient commettre des actes dommageables dans l'exercice de la surveillance des fondations LPP domiciliées sur le territoire fribourgeois ou schaffhousois¹⁹⁹. La réglementation de la C-AS-SO selon laquelle la responsabilité de l'autorité intercantonale de surveillance des fondations LPP de Suisse romande est toujours soumise au droit vaudois éveille des doutes similaires²⁰⁰.

S'il peut être opportun, d'un point de vue politique, de vouloir assurer l'application de mêmes règles au sein de l'organisation régionale conventionnelle²⁰¹, cela ne suffit pas, d'un point de vue théorique, à justifier une dérogation à la règle selon laquelle les conséquences d'un acte illicite sont régies par le droit

¹⁹⁸ ZRK (2003), p. 9; aussi ZEHNDER (2007), p. 314 s. (n. 827); LIENHARD/WICHTERMANN (2005), p. 19 s.

¹⁹⁹ Art. 3 V-BVG-Aufsicht ZH/SH; art. 5 C-Surveillance LPP BE/FR.

²⁰⁰ Art. 19 al. 1 C-AS-SO; voir aussi s'agissant de la collaboration entre les deux cantons de Bâle dans le même domaine, art. 13 V-BVG-Aufsicht BS/BL; pour la Suisse centrale, art. 15 K-ZBSA.

²⁰¹ Pour cette justification sommaire, cf. CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2011), p. 5; LIENHARD/WICHTERMANN (2005), p. 20.

applicable au lieu de commission de cet acte (en l'occurrence les actes de surveillance des fondations situées sur un territoire donné).

Le même raisonnement s'applique *a fortiori* aux règles conventionnelles récentes qui, comme celles contenues à l'art. 8 C-Police du lac NE ou à l'art. 18 al. 3 ZPK, prévoient que la responsabilité pour les actes illicites des agents de police s'examine à l'aune du droit du canton de provenance des policiers (en l'occurrence le canton de Vaud ou le canton de Fribourg), même si ces derniers ont agi pour le compte d'un autre canton et sur le territoire ou sur les eaux de celui-ci (p. ex. le canton de Neuchâtel).

Le renvoi au droit fédéral. – Lors de l'élaboration de la convention intercantonale, on peut enfin imaginer renoncer à un éventuel renvoi au droit cantonal et prévoir le principe selon lequel les questions de responsabilité civile au sein de l'organisation régionale s'examinent conformément au droit fédéral.

1023

Une première possibilité consiste à renvoyer au droit privé fédéral, en l'occurrence aux dispositions du CO relatives la responsabilité civile pour actes illicites. Le procédé ne pose pas aucun problème particulier au regard du principe de légalité puisque le droit privé pourrait être applicable directement en l'absence de réglementation intercantonale (*supra* N 1013 s.)²⁰². La norme conventionnelle de renvoi consiste alors en une sorte de « clause de réserve ».

Une seconde possibilité consiste en un renvoi aux règles fédérales de droit public qui régissent la responsabilité de la Confédération pour les actes de ses agents. Un tel procédé pourrait s'avérer plus problématique, dans la mesure où il constituerait un « renvoi dynamique externe » au droit fédéral (sur la question aussi, *supra* N 973). Il serait donc préférable de reprendre textuellement dans la convention les principes fixés dans la loi fédérale sur la responsabilité ou, alors, de concevoir un renvoi statique au droit fédéral. Les dispositions de droit matériel de cette loi deviendraient alors parties intégrantes de la convention.

C'est précisément ainsi qu'ont procédé les cantons, dans les années 1960, lors de l'élaboration du projet de convention intercantonale créant une police mobile intercantonale. Afin de satisfaire au principe de légalité, ils ne s'étaient pas contentés d'insérer un renvoi à la loi fédérale sur la responsabilité (LRCF)²⁰³, mais avait reproduit la réglementation de celle-ci en annexe de la convention et prévu que celle-ci devait régler les questions de responsabilité civile qui auraient pu être liées à l'engagement de la police mobile dans les cantons²⁰⁴.

²⁰² Il est en revanche possible qu'un tel renvoi ne soit pas conforme au droit constitutionnel cantonal (*supra* N 1015). Voir aussi LIENHARD/WICHTERMANN (2005), p. 9, qui considèrent, à tort à notre avis, que le CO s'applique alors comme du droit public.

²⁰³ LF sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (RS 170.32).

²⁰⁴ Voir annexe I-III au P-Concordat PMI et CONSEIL FÉDÉRAL (1968), p. 818.

IV. Synthèse intermédiaire

1024

Des questions encore ouvertes. – À l'image des tribunaux et des acteurs politiques, la doctrine juridique s'est jusqu'à présent essentiellement intéressée à la question des tâches publiques qui pouvaient faire l'objet d'une intercantonalisation ou d'une intercommunalisation, aux règles de gouvernance qu'une telle collaboration institutionnalisée devait respecter et, surtout, à la procédure qu'il fallait suivre en vue de l'adoption ou de la révision de la convention organisatrice intercantonale ou intercommunale qui la fondait.

En comparaison, la question du droit applicable au sein des organisations régionales, ainsi que la question des principes qui doivent prévaloir en matière de légistique régionale, constitue une problématique de recherche qui est restée peu explorée jusqu'ici. De ce fait, de nombreux problèmes juridiques ne reçoivent pas encore de solutions claires et précises dans ce domaine. On peut en particulier se demander s'il est envisageable d'interpréter l'art. 48 al. 4 Cst. de manière flexible et d'opérer de larges délégations législatives en faveur d'un organe intercantonal (N 923 ss). Une autre interrogation consiste à déterminer si, à l'instar des règlements intercommunaux, les actes normatifs édictés par un tel organe pourraient équivaloir à des « lois formelles » dès lors qu'ils bénéficieraient d'une meilleure légitimité démocratique qu'actuellement (p. ex. en cas d'adoption par une commission interparlementaire ; N 934 ss).

De notre côté, nous avons répondu à ces deux questions par l'affirmative, notamment parce qu'une application souple du principe de légalité formelle – autorisant de larges délégations législatives en faveur d'organes intercantonaux – correspond à une nécessité pratique dans le domaine de l'organisation régionale.

1025

L'émergence de pratiques a priori inconstitutionnelles. – Toujours est-il que certaines délégations législatives contenues par les conventions organisatrices régionales s'avèrent trop larges en l'état actuel (N 970, 997 s. et 1000 s.).

En l'absence de théorie générale de légistique régionale, les cantons et, dans une moindre mesure, les communes ont en effet adopté des normes légales et conventionnelles dont la constitutionnalité apparaît douteuse dès lors que l'on apprécierait celle-ci au regard des exigences valant habituellement en matière de légistique cantonale. Les « renvois » au droit fédéral opérés par certaines conventions intercantionales ne respectent ainsi pas toujours les exigences jurisprudentielles que doivent normalement respecter les cantons qui envisagent de recourir à un tel procédé légistique (N 1008 ss).

Un constat similaire vaut *a fortiori* pour les très nombreux « renvois » effectués en faveur du droit d'une collectivité partenaire. Ces renvois, lorsqu'ils n'équivalent pas à des normes de rattachement, doivent être assimilés à des délégations législatives sous forme de « blanc-seing » qui, *de facto*, autorisent un

canton ou une commune à appliquer ses propres règles de droit, voire à étendre son pouvoir juridictionnel sur le territoire d'un autre canton ou d'une autre commune (N 984, 1006 et 1022). Ce type de renvois dynamiques au droit d'une collectivité partenaire – auquel la doctrine juridique et les acteurs politiques recommandent de recourir afin de simplifier le fonctionnement de la collaboration régionale – se trouve évidemment en contradiction complète avec les principes constitutionnels de « souveraineté » cantonale et d'autonomie communale ainsi qu'avec celui de territorialité du droit, du moins tels qu'ils sont traditionnellement compris et appliqués.

Chapitre 13 : Quelques questions choisies en matière de procédure conventionnelle

I. La conclusion des conventions organisatrices régionales

Introduction. – Une définition des règles générales régissant l'organisation régionale conventionnelle serait incomplète si elle esquivait les questions constitutionnelles fondamentales que peuvent poser la conclusion, la révision et la dénonciation de l'acte fondateur de telles organisations. Il convient ainsi de s'interroger sur les règles constitutionnelles de procédure conventionnelle régionale et, notamment, sur le cadre juridique que doit respecter l'adoption d'une convention organisatrice régionale.

1026

À cet égard, on peut tout d'abord se demander, en suivant un raisonnement chronologique, s'il est possible que la population ou le parlement commande à l'autorité exécutive d'entreprendre les démarches nécessaires en vue de la conclusion d'une convention organisatrice, quand bien même, d'un point de vue constitutionnel, il incombe en principe à cette autorité de conduire la politique extérieure et, notamment, de négocier, de signer et de ratifier les accords inter-cantonaux ou intercommunaux (A).

Il convient ensuite d'examiner dans quelle mesure une telle convention peut voir le jour sans le consentement concordant de certaines collectivités (B). Enfin, il faut s'interroger sur la nécessité de soumettre la conclusion de telles conventions à l'approbation du parlement – voire à référendum populaire – au sein des cantons ou des communes partenaires (C).

A. La motion parlementaire et l'initiative populaire tendant à la conclusion d'une convention organisatrice régionale

1027 *Plan.* – Comme nous venons de le mentionner, il ne va pas forcément de soi qu'un parlement ou la population d'un canton ou d'une commune puissent commander à une autorité exécutive cantonale ou communale d'entreprendre les démarches nécessaires en vue de la conclusion d'une convention organisatrice intercantonale ou intercommunale, dès lors qu'au sens du droit constitutionnel, il incombe en principe à l'autorité exécutive de conduire la politique extérieure du canton ou de la commune. Selon les cantons et les communes, on peut toutefois imaginer qu'ils le fassent par le biais de la motion parlementaire (1) ou par celui de l'initiative populaire (2).

1. La motion parlementaire

1028 *En général.* – La conclusion de conventions intercantionales et intercommunales ne relève pas de la compétence exclusive des exécutifs cantonaux ou communaux. Elle représente une compétence que ceux-ci partagent avec les autorités législatives, comme nous l'avons examiné en deuxième partie de thèse (*supra* N 398 et 404 ss). Dans cette mesure, le respect de la séparation des pouvoirs ne s'oppose pas, d'un point de vue constitutionnel, à ce qu'un parlement cantonal ou communal enjoigne une autorité exécutive, en adoptant une motion idoine, à prendre certaines mesures en vue de la conclusion d'une convention organisatrice régionale qu'il serait appelé à approuver.

Quoi qu'en disent certains gouvernements cantonaux, cette appréciation juridique du principe de séparation des pouvoirs – qui reçoit parfois un ancrage constitutionnel exprès au niveau cantonal (voir *supra* N 401) – vaut de manière générale, si bien que la question de la recevabilité d'une motion qui demande la conclusion d'une convention organisatrice régionale dépend essentiellement de l'interprétation que l'on entend faire des dispositions légales cantonales ou communales qui aménagent cet instrument parlementaire¹.

¹ Dans ce sens, REGIERUNGSRAT ZH (2006), p. 20: « *Regelungsgegenstände von Konkordaten würden nach der innerkantonalen Kompetenzausscheidung häufig in den Zuständigkeitsbereich des Kantonsrates fallen. Allein weil er den Kanton gegen aussen vertritt, verhandelt im Aussenverhältnis der Regierungsrat auch über solche Bereiche (...). Es wäre daher kein Widerspruch zum Grundsatz der Organadäquanz, wenn der Kantonsrat über ein Instrument verfügen würde, mit dem er den Regierungsrat auch im Bereich der Aussenbeziehungen in einem gewissen Rahmen zum Tätigwerden verpflichten könnte.* »; aussi BAUMANN (2017), p. 130 s.; Komm. KV LU-KOCH (2010), N 27 ad § 48 Cst. LU; Komm. KV ZH-HAUSER (2007), N 23 ad art. 54 Cst. ZH; BRUNNER (2000), p. 164; ABDERHALDEN (1999/II), p. 6 ; *contra* REGIERUNGSRAT ZH (2011), p. 12; CONSEIL D'ÉTAT VS (2000), p. 896.

La motion portant sur une « décision » ou une « mesure ». – Il n'est pas nécessaire d'introduire expressément dans le droit cantonal ou le droit communal l'instrument de la motion en matière intercantonale ou intercommunale pour que celui-ci soit admissible. Une motion parlementaire demandant la conclusion d'une convention organisatrice régionale ou, simplement, l'adhésion à une telle convention est évidemment recevable à chaque fois qu'il est prévu – comme en droit bernois et jurassien – que l'objet de la motion parlementaire s'étend à la préparation de « décisions » ou de « mesures » qui peuvent relever tant de la compétence du législatif que de celle de l'exécutif². 1029

Les droits jurassien et bernois en particulier. – Il n'apparaît pas inutile de mettre en exergue ici que la commission en charge de la dernière révision du droit parlementaire bernois s'est demandée s'il était opportun d'introduire l'instrument de la *motion demandant un accord intercantonal*. Elle est toutefois arrivée à la conclusion que les outils existant dans le domaine des relations extérieures étaient suffisants dans le canton de Berne³. À titre de comparaison, dans le canton du Jura, c'est par le biais d'une motion parlementaire que le Parlement jurassien a demandé au Gouvernement – sans que celui-ci ne s'y oppose – d'engager des négociations avec les cantons de Berne et de Neuchâtel (cocontractants de la convention HEP-BEJUNE) pour la mise en place d'une commission interparlementaire de contrôle pour la Haute École pédagogique HEP-BEJUNE⁴.

La motion portant sur un projet d'arrêté ou de décret. – Les motions parlementaires tendant à la conclusion de conventions organisatrices régionales sont également recevables dans les cantons ou les communes où un tel instrument peut non seulement porter sur un projet de loi, mais également sur un projet d'« arrêté » ou de « décret », voire sur tout « autre objet » relevant de la compétence du législatif cantonal ou communal, autrement dit sur un « acte administratif » relevant de la compétence de celui-ci⁵. 1030

² Voir art. 80 al. 1 ConstC BE en lien avec l'art. 63 al. 1 LGC BE et art. 28 LOP JU; aussi l'art. 28 al. 1 du Règlement du Conseil de Ville de Delémont et l'art. 26 al. 1 du Règlement du Conseil de Ville de la Commune de Moutier selon lequel « [l]es motions sont des propositions obligeant le Conseil communal [respectivement municipal] à déposer un projet de règlement ou d'arrêté, ou lui donnant des directives impératives sur une mesure à prendre ou des propositions à formuler »; dans ce sens au niveau fédéral, entre autres, CIP-N (2001), p. 3335; JAAC 1976 n° 68, p. 11; BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 549-552; KÜNZLI (2009), p. 51.

³ COMM. RÉVISION LGC BE (2013), p. 6; d'un autre avis, BSK BV-EPINEY (2015), N 14 ad art. 166 Cst.

⁴ Voir la motion Instauration d'une commission interparlementaire de contrôle pour la Haute école pédagogique HEP-BEJUNE (n° 935), déposé par M. Froidevaux et adopté par le Parlement jurassien, in: Journal des débats, Séance du 21 avril 2010, p. 285.

⁵ Dans le même sens, Komm. KV ZH-HAUSER, N 23 ad art. 54 Cst. ZH; BAUMANN (2017), p. 131; *contra* ABDERHALDEN (1999/I), p. 208 et 218, qui exclut qu'une initiative en vue de la conclusion d'une convention puisse être adoptée lorsque le droit prévoit qu'elle ne peut concerner que des objets de la compétence du législatif; voir, au niveau cantonal, art. 216 et

Une interprétation large du champ d'application de la motion parlementaire répond à la nécessité de favoriser la participation démocratique dans un domaine qui a gagné – et gagne toujours plus – en importance⁶. Elle tient également compte du fait que la conclusion d'une convention organisatrice régionale représente autant un acte de politique extérieure qu'un acte de législation⁷ et que, dans l'esprit de nombreux constituants et législateurs cantonaux, la population et les parlements sont appelés à participer activement au développement de la collaboration intercantonale et intercommunale⁸.

1031

Les autres situations. – Ce n'est finalement que dans deux situations que les parlementaires sont contraints d'utiliser d'autres instruments parlementaires – tels que le postulat ou la résolution – pour « inviter » leur exécutif à entamer des démarches en vue de la conclusion d'une convention organisatrice régionale ou d'une adhésion à celle-ci.

Il peut tout d'abord arriver que le droit cantonal ou communal limite clairement l'objet de la motion parlementaire et exclue de ce fait implicitement la motion parlementaire en matière conventionnelle. C'est le cas au niveau communal dans les cantons du Valais et de Neuchâtel⁹.

227 OGC NE, art. 120 LGC VD et art. 110 LOC RP VS, et au niveau communal, art. 31 LC VD et art. 17 al. 1 LCo FR. Dans le canton de Genève, les art. 143 et 148 al. 1 LRGC GE prévoient que, par une motion, le Conseil d'État est « invit[é] (...) à étudier une question » et à « présenter au Grand Conseil un rapport écrit ». La pratique admet cependant qu'une motion peut demander au Conseil d'État, de la manière la plus générale qui soit, de « prendre des mesures » dans n'importe quel domaine (cf. SECRÉTAIRIAT DU GC GE [2010], p. 9).

⁶ Cf. Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques BE, décision 94.02322 du 5 juillet 1995, consid. 2, in: JAB 1996, p. 147: « *Es ist dennoch nicht zu verkennen, dass heute die Tendenz in Richtung einer flexiblen Zuständigkeitsordnung geht. Es entspricht durchaus unserem Demokratieverständnis, dass das Parlament hier auf die Entscheidungen der Exekutive Einfluss nehmen will im Interesse wirksamer Kontrolle und einer ausgebauten demokratischen Partizipation Sinn.* »

⁷ Sur la double nature de l'acte d'approbation, BAUMANN (2005), p. 130; Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 16 ad art. 91 Cst. ZH.

⁸ En effet, l'on a parfois soutenu par le passé que le législatif ne pouvait pas déposer de motion en vue de la conclusion d'une convention du fait qu'il ne disposait que compétences dites « réactives », à l'exclusion de compétences dites « actives » (cf. notamment Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, consid. 4c, in: BLVGE 1983, p. 27). L'argument n'est plus totalement pertinent (voir notamment art. 103a LEDP VD qui autorise le parlement à présenter un contre-projet à une initiative populaire en matière intercantonale).

⁹ Voir art. 32 al. 1 LCo VS, selon lequel la motion peut uniquement obliger le conseil municipal à présenter des « propositions réglementaires ». Dans le canton de Neuchâtel, la motion parlementaire communale se limite en principe simplement au droit de demander à l'exécutif communal de procéder à l'étude d'une question déterminée (cf. l'art. 3.21 du Règlement général type de commune élaboré par le Service des communes du canton de Neuchâtel, consulté le 31 mars 2014 sur www.ne.ch).

Il peut aussi arriver que le droit cantonal ou communal prévoie expressément que la motion parlementaire n'est pas admissible en matière conventionnelle. C'est le cas du droit fribourgeois selon lequel la motion parlementaire cantonale peut demander l'adhésion à une convention intercantonale, mais non l'engagement de négociations en vue de l'élaboration d'une convention intercantonale¹⁰.

L'objet et la portée de la motion. – Très théoriquement, l'adoption d'une motion demandant la conclusion d'une convention régionale entraîne, pour l'exécutif, une véritable obligation, non seulement politique, mais également juridique, de procéder à des démarches effectives en ce sens, à moins, bien sûr, que le droit cantonal n'assortisse aucun effet obligatoire à la motion¹¹.

1032

Néanmoins, dans les faits, il semblerait qu'une telle motion n'ait aucune portée propre par rapport aux autres instruments parlementaires traditionnels. Sur un plan pratique, l'ouverture et l'avancement de négociations intercantionales ou intercommunales dépendent évidemment de la volonté de coopérer des autres cantons ou des autres communes envisagés comme partenaires et, bien sûr, des circonstances entourant la négociation (p. ex. calendrier politique, etc.)¹². Par ailleurs, sur un plan juridique, la motion parlementaire ne peut contenir aucune directive de négociation précise, au risque sinon de violer le principe de la séparation des pouvoirs, puisque la négociation reste du ressort exclusif des exécutifs au sens du droit (constitutionnel) cantonal¹³.

¹⁰ Voir art. 69 let. b LGC FR ainsi qu'art. 9 LConv FR.

¹¹ Dans le canton de Genève, la motion parlementaire cantonale, à l'instar de son pendant communal, peut porter sur un grand nombre d'objets, mais n'a aucune valeur contraignante pour l'exécutif (voir art. 31 al. 1 et 2 du règlement du Conseil municipal de la Commune de Meyrin qui dispose que la motion est une initiative du Conseil municipal chargeant le Conseil administratif de présenter un rapport au Conseil municipal, de prendre une mesure ou de déposer un projet de délibération visant un but déterminé, mais qu'elle « n'implique pas d'obligation d'exécution »). L'absence d'effet contraignant a toujours été déduite directement du texte de l'ancienne constitution cantonale, en l'occurrence de l'art. 92 aCst-GE lequel disposait que « [I]orsqu'une motion a été adressée au Conseil d'État, ce dernier [était] tenu d'y répondre dans un délai de six mois, en motivant son refus s'il n'adhère pas à la proposition ». Aujourd'hui encore, les art. 143 et 148 al. 1 LRGC GE prévoient que le Conseil d'État est « invité [...] à étudier une question » et à « présenter au Grand Conseil un rapport écrit ». Il n'est pas exclu que la nouvelle constitution cantonale permette d'aller plus loin et de corriger cette « *Genferei* », dans la mesure où elle ne contient plus de disposition similaire à l'art. 92 aCst-GE précité (voir sur la question SECRÉTARIAT DU GC GE [2010], p. 5 et 18 s.).

¹² Voir notamment COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 1365.

¹³ Voir Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, consid. 4c, in: BLVGE 1983, p. 27: « *Der weitergehende Auftrag, es sei vom Gemeinderat ein neuer Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschliessen, kann hingegen nicht Gegenstand eines Einwohnerratsbeschlusses bilden* »; aussi BAUMANN (2017), p. 131; au niveau fédéral, ATF 139 V 263, consid. 7.2, selon lequel « [d]ie Bundesversammlung kann zwar mit Motionen (...) den Bundesrat anhalten und

Ainsi, le devoir déduit de la motion consiste, pour un exécutif, à entreprendre des démarches générales dans une certaine direction et non à obtenir obligatoirement des résultats, la motion ayant ainsi une « simple valeur de directive »¹⁴. Tout au plus l'exécutif doit-il se justifier devant son parlement sur les raisons pour lesquelles il n'a pas rempli la mission qui lui avait été confiée, le cas échéant sous la forme d'un rapport¹⁵. Le résultat ressemblera alors étrangement à celui qui aurait pu être obtenu par le biais d'un postulat.

L'exemple du droit fribourgeois. – C'est d'ailleurs pour cela que le Grand Conseil fribourgeois a choisi de renoncer, en partie, à l'instrument de la motion en matière inter-cantonale, alors même que la constitution cantonale l'autoriserait théoriquement à donner des consignes contraignantes au Conseil d'État dans n'importe quel domaine¹⁶. Au sens de l'art. 9 LConv FR, le Grand Conseil peut certes obliger le Conseil d'État – par le biais d'une motion ou d'un mandat – à soumettre au Grand Conseil un projet d'acte ayant pour objet l'adhésion à une convention existante. En revanche, lorsque la conclusion d'une convention nécessite une négociation avec des cantons partenaires potentiels, le Grand Conseil ne peut inviter le gouvernement à agir que par le biais d'une « requête », laquelle consiste en une simple « proposition de prendre une mesure »¹⁷.

2. L'initiative populaire

1033 *L'existence d'une réglementation expresse.* – Comme nous l'avons vu, il arrive que le droit cantonal prévoie expressément que, par le biais d'une initiative populaire, le corps électoral cantonal peut inciter l'exécutif à prendre les mesures

auffordern, den Abschluss bestimmter Verträge an die Hand zu nehmen, doch kann sie ihn nicht verpflichten, bestimmte aussenpolitische Handlungen vorzunehmen, da diese in den dem Bundesrat vorbehaltenen Bereich der Führung der Aussenpolitik fallen (...). » De toute manière, l'instrument de la motion n'apparaît pas totalement adapté aux réalités de la négociation. Notamment, la publicité d'une motion parlementaire donnant des directives de négociation affaiblit probablement la position du gouvernement qui en est le destinataire (LIENHARD ET AL. [2011], p. 73).

¹⁴ CHS BE (2009), p. 16; aussi REGIERUNGSRAT ZH (2006), p. 20: « *Vorstellbar wäre ein Antrag in der Form einer allgemeinen Anregung an den Regierungsrat, in einem bestimmten Bereich durch eine interkantonale Zusammenarbeit ein bestimmtes Ziel zu erreichen.* » Remarquons que la situation est ici comparable à celle qui prévaut lorsqu'une commission parlementaire ou interparlementaire est appelée à se prononcer sur un avant-projet de convention (sur la question, *supra* N 403).

¹⁵ COMM. RÉVISION LGC BE (2013), p. 26; aussi BRUNNER (2000), p. 164: « *Allerdings kann die Erfüllung eines solchen Auftrags nicht erzwungen werden, erst recht nicht, wo er sich auf eine interkantonale Vereinbarung bezieht. Die Nichterfüllung zieht eine Begründungspflicht nach sich. Die Weisung oder der Auftrag ist allerdings mehr als eine blosse Stellungnahme des Parlaments, da die Regierung immerhin gewisse Aktivitäten einleiten muss.* » Voir d'ailleurs art. 10 al. 1 LConv FR.

¹⁶ COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 1365.

¹⁷ Voir art. 9 al. 2 let. a LConv FR en lien avec art. 85 LGC FR.

nécessaires en vue de la conclusion d'une convention intercantonale (*supra* N 470 s.). Dans les cantons qui connaissent un tel droit d'initiative populaire en matière de relations extérieures, les citoyens peuvent demander à leur gouvernement d'entamer des pourparlers en vue de la conclusion d'une convention organisatrice régionale ou de l'adhésion à une convention intercantonale existante¹⁸.

Un droit populaire similaire existe parfois aussi au niveau communal. Dans les communes fribourgeoises, les citoyens jouissent par exemple de la faculté de demander à leurs autorités communales de faire en sorte que leur commune constitue une association de communes ou adhère à une telle association¹⁹. Il en va de même dans les communes de Genève si l'on considère, à l'instar de GRODECKI, qu'une initiative communale peut tendre à la création d'une « corporation de droit public » non seulement communale, mais également intercommunale²⁰.

En l'absence de réglementation expresse. – La question délicate reste de déterminer si le corps électoral jouit de la faculté de lancer une initiative populaire en matière de relations extérieures lorsque le droit cantonal ne l'envisage pas expressément.

À vrai dire, en 1947, à une époque où le droit d'initiative en matière intercantonale est encore dans les nimbes de la théorie, le Tribunal fédéral a jugé qu'une initiative populaire portant sur la conclusion d'une convention intercantonale dans un canton qui ne la prévoyait pas expressément – en l'occurrence le canton d'Obwald – devait être invalidée, au regard notamment du fait que, dans ce canton, il n'existait même pas encore de référendum en matière intercantonale²¹.

Cette ancienne jurisprudence, qui consacre une interprétation restrictive de la réglementation des droits politiques cantonaux, doit encore prévaloir dans les cantons et les communes où le droit d'initiative populaire peut uniquement demander l'adoption, la révision ou l'abrogation d'une règle générale et abstraite. Dans de tels cantons et communes, les citoyens ne jouissent *a priori* pas de la faculté de demander à leur organe exécutif d'entreprendre un acte gouvernemental particulier, comme la négociation d'un accord interétatique²². Le corps électoral est alors contraint de requérir l'adoption d'une disposition constitu-

¹⁸ Dans le même sens, Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 38 ad art. 23 Cst. ZH.

¹⁹ Art. 51^{er} al. 1 let. c LCo FR.

²⁰ Art. 36 al. 1 let. e LAC GE et GRODECKI (2008), N 865-869 et 873, lequel précise que le législateur cantonal aurait utilisé de manière déficiente la notion de « fondation de droit public » alors même qu'il entendait se référer à celle de « corporation de droit public ».

²¹ ATF 73 I 103, consid. 5.

²² GRODECKI (2008), N 559; GANDER (1990), p. 382 s.; KÖLZ (1982), p. 14.

tionnelle ou légale programmatique. Cela sera notamment le cas dans les cantons du Jura et de Fribourg, ce tant au niveau cantonal qu'au niveau communal²³.

1035

L'initiative en matière administrative. – En revanche, la jurisprudence fédérale précitée n'est pas – ou plus – applicable dans les cantons et les communes où l'objet d'une initiative populaire n'est pas limité à un acte général et abstrait, mais où il peut consister en l'adoption d'un acte individuel et concret. La doctrine part apparemment de ce présupposé²⁴.

Il faut bien reconnaître que les deux principaux arguments qui fondaient l'arrêt rendu en 1947 – c'est-à-dire le fait que le droit positif suisse ne connaissait pas l'initiative en matière intercantonale et le fait qu'en l'espèce, le canton concerné ne prévoyait même pas le référendum conventionnel – ont perdu toute pertinence²⁵. Remarquons aussi que les tribunaux admettent généralement que l'on puisse donner à une autorité exécutive, par le biais d'une initiative populaire administrative, le mandat d'agir d'une certaine façon lors de l'exécution d'une tâche déterminée ou d'entreprendre une démarche définie (*Auftragsnorm*), comme la négociation de traités entre États, pour autant que le domaine concerné par l'initiative relève en partie de la compétence du législatif communal, ce qui est le cas de la politique extérieure d'un canton ou d'une commune²⁶.

Ainsi, une initiative populaire tendant à la conclusion d'une convention organisatrice régionale est envisageable, au niveau communal, dans les cantons de Berne et de Vaud et de Neuchâtel²⁷. Elle l'est également, au niveau cantonal,

²³ Pour le niveau cantonal, voir *supra* N 445; pour le niveau communal, art. 102 LDP JU, Cour constitutionnelle JU, arrêt 7/2012 du 24 août 2012, consid. 5.2, et MORITZ (2002), N 275 s. ad art. 75 et 76 Cst. JU; art. 51^{ter} LCo FR et Tribunal administratif FR, arrêt 601 2011-133 du 12 juillet 2012, consid. 3a; aussi, pour la question dans les communes valaisannes, art. 63 al. 1 LCo VS.

²⁴ GRODECKI (2008), N 558-570; BRUNNER (2000), p. 171; JENNY K. (1984), p. 308; KÖLZ (1982), p. 14; BORTER (1976), p. 164; SCHWEIZER (1973), p. 153-155.

²⁵ Voir aussi, sur la perte de pertinence de la jurisprudence, BRUNNER (2000), p. 170 s.

²⁶ Voir aussi ATF 104 Ia 415, consid. 3-6, relatif à la question de l'invalidation – finalement inconstitutionnelle – d'une initiative cantonale bâloise tendant à l'adoption d'un arrêté du Grand Conseil par lequel le gouvernement est chargé d'élaborer une planification étendue du trafic, consid. 4c; Tribunal fédéral, arrêt 1P.587/2001 du 11 janvier 2002, consid. 4; Cour constitutionnelle VD, arrêt CCST.2007.0002 du 6 juillet 2007, consid. 5b; aussi FRIEDERICH (2013), N 92.

²⁷ Voir art. 106 al. 1 let. a LEDP VD et art. 15 al. 1 LCo BE, lesquels prévoient que l'initiative communale peut porter, entre autres, sur l'adoption, la modification et l'abrogation d'une décision, respectivement un projet de la compétence du législatif communal; voir aussi art. 115 al. 1 LDP NE, lequel permet aux citoyens de demander la réalisation d'un projet quelconque intéressant la commune de sorte qu'il « étend assez largement le droit d'initiative » (cf. CONSEIL D'ÉTAT NE, décision du 4 août 1970, consid. 6, in: RJN 1966 III, p. 97). Ce ne sera en

dans le canton du Valais où l'initiative législative permet de demander l'élaboration, l'adoption, la modification ou l'abrogation d'une loi, d'un décret ou de toute décision susceptible de référendum²⁸ ou dans le canton de Genève où les initiants peuvent demander l'adoption, la modification ou l'abrogation d'une loi entendue en un sens formel, étant rappelé que l'acte d'approbation d'une convention intercantonale doit prendre, dans ce canton, la forme d'une loi au sens formel (sur la question, *supra* N 406)²⁹.

La forme de l'initiative. – En principe, l'initiative populaire cantonale ou communale en matière régionale – quel qu'en soit le fondement – devrait se présenter comme une initiative programmatique prenant la forme d'une initiative rédigée en termes généraux³⁰. Elle réclamera l'ouverture de négociations et la conclusion d'un traité dans une matière précise. Dans cette mesure, les initiants peuvent – et doivent par la force des choses – définir un mandat général de négociation³¹. Cependant, à l'instar de ce qui prévaudrait en cas de motion parlementaire portant sur un objet similaire (sur la question, *supra* N 1032), ils ne peuvent fixer un mandat de négociation trop détaillé, ni *a fortiori* faire figurer dans leur initiative le texte du traité ou de la convention à conclure, sous peine d'invalidation³². Le procédé modifierait de manière trop importante la répartition des compétences en matière de relations extérieures dès lors que l'exécutif n'aurait plus de marge de manœuvre lors de la négociation³³.

1036

revanche pas le cas au niveau cantonal dans le canton de Neuchâtel, dans la mesure où le constituant a choisi d'étendre l'objet de l'initiative populaire cantonale à de nombreux actes du Grand Conseil, à l'exception toutefois des décrets d'approbation des traités intercantonaux (cf. art. 40 al. 2 Cst. NE qui ne renvoie qu'aux let. a-c, et non à la let. e, de l'art. 42 al. 2 Cst. NE; voir aussi dans ce sens, en droit constitutionnel grison, Komm. KV GR-SCHULER [2006], N 36 ad art. 12 Cst. GR).

²⁸ Art. 33 al. 1 Cst. VS, selon lequel l'initiative ne peut toutefois demander la modification ou l'abrogation d'un acte adopté moins de quatre ans auparavant.

²⁹ Art. 57 Cst-GE. Voir, à ce sujet, ELLWANGER (2016), N 1103; GRODECKI (2008), N 569; AUER (1981), N 38.

³⁰ Notamment KÖLZ (1982), p. 14; SCHWEIZER (1973), p. 153.

³¹ Dans ce sens aussi, CONSEIL D'ÉTAT VD (2005/II), p. 8358.

³² Voir l'art. 103a al. 1 LEDP VD, selon lequel « [l']initiative doit désigner le traité international ou le concordat sur lequel des négociations doivent être ouvertes, et indiquer le but qui doit être visé par ces négociations »; Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, consid. 5e, in: ZBl 1984, p. 544, invalidant une initiative demandant à un exécutif de « *einen neuen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschliessen* » et confirmé par le Tribunal fédéral (Tribunal fédéral, arrêt du 7 mars 1984, consid. 4c, in: ZBl 1984, p. 552); *contra* SCHUHMACHER (2007), N 41 ad art. 23 Cst. ZH; BRUNNER (2000), p. 171.

³³ GRODECKI (2008), N 564; BOLZ (1995/II), p. 119. On pourrait légitimement se demander si de telles initiatives ne violeraient pas le principe de clarté, l'exécutif ne pouvant pas déterminer le cas échéant s'il doit conclure ou non la convention négociée dans le cas où celle-ci ne

1037

La valeur de l'initiative. – À l'instar de ce qui prévaut pour la motion parlementaire (sur la question, *supra* N 1032), l'obligation de respecter l'initiative – si elle devait aboutir – ne constitue qu'une obligation de moyen et non une obligation de résultat. Le mandat donné par les initiants sera donc rempli dès que les négociations auront été ouvertes³⁴. L'exécutif doit uniquement tenter de respecter les termes de l'initiative dans la mesure du possible et dispose donc, dans tous les cas, de la possibilité de s'écarter du mandat donné.

L'exemple du droit vaudois. – Il est ainsi prévu en droit vaudois que si une initiative tendant à la conclusion d'une convention intercantonale est acceptée par le Grand Conseil ou, le cas échéant, par le peuple, des négociations doivent être ouvertes dans les six mois suivant la votation. Ensuite, une fois l'an, le Conseil d'État fait rapport au Grand Conseil sur les négociations ouvertes suite à une initiative populaire³⁵.

B. La nécessité d'un consentement concordant

1038

La nécessité d'un consentement. – En règle générale, les cantons et les communes ne peuvent se voir liés à une convention organisatrice régionale – donc à une organisation régionale – sans qu'ils y aient consenti³⁶. On peut y voir une application du principe contractuel, expressément consacré par la Convention de Vienne, selon lequel « l'adoption du texte d'un traité s'effectue par le consentement de tous États participant à son élaboration » ou désirant y adhérer³⁷. Sur le plan du droit suisse, la règle découle aussi impérativement et directement

respecterait pas précisément le mandat donné par l'initiative (dans un sens similaire, BOLZ [1995/II], p. 119; voir aussi *infra* N 1127).

³⁴ CONSEIL D'ÉTAT VD (2005/II), p. 8357; BRUNNER (2000), p. 171, qui évoque des « *vertretbare und zweckmässige Anstrengungen zum Vertragsabschluss* »; BOLZ (1995/II), p. 119, selon lequel « comme la conclusion et la modification d'un traité ne dépendent pas de la seule volonté des autorités cantonales, l'initiative ne peut qu'obliger les autorités compétentes à entreprendre des négociations avec l'autre partie ».

³⁵ Art. 103a, al. 4 et 5, LEDP VD. On pourrait se demander si le mandat donné et l'obligation de faire rapport s'éteint du fait qu'aucune négociation n'a été possible initialement ou du fait que les premières discussions ont échoué ou si l'exécutif reste malgré tout tenu à s'essayer à des pourparlers. Il s'agit, autrement dit, de savoir si l'absence de volonté ou le refus (provisoire) de coopérer ou de négocier (plus avant) d'un canton envisagé comme partenaire représente une « négociation » épuisant totalement le mandat donné. Le cas échéant, si l'on devait considérer qu'un échec provisoire des pourparlers n'épuise pas totalement le mandat donné par l'initiative, le Grand Conseil pourrait toujours « annuler » le mandat donné par décret en adoptant un nouveau « décret » qui l'abrogerait.

³⁶ Voir, au niveau fédéral, BSK BV-KÜNZLI (2015), N 14 ad art. 184 Cst.; aussi art. 3 al. 1 LOCT GE.

³⁷ Art. 9 al. 1 CV; sur l'application analogique de la CV et des principes contractuels à la question de la conclusion de conventions intercantionales, SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 22 s. ad art. 48 Cst.; aussi *supra* N 117.

des principes de « souveraineté » cantonale et d'autonomie communale ainsi que, plus précisément, du droit de s'associer librement, lequel fait l'objet, comme nous l'avons déjà exposé, d'une reconnaissance constitutionnelle explicite (sur la question, *supra* N 67 et 79).

L'expression du consentement. – L'expression du consentement à être lié par une convention s'opère en principe par l'intermédiaire de l'organe exécutif du canton ou de la commune qui jouit du pouvoir de représenter la collectivité en question. Formellement, le consentement s'exprime par écrit, en l'occurrence par la signature d'un représentant de l'exécutif cantonal ou communal – généralement celle de son président – au bas d'un projet d'accord rédigé³⁸.

1039

Selon une jurisprudence ancienne du Tribunal fédéral, il n'est pas exclu qu'une convention puisse être conclue sous une autre forme que celle présentée, notamment par actes concluants. On envisage le cas de deux cantons qui décideraient d'adopter des normes constitutionnelles ou légales semblables tout en exprimant, clairement et sans réserve, leur volonté de ne pouvoir les modifier sans l'accord de l'autre³⁹.

Il n'en demeure pas moins que la conclusion d'une « convention » par actes concluants ne devrait admise qu'avec retenue. Une certaine circonspection s'impose notamment face à des normes cantonales ou communales identiques, dès lors que les exécutifs auraient exprimé des doutes quant à leur caractère contractuel avant leur adoption. À notre sens, une acceptation restrictive des conventions conclues par actes concluants doit prévaloir tout particulièrement dans les cantons et les communes où le législatif ou les corps électoraux disposent de moyens spécifiques pour forcer l'exécutif à conclure une convention intercantonale (p. ex. initiative populaire en matière intercantonale). En effet, la conclusion d'une convention par actes concluants ne doit pas permettre de contourner trop facilement les règles de répartition des pouvoirs en matière conventionnelle et, notamment, les compétences de représentation et de négociation des exécutifs⁴⁰.

³⁸ Pour plus de détails, voir ZEHNDER (2007), p. 166-172; pour l'obligation de la forme écrite, cf. TSCHANNEN (2016), N 1 ad § 25.

³⁹ ATF 96 I 636, consid. 4; RHINOW (2015), p. 21 s.; JENNY (2008), p. 284; aussi BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 29 ad art. 48 Cst., lesquels sont d'avis qu'il existe une convention organisatrice de droit public conclue par actes concluants à la base de certaines conférences intercantionales.

⁴⁰ Sur le lien existant entre la reconnaissance d'une conclusion informelle et l'absence de droits politiques en matière intercantonale à disposition des citoyens et l'importance des doutes exprimés avant l'adoption des normes, voir ATF 96 I 636, consid. 4d. Pour une position restrictive également en matière des conventions organisatrices intercantionales, BRUNNER (2000), p. 186.

Les réserves et les conditions. – Le consentement donné en vue d'être lié par une convention doit évidemment être réciproque, ferme et concordant. Cela étant dit, il peut être conditionnel.

Les conditions qui assortissent le consentement peuvent figurer directement dans le projet d'accord ou, alors, être exprimées au moment de la signature de celui-ci. Habituellement, les exécutifs cantonaux et communaux rappellent que le consentement donné doit encore être validé par le parlement, voire par le corps électoral du canton ou de la commune auxquels ils appartiennent⁴¹. Ils précisent d'autres fois que l'accord signé ne sera définitivement conclu qu'au moment où les collectivités partenaires auront adopté les actes internes nécessaires à l'exécution de cet accord (p. ex. approbation d'un crédit ou d'une contribution financière spéciale, élection d'un organe commun)⁴². On peut également imaginer que le consentement exprimé soit conditionné à celui d'autres cantons ou d'autres communes (p. ex. approbation de la convention par une commune importante ou par un nombre minimal de communes)⁴³.

En revanche, il n'est évidemment pas possible de formuler des « réserves » à la conclusion de l'accord, à moins que la convention organisatrice ne l'autorise expressément. Autrement dit, lors de la conclusion d'un accord, un canton ou une commune ne peut pas faire une déclaration unilatérale visant à exclure ou à modifier certaines dispositions de cet accord⁴⁴. Le consentement qui serait assorti d'une réserve ou d'une proposition d'amendement peut être considéré comme un refus du projet présenté qui constitue simultanément une contre-proposition faite aux collectivités intéressées⁴⁵.

⁴¹ Voir pour une disposition explicite en ce sens, art. 47 al. 1 V-Unibas.

⁴² Voir, pour un exemple illustratif, art. 7 V-Datenschutz SZ/OW/NW, selon lequel la convention n'entre en vigueur que pour autant que les cantons signataires élisent la même personne au poste de préposé cantonal à la protection des données pour la même durée et pour autant qu'ils acceptent le crédit global de fonctionnement lié à l'organisation régionale conventionnelle mise en place; aussi art. 14 V-Wirtschaftsdelikte.

⁴³ Cette condition peut même ressortir implicitement de la convention selon les circonstances (voir notamment Komm. GG BE-FRIEDERICH [1999], N 7 ad art. 132 LCo BE; STÖCKLI [1989], p. 68); pour un exemple, voir art. 35 al. 1 C-AS-SO selon lequel « [I]e concordat entre en vigueur lorsque trois cantons y ont adhéré selon leurs règles propres et en ont informé la chancellerie du canton du siège ».

⁴⁴ Le droit cantonal vaudois contient à cet égard la règle explicite selon laquelle, lors de la création d'une association de communes ou d'une simple entente intercommunale, le projet définitif de convention organisatrice intercommunale présenté au législatif communal par l'exécutif ne peut être amendé (voir l'art. 113 al. 1sexies, respectivement 110 al. 7 LC VD).

⁴⁵ Dans le même sens, GRISEL (2002), p. 5; cf. aussi HÄFELIN (1969), p. 636. La question s'est d'ailleurs posée lors de la création du Syndicat intercommunal des sapeurs-pompiers volontaires du Littoral neuchâtelois. Le législatif de la commune de la Tène avait approuvé l'adhésion de la commune à cette association de communes, mais avait assorti son arrêté d'approbation d'une mention demandant la localisation d'une unité d'intervention sur le territoire

L'absence de consentement. – Si l'absence illicite d'approbation parlementaire ne conduit pas à la nullité d'une convention intercantonale ou intercommunale, comme nous le verrons encore (sur la question, *infra* N 1056 ss), le défaut ou l'absence d'accord sur une convention empêche la conclusion de celle-ci. Le principe – qui n'est pas expressément prévu en droit suisse – découle des règles générales en matière d'obligation contractuelle. Ainsi, la convention qui ne fait pas l'objet de l'accord concordant d'au moins deux cantons ou deux communes est inexistante⁴⁶. Il en va de même si l'éventuel accord est donné par une autorité ou un agent du canton ou de la commune qui n'est pas habilité à représenter valablement cette collectivité⁴⁷.

1041

Les bases constitutionnelles permettant une adhésion forcée. – Puisque l'exigence de consentement représente une règle de rang constitutionnel (voir *supra* N 1038), la faculté d'obliger un canton ou une commune récalcitrante à adhérer à une organisation régionale doit reposer sur une base légale constitutionnelle expresse de niveau fédéral, respectivement de niveau cantonal.

1042

Le principe vaut bien entendu dans le cas où la Confédération entendrait contraindre un canton à adhérer à une convention intercantonale (p. ex. une convention-cadre). Il vaut également dans le cas où un canton désirerait forcer une commune à appartenir à une organisation régionale conventionnelle (p. ex. une association de communes). Il est largement respecté en pratique, car, comme nous l'avons déjà vu, en vertu de la Constitution fédérale et des constitutions cantonales, la Confédération ou les cantons jouissent du pouvoir d'obliger des cantons, respectivement des communes à faire partie d'une organisation régionale conventionnelle dans certains cas particuliers (sur cette question, *supra* N 89 s., 110 et 129). Ce pouvoir leur appartient cependant en propre et à titre exclusif. La Confédération et les cantons ne peuvent pas le déléguer.

Par voie de conséquence, une base constitutionnelle spécifique est également nécessaire dans la mesure où l'on voudrait accorder un tel pouvoir à un ensemble de collectivités inférieures ou à un organe régional. Le canton de

communal. Dans ce cas, le Service des communes du canton de Neuchâtel a considéré qu'une telle « condition d'adhésion » – que l'exécutif qualifiait d'amendement au règlement – devait être considéré comme contraire au droit supérieur dans la mesure où la décision des localisations devait être prise par le Syndicat intercommunal qui allait être créé (cf. CONS. COMMUNAL [LA TÈNE] NE [2014], p. 2, ainsi que le courrier du Service de communes, du 5 novembre 2014, adressé au Conseil communal de la Tène et annexé au rapport de celui-ci).

⁴⁶ La question délicate est, le cas échéant, de déterminer si une éventuelle réserve formulée au moment d'un accord doit être interprétée comme une simple déclaration politique ou un refus de faire partie de la convention (*supra* N 1040).

⁴⁷ Tribunal fédéral, arrêt du 24 septembre 1980, in: ZBI 1981, p. 35, à propos des statuts de la Conférence des commandants de polices cantonales. Ceux-ci ne constituent pas une convention intercantonale, car les commandants des polices cantonales ne peuvent pas représenter et engager leur canton.

Berne – conscient de ce problème lors de l'instauration du modèle de conférence régionale⁴⁸ – a adopté une base constitutionnelle allant dans ce sens. Selon l'art. 110a ConstC BE, un corps électoral régional peut imposer la création d'une conférence régionale par le biais d'un vote régional requérant la majorité des votants et des communes concernées (sur la question, *supra* N 182 et 852).

1043

L'inconstitutionnalité de la LAgg FR. – Ne pouvant se fonder sur une norme constitutionnelle équivalente à celle existante en droit bernois, le législateur fribourgeois a, quant à lui, violé la constitution cantonale lorsqu'il a adopté la LAgg FR, pourtant considérée comme un modèle dans le domaine de l'organisation régionale conventionnelle.

L'art. 9 al. 3 LAgg FR, dont l'application a donné lieu à de nombreuses contestations lors du processus de création d'*Agglo Fribourg*⁴⁹, prévoit en effet que l'agglomération – comme corporation intercommunale de droit public – est valablement constituée si la majorité des citoyens votants et des communes comprises dans le « périmètre provisoire » de l'agglomération approuvent le projet de statuts élaborés par une assemblée constitutive régionale (sur la procédure aussi, *supra* N 180). Le problème est que les communes qui ne veulent pas faire partie de l'agglomération n'ont pas la possibilité de se retirer de ce périmètre provisoire imposé par le canton⁵⁰. Il existe donc une violation du principe de l'autonomie communale du fait qu'une commune peut être contrainte d'adhérer contre son gré aux statuts de l'agglomération sur la base d'une votation régionale, sans disposer de la faculté de se retirer librement de cette corporation par la suite⁵¹.

⁴⁸ Cf. OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 59.

⁴⁹ BGC/FR 2007, p. 713-719.

⁵⁰ Voir art. 6 et art. 7 al. 1 LAgg FR, selon lesquels le périmètre provisoire déterminé par le Conseil d'État ne peut être modifié que par une décision de l'Assemblée constitutive de l'agglomération. Remarquons toutefois que le Conseil d'État ainsi que certains parlementaires, pour justifier le vote constitutif à la double majorité et non à l'unanimité des communes, ont maintes fois souligné, de manière fautive, que « les communes ont la possibilité de choisir le retrait du périmètre provisoire » (CONSEIL D'ÉTAT FR [2007], p. 2; aussi BGC/FR 2007, p. 714 s. et 717).

⁵¹ Il importe ici peu que le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif aient déclaré irrecevables les recours déposés par des citoyens fribourgeois lors de la fixation du périmètre provisoire de l'agglomération par le Conseil d'État (cf. Tribunal fédéral, arrêt 1P.570/2000 du 5 décembre 2000, et Tribunal administratif FR, arrêt 1A 00 78 du 28 mars 2001). En effet, il s'agissait là de recours pour violation des droits politiques, dans le cadre desquels la violation de l'autonomie communale ne peut pas forcément être invoquée. En l'occurrence, il était juste que l'art. 34 Cst. et le droit cantonal n'imposaient pas que la réunion de communes au sein d'une agglomération soit soumise au vote du corps électoral de chacune des communes. En revanche, le principe de l'autonomie communale ancré à l'art. 50 Cst. et garantie par la constitution cantonale aurait exigé que chaque commune donne son accord, d'une manière ou d'une autre. Voir aussi, à titre de comparaison, ATF 143 I 272.

Pour demeurer conforme aux garanties constitutionnelles de protection de l'autonomie communale, la LAgg FR aurait dû reprendre les principes applicables en matière d'associations de communes et prévoir qu'une commune récalcitrante ne pourrait être contrainte à adhérer à l'agglomération que pour autant que le Conseil d'État l'y contraigne expressément, sur la base d'une décision concrète motivée et sujette à recours⁵².

C. La procédure de consultation et d'approbation interne

Plan. – La création d'une organisation régionale conventionnelle nécessite que les communes et les cantons concernés expriment de manière concordante leur volonté d'être liés par une convention organisatrice, cette volonté étant en général exprimée par le biais des organes exécutifs. Le plus souvent, ceux-ci ne pourront cependant pas exprimer un tel consentement sans avoir au préalable consulté l'autorité législative (1), voire la population du canton ou de la commune par le truchement d'une procédure de référendum (2). 1044

1. La participation du législatif

En général. – La plupart du temps, les conventions organisatrices régionales – telles qu'entendues au sens de la présente thèse – doivent être approuvées par les organes législatifs des cantons ou des communes partenaires avant d'être définitivement ratifiées (a). Ces organes sont parfois même appelés à donner leur avis sur les projets de conventions avant leur adoption définitive, une telle consultation s'effectuant généralement par l'entremise de commissions parlementaires ou interparlementaires (b). 1045

Un éventuel défaut d'approbation ou le défaut de consultation du législatif n'entraînera cependant pas la nullité de la convention, tout au plus son annulabilité ou celle des actes pris sur sa base (c).

⁵² Soulignons que c'est la solution qu'a choisi le législateur jurassien lors de la création d'un syndicat d'agglomération (art. 135d LCom JU et GOUVERNEMENT JU [2009], p. 491, qui clarifie là une imprécision du texte légal). Sur le plan juridique, il n'était pas possible de considérer, comme l'a fait le Conseil d'État fribourgeois, que « par rapport à une association de communes, [l]e concept est beaucoup moins interventionniste, car le Conseil d'État ne peut forcer une commune et il ne peut imposer la création de l'agglomération comme telle, contrairement aux possibilités dont il dispose au niveau d'une association de communes » (CONSEIL D'ÉTAT FR [2007/II], p. 876).

a. *La nécessité d'une approbation du législatif*

1046 *Le principe : l'approbation par le législatif.* – En règle générale, la conclusion d'une nouvelle convention organisatrice régionale – en tant que convention normative (sur la question, *supra* N 133) – doit être soumise à l'approbation du législatif cantonal ou communal afin de satisfaire au principe de légalité. D'un point de vue constitutionnel, les cantons ou les communes qui désirent s'organiser régionalement pour remplir une tâche qu'ils exécutaient jusqu'alors seuls ne peuvent guère éviter l'ouverture d'un débat parlementaire sur la question, compte tenu des implications qu'un tel projet peut avoir sur le système politique, de sa nouveauté et de sa réversibilité restreinte (sur les critères, *supra* N 509)⁵³.

Par ailleurs, la mise sur pied d'une organisation régionale conventionnelle pour l'exécution d'une tâche publique implique régulièrement la création d'une organisation régionale commune dotée d'une personnalité juridique propre et, presque toujours, la cession – ou, du moins, la mise en commun – de prérogatives de puissance publique. Comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse, de tels procédés doivent reposer sur une base légale entendue au sens formel (*supra* N 513), c'est-à-dire sur une convention approuvée par l'organe législatif des collectivités concernées⁵⁴.

1047 *L'exception : la convention de portée mineure.* – Il se peut qu'exceptionnellement, un exécutif puisse se passer d'approbation parlementaire et conclure seul une convention organisatrice régionale⁵⁵. Ce sera le cas dans les cantons où le droit cantonal confère à l'exécutif cantonal ou communal le droit de conclure des conventions de portée mineure. Une telle convention ne peut cependant pas contrevenir à une réglementation adoptée par le législatif, ni emporter avec elle

⁵³ Dans ce sens, pour les « *institutionenbegründende Verträge* », BORTER (1976), p. 161; sur l'importance de la nouveauté lors de la conclusion de conventions, MÜLLER/UHLMANN (2013), N 231.

⁵⁴ Dans le même sens en matière intercantonale, BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 30 ad art. 48 Cst.; BRUNNER (2000), p. 162, selon lequel « *jede Begründung von interkantonalen Organisationen und Einrichtungen, sowie jede andere Art der Übertragung von Hoheitsrechten zumindest parlamentarisch gutzuheissen ist* »; CIIP (2006), p. 22, à propos de la délégation du pouvoir de prendre des décisions politiques contraignantes; REGIERUNG GR (2006/I), p. 1418, à propos d'une délégation législative en faveur d'un organe intercantonal appelé à adopter une réglementation d'émoluments administratifs; REGIERUNGSRAT AG (2004), p. 4 s., à propos de la délégation de tâches judiciaires; RICHLI (2001), p. 116 s., à propos de la délégation du pouvoir de prendre de simples décisions administratives.

⁵⁵ On mettra ici de côté l'hypothèse – en soi imaginable – qu'un exécutif puisse être appelé à conclure seul une convention régionale dans l'urgence (cf. HAUSER [2007], N 25 s. ad art. 54 Cst. ZH).

une quelconque délégation de pouvoir législatif ou décisionnel⁵⁶. Ajoutons que la convention organisatrice, pour équivaloir à une convention de portée mineure, ne doit engendrer aucune dépense nouvelle importante, ni concerner un domaine politique sensible. Elle doit enfin être dénonçable dans un délai relativement court (sur la question, *supra* N 407 s. et 417 s.).

En définitive, en matière d'organisation régionale, les conventions de portée mineure que peut éventuellement conclure seul un exécutif cantonal ou communal se limitent à celles qui opèrent une régionalisation de compétences ou de tâches administratives de moindre importance⁵⁷. On pensera surtout à une convention par laquelle une collectivité accepterait d'exécuter une tâche publique pour le compte d'une autre collectivité⁵⁸, éventuellement de créer un organe régional chargé d'élaborer des recommandations dans un domaine administratif déterminé.

D'autres cas devraient s'avérer assez rares⁵⁹. Le législateur vaudois n'a d'ailleurs pas hésité à formuler la règle générale selon laquelle les conventions qui créeraient des organismes intercantonaux communs ne sont pas de portée mineure⁶⁰.

L'autre exception : l'existence d'une base légale contraire. – L'exécutif cantonal ou communal peut également se passer d'approbation parlementaire dans les cas où une norme légale lui confère le pouvoir – voire lui confie le mandat – de conclure une convention organisatrice régionale avec d'autres cantons ou d'autres communes. Une telle base légale sera le plus souvent adoptée directement par le législatif de la commune ou du canton concerné, mais elle

1048

⁵⁶ Voir, au niveau intercommunal, PERREN/WICHTERMANN (2001), p. 7.

⁵⁷ Voir dans ce sens, au niveau intercantonal, DOMINICÉ (1969), N 89 ; au niveau intercommunal, PERREN/WICHTERMANN (2001), p. 7 ; aussi REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 67, qui considère qu'un exécutif peut décider seul d'adhérer à un « *Gemeindeverband ohne hoheitliche Befugnisse, mit verwaltungsinternen Tätigkeiten und mit bescheidenem Finanzbedarf* ».

⁵⁸ Voir, *a contrario*, Komm. KV ZH-JENNI, N 17 ad art. 91 Cst. ZH : « *Zu den wichtigen Vereinbarungen gehören insbesondere Verträge, mit welchen zur Aufgabenerfüllung hoheitliche Befugnisse auf Organe anderer Gemeinden übergehen* » ; aussi THALMANN (2002), N 3.6.2. ad § 7 GG ZH.

⁵⁹ Dans le même sens, PERREN/WICHTERMANN (2001), p. 7.

⁶⁰ Cf. art. 21b al. 2 let. c LOCE VD.

peut également découler du droit supérieur, fédéral⁶¹, intercantonal⁶² ou cantonal⁶³.

Si la convention organisatrice régionale concerne des compétences peu importantes et ne provoque pas de nouvelles dépenses et/ou si le processus de régionalisation est imposé par le droit – fédéral ou cantonal – supérieur, l'exécutif peut même se fonder sur une norme légale peu précise, par exemple sur la disposition légale générale qui lui attribue la charge et le pouvoir d'organiser les services administratifs cantonaux ou communaux (sur la question de la base légale en cas de délégation de tâche, *supra* N 513)⁶⁴.

Quelques exemples pratiques. – Le tribunal cantonal schaffhousois a ainsi considéré que l'exécutif communal était compétent pour conclure seul une convention d'adhésion intercommunale par laquelle la commune déléguait à une autre commune le soin d'assurer les soins à domicile sur son territoire. Cette compétence se justifiait au regard du cadre légal cantonal qui fixait déjà les grandes lignes de la régionalisation de cette tâche, de la compétence générale dont jouissait l'exécutif en matière d'organisation des services communaux et du fait que les dépenses résultant de l'exécution de cette tâche apparaissaient comme des dépenses liées⁶⁵. Un raisonnement similaire est applicable en matière intercantonale. Par exemple, les deux gouvernements cantonaux bâlois se sont fondés sur leur compétence respective en matière d'organisation des services cantonaux pour créer un service intercantonal de la protection de l'air commun, sans passer par une procédure d'approbation parlementaire⁶⁶.

1049

Le respect du cadre légal existant. – Le fait qu'un exécutif puisse, sur le principe, se prévaloir de la compétence de conclure seul une convention organisatrice régionale dans un domaine donné ne signifie pas encore qu'il est libre dans l'élaboration du contenu de la convention. Celle-ci ne peut évidemment pas contenir des règles importantes qui ne seraient pas strictement rendues nécessaires par l'exécution régionale de la tâche en question ou qui, de manière

⁶¹ Pour un exemple, art. 57a LCR en lien avec ATF 97 I 241; d'un avis critique, SCHWEIZER [1973], p. 147).

⁶² Par exemple, l'avant-projet de la convention « Polizeikonkordat Zentralschweiz » du 17 février 2006 prévoyait d'autoriser les gouvernements cantonaux à conclure seuls des conventions intercantionales en matière de collaboration policière, qui auraient même pu créer des unités de polices intercantionales, étant précisé que cette convention-cadre aurait prééglé de nombreuses questions organisationnelles. Cette solution n'a finalement pas été retenue.

⁶³ C'est ainsi que le droit cantonal peut prévoir que certains contrats d'adhésion doivent être conclus entre les conseils communaux seulement (cf. notamment, dans le canton de Zurich, art. 3 de l'Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht du 25 juin 2012 [LS 232.1]; RÜSLI [2012], p. 133).

⁶⁴ Cf., dans le même sens en matière de délégation de tâches, JAAG (2000), p. 39 s.; aussi, au niveau fédéral, SÄGESSER (2007), N 17 ad art. 7a LOGA.

⁶⁵ Obergericht SH, arrêt 60/2012/56 du 30 août 2013, consid. 2bb/dd, in: Amtsbericht 2013, p. 101.

⁶⁶ Voir le préambule de la V-Lufthygieneamt BS/BL.

générale, devraient être prévues dans une loi au sens formel⁶⁷. À défaut, la convention doit être approuvée par le législatif. Logiquement, il en va de même si elle renvoie au droit d'un autre canton ou d'une autre commune pour régler des questions jusque-là régies par une loi formelle interne⁶⁸. Autrement dit, les éventuelles dispositions de droit applicable doivent se conformer strictement au principe de territorialité⁶⁹. Il est frappant de voir que de nombreuses conventions intercantionales ont totalement ignoré ce principe ces dernières années.

L'émergence d'une pratique inconstitutionnelle ? – Le Conseil d'État neuchâtelois a ainsi clairement violé les principes qui viennent d'être exposés lorsqu'il a conclu seul, le 15 août 2014, la Convention intercantonale relative à l'organisation et à la gestion de la police du lac de Neuchâtel (C-Police du Lac NE), convention qui opère une délégation presque complète des tâches de police sur le lac de Neuchâtel (*supra* N 209).

1050

Certes, ce gouvernement cantonal pouvait se prévaloir d'une norme de délégation lui octroyant le droit de conclure avec les cantons des conventions en matière de coopération policière et d'interventions de police extracantoniales ou intercantionales, le cas échéant en interprétant très largement cette délégation⁷⁰. Il n'aurait cependant pas dû inclure, dans la convention conclue, la règle selon laquelle la responsabilité pour les actes dommageables commis par des agents de police sur le lac de Neuchâtel se déterminait conformément aux règles cantonales du canton de provenance des agents en question – c'est-à-dire conformément au droit vaudois ou fribourgeois – et qu'un éventuel litige serait le cas échéant jugé par un tribunal vaudois ou fribourgeois, même lorsque l'acte dommageable en cause a été commis sur les eaux neuchâteloises⁷¹. En effet, il s'agissait là non seulement, sur le plan fonctionnel, d'une « délégation législa-

⁶⁷ Voir CONSEIL FÉDÉRAL (1966), p. 340 s., qui explique que la compétence des gouvernements en matière de conventions intercantionales sur la police des autoroutes, qui est prévue à l'art. 57a al. 4 LCR, concerne en priorité des accords « de nature contractuelle, et non pas réglementaire » (p. ex. statut des agents servant dans les équipes d'autoroute, frais à payer par un canton à un autre). Pour le Conseil fédéral, si des cantons en venaient à conclure des accords plus étendus, ils devraient suivre la procédure prévue en la matière par le droit public cantonal.

⁶⁸ Voir dans ce sens, en matière internationale, NGUYEN (2006), p. 119.

⁶⁹ Voir, dans ce sens, art. 3 et 7 V-Polizeiaufgabe OW/LU et art. 6 et 7 V-Lufthygieneamt BS/BL, représentant toutes deux des conventions organisatrices intercantionales conclues par les exécutifs cantonaux.

⁷⁰ Voir art. 48 de la loi sur la police neuchâteloise du 20 février 2007 (RSN 561.1; LPol NE).

⁷¹ C art. 8 al. 1 C-Police du Lac NE.

tive » qui nécessitait d'être acceptée par le parlement neuchâtelois, mais également d'une dérogation à la loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 26 juin 1989 (LResp NE)⁷².

Cette manière de procéder – à notre sens foncièrement anticonstitutionnelle – semble être devenue monnaie courante en matière intercantonale. Le Conseil d'État fribourgeois a procédé à des renvois similaires au droit bernois lorsqu'il a délégué au canton de Berne le pouvoir et la tâche de surveiller les fondations LPP situées sur le territoire du canton de Fribourg. Il s'est passé de toute approbation parlementaire en se fondant, à tort, sur la législation fribourgeoise qui l'autorisait certes à adhérer à une « région de surveillance commune »⁷³, mais pas à prévoir des règles importantes dérogeant au droit fribourgeois.

1051

L'absence de symétrie entre les cantons et les communes. – Soulignons enfin, à des fins d'exhaustivité, que la nécessité d'une approbation parlementaire peut évidemment s'apprécier différemment selon les cantons ou les communes parties à la convention organisatrice régionale.

D'une part, la question relève de la réglementation cantonale et de la pratique des cantons et des communes, en particulier de l'appréciation que peut faire l'exécutif de l'étendue de ses propres compétences. D'autre part et surtout, une convention organisatrice régionale peut revêtir une importance politique et juridique différente d'un canton ou d'une commune à l'autre. Ce peut être le cas, par exemple, lorsqu'une partie s'engage à supporter une charge financière spéciale au sein d'une organisation commune ou, alors, à chaque fois que des cantons ou des communes concluent des conventions par lesquelles l'un d'eux ou l'une d'elles fournira des prestations en faveur d'un ou une autre (conventions d'adhésion ou d'acquisition de prestations)⁷⁴.

Dans de telles situations, il est concevable qu'une convention organisatrice fasse l'objet d'une approbation parlementaire dans un canton ou dans une commune sans que cela soit le cas dans un autre canton ou une autre commune partenaire.

Quelques exemples pratiques. – C'est ainsi que la convention intercantonale existant entre les cantons de Zurich et de Schaffhouse, par laquelle le premier canton reprend la charge de la surveillance des fondations LPP situées sur le territoire du second, n'a pas

⁷² RSN 150.10. En effet, la LResp NE s'applique non seulement au membre des collectivités publiques, mais également à « toute autre personne chargée de l'accomplissement d'une tâche de droit public » (art. 1 al. 3 LResp NE). Notons par ailleurs que la responsabilité civile de l'État est réglée différemment dans les cantons partenaires, notamment en rapport avec la question d'une éventuelle responsabilité de l'État en cas d'actes dommageables licites commis par des agents de police. Voir aussi ATF 96 I 210, consid. 5.

⁷³ Voir l'art. 9 al. 4 de la loi fribourgeoise d'application du code civil suisse du 10 février 2012 (LACC FR; RSF 210.1).

⁷⁴ Sur l'importance différenciée, en matière intercommunale, REGIERUNGSRAT ZH (2013/I), p. 154.

fait l'objet d'une approbation parlementaire dans le canton de Zurich contrairement à ce qui a prévalu dans le canton de Schaffhouse, le seul qui a délégué une partie de ses pouvoirs⁷⁵. En revanche, le Conseil-exécutif bernois n'a pas osé conclure une convention similaire avec le canton de Fribourg sans approbation parlementaire, contrairement à ce qu'a fait le gouvernement zurichois, bien que la convention tende uniquement à exercer la surveillance pour le compte d'un canton voisin⁷⁶.

b. *La nécessité de consulter le législatif*

En général. – Lorsqu'un exécutif négocie un projet de convention organisatrice régionale qui ne pourra être valablement conclue sans l'approbation du législatif, il n'est pas rare qu'il existe, en particulier en matière intercantonale, une obligation de consulter ce législatif – ou plutôt une délégation de celui-ci – afin que cet organe politique se prononce sur le projet de convention en cours d'élaboration. Nous renvoyons ici à ce qui a déjà été exposé en deuxième partie de thèse afin d'éviter d'inutiles redites. À ce stade, nous nous contenterons d'aborder plus en détail quelques questions relatives à l'obligation d'instituer des commissions interparlementaires consultatives au sens de la CoParl (sur la question, voir *supra* N 402). 1052

L'application de la CoParl aux cantons non parties à celle-ci. – Rappelons tout d'abord qu'aux termes de l'art. 9 al. 1 CoParl, une commission interparlementaire consultative doit être constituée à chaque fois qu'une convention intercantonale en cours d'élaboration devra être approuvée par le parlement d'au moins deux cantons parties à cette convention-cadre, c'est-à-dire par deux cantons romands. Le principe vaut même si d'autres cantons alémaniques qui n'ont pas adhéré à cette convention-cadre – le canton de Berne y compris – participent au processus de négociation. 1053

Cette règle ressort non seulement de l'art. 9 al. 2 CoParl, mais également de l'art. 14 CoParl qui prévoit que la procédure de négociation interparlementaire s'applique aussi lorsque la Conférence des Gouvernements cantonaux (CdC) ou une autre conférence suisse des chefs cantonaux de département met en consultation un projet de convention intercantonale de portée nationale⁷⁷. Il est en effet

⁷⁵ Voir Beschluss des Regierungsrates über die Vereinbarung zwischen den Kantonen Schaffhausen und Zürich betreffend die Aufsicht über Einrichtungen der beruflichen Vorsorge du 25 octobre 2006 (LS 831.46) et Beschluss über die Genehmigung der Vereinbarung zwischen den Kantonen Schaffhausen und Zürich betreffend die Aufsicht über Einrichtungen der beruflichen Vorsorge du 13 novembre 2006 (SHR 831.420).

⁷⁶ Cf. CONSEIL-EXÉCUTIF BE (2011), p. 5.

⁷⁷ La Conférence des Gouvernements de Suisse occidentale n'était pas persuadée de la pertinence, sur le plan pratique, d'une telle disposition (cf. CGSO [2010], p. 19). Les parlementaires ne le voyaient pas de cette manière et tenaient à cette disposition. D'ailleurs, dans le canton de Neuchâtel, l'insertion de l'art. 14 CoParl a même fait l'objet de l'adoption d'un

très clair, au regard de l'art. 14 CoParl, que le fait que les autres cantons partenaires n'aient pas adhéré à la CoParl ne doit pas empêcher une application large de celle-ci.

La constitution d'une commission interparlementaire « de négociation » ne peut cependant pas être imposée à un canton qui n'a pas adhéré à la CoParl. Comme l'exprime bien l'art. 9 al. 2 CoParl, l'idée est de procéder de manière « pragmatique »⁷⁸ en invitant le parlement des cantons non parties à la convention-cadre à se faire représenter, sur une base volontaire, par une délégation de sept représentants au sein des commissions interparlementaires⁷⁹. La CoParl a simplement codifié une pratique qui avait été déjà développée sous l'empire de l'aCConv, notamment lors de procédures conventionnelles avec le canton de Berne⁸⁰.

1054

L'application de la CoParl aux conventions soumises à l'ACI. – L'art. 4 al. 2 ACI précise que « les droits de participation des parlements cantonaux [lors de l'élaboration d'une convention qui est soumise à cet accord-cadre] sont réglés par le droit cantonal ». Cela signifie que l'institution d'une commission interparlementaire consultative au sens de la CoParl s'impose même lorsque la convention en préparation tombe dans le champ d'application de l'ACI. En effet, il n'existe aucune contradiction de principe entre les deux conventions-cadres (sur la question aussi, *supra* N 816) et la CoParl peut représenter du « droit cantonal » au sens de l'art. 4 al. 2 ACI précité⁸¹.

Il pourrait éventuellement en aller autrement dans les cas exceptionnels où l'application de la CoParl compliquerait gravement l'élaboration d'une convention soumise à l'ACI et risquerait de compromettre la bonne application des principes de la PFCC que cet accord-cadre est censé concrétiser⁸².

postulat (06.141), finalement classé, selon lequel « [l]e Conseil d'État est invité à proposer, dans le cadre de la prochaine révision de la Convention des conventions, que les projets de conventions de niveau fédéral puissent être examinés par les parlementaires romands au cours de la phase de consultation, en vue de coordonner les prises de position des cantons de Suisse occidentale » (cf. CONSEIL D'ÉTAT NE [2010], p. 385).

⁷⁸ Cf., entre autres, CONSEIL D'ÉTAT FR (2006/II), p. 630.

⁷⁹ Art. 9 al. 2 CoParl. Ces représentants ont alors une voix consultative.

⁸⁰ Cf. CONSEIL D'ÉTAT FR (2006/II), p. 631.

⁸¹ CONSEIL D'ÉTAT VS (2006), p. 8; MOSER W. (2006), p. 51, lequel rappelle que la CdC avait justement rassuré les cantons romands sur cette question. Peu avant l'adoption définitive de l'ACI en juin 2005, le Forum Interparlementaire Romand avait en effet demandé à la CdC de modifier l'art. 4 al. 2 de l'ACI de façon que les droits de participation des parlements cantonaux puissent être « réglés par le droit cantonal ou intercantonal » (cf. CONSEIL D'ÉTAT GE [2006], p. 24).

⁸² À vrai dire, sur la base d'un avis de droit du Professeur Andreas Auer, les gouvernements cantonaux sont toujours partis de l'idée que l'ACI l'emportait et empêchait l'application de

La renonciation à l'institution d'une CIP consultative. – Rappelons enfin que la CoParl a instauré des règles intercantionales de nature impérative (sur la question, *supra* N 724). 1055

Les gouvernements des cantons parties à la CoParl ne peuvent donc pas renoncer à la création d'une commission interparlementaire consultative. Il appartient le cas échéant aux bureaux des parlements des cantons concernés d'y renoncer, en prenant une décision unanime en ce sens, sur préavis de leurs commissions des affaires extérieures⁸³. Lors de l'élaboration de la CoParl, on avait tenu à clarifier ce point, étant précisé que, sous le régime de l'aCConv qui l'avait précédée, les gouvernements avaient développé une pratique illicite selon laquelle ils pouvaient décider seuls de l'opportunité de créer une commission interparlementaire « de négociation »⁸⁴.

Aujourd'hui, on peut imaginer que cette procédure de renonciation interviene, sur la base d'une décision des bureaux des parlements donc, lors de l'élaboration de conventions administratives et techniques de peu d'importance ou, alors, lors de l'élaboration d'autres types de conventions, en fonction des enjeux politiques et des délais à tenir⁸⁵. En revanche, comme nous venons de le voir, une renonciation à l'institution d'une CIP consultative ne peut se justifier en soi du simple fait que des cantons non parties à la CoParl participent à l'élaboration d'une convention concernée, puisque les art. 9, al. 2, et 14 CoParl règlent expressément ce cas de figure⁸⁶.

c. *La violation des droits de participation du législatif*

La nullité en cas de violation manifeste d'une règle fondamentale. – Le fait qu'un exécutif n'ait pas requis, à tort, d'approbation parlementaire avant de ratifier définitivement une convention intercantonale ou intercommunale n'affecte pas forcément la validité de celle-ci. C'est ce qu'a déjà eu l'occasion de 1056

la CoParl lors de l'élaboration d'une convention intercantonale de portée nationale (cf. notamment CONSEIL D'ÉTAT FR [2006/II], p. 631; CONSEIL D'ÉTAT VD [2006], p. 24; CONSEIL D'ÉTAT VS [2006], p. 8). La CIP CoParl s'est néanmoins écartée en connaissance de cause de cet avis, certains de ses membres ayant même considéré qu'il s'agissait là d'un « pas novateur important, où l'enjeu politique et démocratique qui a prédominé l'a emporté [sur l'avis des experts mandatés] » (cf. les propos tenus par M. Pedroli devant le Grand Conseil neuchâtelois, in: Bulletin du Grand Conseil, Séance du 29 juin 2010, p. 254).

⁸³ Art. 12 al. 1 CoParl.

⁸⁴ Cf. CGSO (2004), p. 4 s.

⁸⁵ SERVICE DE LÉGISLATION FR (2015), N 51 ad DTL A 08; CGSO (2010), p. 6 et 10; CONSEIL D'ÉTAT FR (2005), p. 631.

⁸⁶ Nous relèverons que ce n'était pas l'avis de la Conférence des Gouvernements de Suisse occidentale qui évoquait, entre autres, cet état de fait comme un motif justifiant de renoncer à l'institution d'une commission interparlementaire consultative (cf. CGSO [2004], p. 4).

considérer le Tribunal fédéral en matière intercantonale et ce que retient une partie de la doctrine⁸⁷.

En l'absence de règle expresse, le principe découle, selon les juges de Lausanne, de l'application subsidiaire des principes de droit international, en l'occurrence de l'art. 46 CV. Celui-ci prévoit en effet que « [l]e fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a[it] été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne (...) ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale », étant précisé qu'« [u]ne violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ».

Cette jurisprudence fédérale qui entend appliquer une règle de droit international en matière intercantonale s'applique *a priori* également en matière intercommunale⁸⁸. D'ailleurs, le droit cantonal reconnaît parfois expressément la validité des engagements qui auraient été pris en violation des règles de répartition des compétences au sein d'une commune. C'est le cas du droit jurassien qui dispose que les déclarations de l'exécutif communal engagent la commune, pour autant que la compétence de les faire n'ait pas été outrepassée d'une manière reconnaissable pour une tierce personne⁸⁹.

1057

L'application du principe en pratique. – Très concrètement, cette approche « contractuelle » signifie qu'une convention organisatrice régionale ne sera très probablement jamais invalide du fait que l'exécutif l'ait conclue sans demander l'accord de son législatif. Certes, un défaut d'approbation parlementaire peut représenter, sur le principe, une violation d'une règle de droit interne d'importance fondamentale. Toutefois, la violation de cette règle ne sera que très rarement « manifeste » ou « reconnaissable ». Le contraire peut éventuellement prévaloir lorsque la convention organisatrice revêt de grands enjeux politiques. Il est toutefois peu probable, en pratique, qu'un exécutif se passe d'approbation parlementaire dans un tel cas.

⁸⁷ ATF 112 Ia 75, consid. 4; BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 24 ad art. 48 Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 22 ad art. 48 Cst.

⁸⁸ Voir, dans ce sens également, FRIEDERICH (1999), N 7 ad art. 132 LCo BE: « *Unter Umständen wird nach [dem Grundsatz von Treu und Glauben] auch eine Bindung von Gemeinden anzunehmen sein, welche im Rahmen der Verbandsgründung oder des Beitritts die eigene Zuständigkeitsordnung missachtet haben (Anscheinsvollmacht).* » En matière intercommunale, le principe s'applique bien entendu sous réserve d'un éventuel refus d'approbation de la convention par le canton. Ce dernier peut en effet refuser de donner son approbation à la convention dans la mesure où elle aurait été conclue en violation des règles de répartition des compétences au niveau communal (sur la question aussi, *supra* N 248).

⁸⁹ Art. 88 al. 2 LCom JU.

Pour le reste, si un parlement devait s'estimer, après coup et à bon droit⁹⁰, habilité à donner son approbation à une convention, il a toujours la possibilité, au moyen d'une motion, de charger le gouvernement de lui soumettre la convention en question pour qu'il l'examine selon la procédure ordinaire⁹¹. L'exécutif cantonal sera alors tenu de soumettre le traité en cause – ou plutôt la loi, le décret ou l'arrêté d'approbation – au parlement ou de le dénoncer à l'échéance la plus proche⁹². La convention intercantonale reste alors valable tant qu'elle n'est pas dénoncée et doit être appliquée, en tout cas si la violation des compétences du parlement cantonal n'est pas manifeste⁹³.

La doctrine majoritaire : l'invalidité de la convention. – De nombreux auteurs de doctrine s'écartent de l'approche contractuelle traditionnelle et de la solution préconisée par le Tribunal fédéral. Selon eux, dans la mesure où un exécutif aurait conclu et ratifié seul une convention qui aurait dû être approuvée par le législatif ou le corps électoral, cette convention serait nulle ou invalide⁹⁴. Le respect des règles démocratiques prévaudrait pour ainsi dire sur le principe de la bonne foi et sur le principe de fidélité contractuelle. Dans cette mesure, un principe de droit coutumier tel que celui de l'art. 46 CV ne serait pas applicable tel quel à la problématique des conventions intercantionales ou intercommunales⁹⁵.

Nous reprenons ici les propos de DOMINICÉ qui résume bien la position de cette doctrine en ce qui concerne la problématique de la validité des conventions intercantionales⁹⁶ :

« C'est ici une grande différence entre le droit intercantonal et le droit international, où l'accord conclu par un gouvernement en outrepassant ses compétences est, sauf cas exceptionnels, tenu pour valable. Tandis qu'à l'intérieur du système fédéral helvétique, le principe de la séparation des pouvoirs exige que soit tenu pour nul tout acte d'un Gouvernement cantonal contraire à la Constitution, ou aux lois, auxquelles il est assujéti. »

⁹⁰ Obergericht SH, arrêt 60/2012/56 du 30 août 2013, in: Amtsbericht 2013, p. 101.

⁹¹ Dans ce sens, mais au niveau fédéral, OFJ/DDIP (1987), ch. 9. Pour certains, la violation d'une règle de compétence doit être soulevée rapidement ou l'inaction du parlement vaut approbation tacite (dans ce sens, au niveau fédéral, BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 546 et 561).

⁹² Dans ce sens expressément, CONSEIL D'ÉTAT/VD (2007), p. 8492. C'est d'ailleurs la procédure suivie au niveau fédéral (cf. OFJ [2004], ch. 4; CONSEIL FÉDÉRAL [2003], p. 3613 OFJ/DDIP [1987], ch. 9; SÄGESESS [2007], N 15-20 ad art. 48a LOGA).

⁹³ C'est en tout cas ce qu'a retenu le Tribunal fédéral à propos de l'application d'une convention internationale qui n'aurait peut-être pas été approuvée, à tort, par l'Assemblée fédérale (cf. ATF 120 Ib 360, consid. 2c).

⁹⁴ VOGEL (2009), p. 559; ZEHNDER (2007), p. 173 s.; JENNY K. (1984), p. 298; BORTER (1976), p. 72; SCHWEIZER (1973), p. 137; DOMINICÉ (1969), N 84.

⁹⁵ Voir, dans ce sens, ZEHNDER (2007), p. 173.

⁹⁶ DOMINICÉ (1969), p. 834.

1059

Critique de l'opinion doctrinale. – À notre sens, l'opinion de la doctrine majoritaire ne convainc pas réellement et rien ne justifie de s'écarter de la solution adoptée par le Tribunal fédéral.

On ne voit pas en quoi le principe démocratique ou le principe de la séparation des pouvoirs exigerait que soit tenu pour nul un acte pris par un organe en dehors de ses compétences. Jamais la pratique et la doctrine n'ont considéré qu'un acte fédéral, cantonal ou communal était nul parce qu'il aurait été adopté par une autorité exécutive (ordonnance, règlement, etc.), alors même qu'il contiendrait des normes importantes qui auraient dû être adoptées à l'issue d'une procédure législative ordinaire. La pratique et la doctrine considèrent tout au plus qu'un tel acte est annulable sous le couvert du grief de la violation du principe de séparation des pouvoirs (sur la question également, *supra* N 384).

En outre, si un vice entachant la procédure de conclusion d'une convention devait conduire à la nullité de celle-ci, il devrait être impossible, logiquement, de conclure une convention par « actes concluants ». Rappelons cependant que la jurisprudence, comme une partie de la doctrine ici critiquée, admet que des conventions puissent être « conclues » de cette manière (sur la question, *supra* N 1039)⁹⁷.

Enfin et surtout, reconnaître la nullité de l'ensemble d'une convention conclue, à tort, par l'exécutif seul pourrait, dans la pratique, poser des problèmes de sécurité juridique largement disproportionnés, ce que semble également reconnaître une partie de la doctrine opposée à l'application analogique de l'art. 46 CV⁹⁸. Interpréter le cadre constitutionnel en ce sens qu'il imposerait la nullité des conventions viciées ne correspond ainsi à aucune concordance pratique et conduirait à des résultats politiquement déraisonnables (sur la question, *supra* N 259 s.). Imaginons le cas d'une convention qui ne contiendrait qu'une seule règle – le cas échéant secondaire – nécessitant véritablement une approbation parlementaire. Il serait disproportionné de la considérer comme nulle pour la seule raison qu'elle n'a pas été soumise à approbation parlementaire.

En fait, la doctrine opère une confusion entre la problématique de la nullité des conventions et celle de l'annulabilité de celles-ci et des actes qui se fonderaient sur elles.

1060

L'annulabilité de la convention et des actes d'application. – En somme donc, le fait qu'un exécutif n'ait pas requis, à tort, d'approbation parlementaire

⁹⁷ ATF 96 I 636, consid. 4c; ZEHNDER (2007), p. 175; BORTER (1976), p. 73.

⁹⁸ Voir ZEHNDER (2007), p. 175, et VOGEL (2009), p. 559: « Ein Beitritt, der unter Verletzung zentraler Kompetenzvorschriften zustande kommt, widerspricht der föderalistisch-demokratischen Grundordnung der Schweiz und ist für den betreffenden Kanton deshalb nichtig. Als heikel erweist sich diese Rechtsfolge allerdings, wenn ein gemeinsamer Aufgabenträger bereits aufgebaut und in Betrieb gesetzt wurde ».

en vue de conclure définitivement une convention intercantonale ou intercommunale ne conduit pas, en règle générale, à la nullité ou à l'invalidité de cette convention. En revanche, il peut représenter un grief justifiant l'annulation de la convention en question ou, du moins, celle de son arrêté d'approbation. Il suffit pour cela qu'un tribunal soit saisi d'un recours abstrait pour violation du principe de séparation des pouvoirs (sur la question, *supra* N 249 et 254 s.). Rappelons en outre que la convention qui n'a pas été approuvée par le législatif ne vaut pas comme une base légale formelle. À partir de là, aucune décision ou mesure importante (p. ex. restriction grave des droits fondamentaux) ne peut se fonder sur elle (*supra* N 505 ; voir le schéma à la fin de la présente section I).

C'est toujours sous cet angle que le Tribunal fédéral et les tribunaux cantonaux ont sanctionné les conventions qui n'avaient pas fait, à tort, l'objet d'une approbation parlementaire ou populaire⁹⁹.

L'absence de procédure de consultation parlementaire. – Enfin, une convention organisatrice régionale n'est évidemment pas nulle du seul fait qu'elle aurait été conclue en violation d'éventuelles règles de consultation parlementaire. Le parlement est le cas échéant libre de refuser de donner son approbation à une convention dont l'élaboration n'aurait pas fait, à tort, l'objet d'une procédure de consultation parlementaire ou interparlementaire (sur la question en matière intercantonale, *supra* N 1052 ss).

1061

2. La soumission à référendum de l'acte d'approbation

En général. – La conclusion d'une convention organisatrice régionale soumise à l'approbation du parlement devra généralement faire l'objet d'une procédure de référendum (a). En fonction de l'importance de la convention organisatrice régionale, il n'est même pas exclu que l'approbation parlementaire doive être

1062

⁹⁹ Par exemple, Tribunal fédéral, arrêts 1A.183/1998 et 1P.488/1998 du 30 mars 1999, où le Tribunal fédéral considère que l'accord entre les gouvernements cantonaux au sujet de la Loterie romande n'est pas une base légale suffisante pour justifier le monopole assuré à cette organisation; aussi ATF 48 I 65, consid. 3, et Verwaltungsgericht BL, arrêt du 9 août 1978, consid. 4, in: ZBl 1980, p. 116, où la question de savoir si l'absence d'approbation de la convention par le parlement conduit à l'invalidité de cette convention a été laissée ouverte, mais où les juges sont arrivés à la conclusion que la taxe litigieuse ne pouvait de toute façon pas se fonder sur cet accord qui ne constituait pas une base légale formelle; voir aussi Verwaltungsgericht AG, arrêt du 3 juillet 1985, consid. 7, in: ZBl 1986, p. 130, où le tribunal argovien retient qu'une convention de droit public qui aurait été conclue à tort avec un privé par l'exécutif communal sans approbation du législatif n'est pas nulle de ce fait, même si « *eine Verletzung des demokratischen Prinzips als grundsätzlich schwerwiegender Mangel [erscheint]* »; un peu moins clair, ATF 40 I 550, consid. 2, où le Tribunal constate l'absence de validité d'une seule disposition de la convention conclue en violation des règles de répartition des compétences.

soumise à référendum obligatoire (b). Le fait qu'une convention n'ait pas été soumise, à tort, à référendum n'entraîne toutefois pas la nullité de la convention, à l'instar du défaut d'approbation parlementaire (c).

a. Quelques aspects généraux

1063 *Le principe.* – Généralement, l'acte d'approbation parlementaire de la convention organisatrice – et non un éventuel refus d'approbation¹⁰⁰ – est soumis à une procédure de référendum populaire. En effet, au niveau communal, il existe la plupart du temps un droit de référendum facultatif sur les actes adoptés par le parlement communal. Les citoyens peuvent donc – sauf exception – provoquer un référendum contre l'approbation d'une convention organisatrice régionale¹⁰¹. Quant au corps électoral cantonal, il peut également être appelé à se prononcer sur les conventions organisatrices régionales approuvées par le parlement, car les cantons connaissent en principe une procédure de référendum facultatif sur les conventions intercantionales (sur ces questions, *supra* N 460).

La question de savoir s'il existe des conventions organisatrices intercantionales qui ne doivent être approuvées que par le parlement, sans référendum, est donc plutôt théorique¹⁰². On peut en revanche se demander s'il est possible de soumettre au peuple de manière simultanée et globale l'acte d'approbation de la convention et les modifications législatives ou réglementaires qui sont liées à cette convention, c'est-à-dire de regrouper ces différents actes en un seul et unique objet soumis au vote.

¹⁰⁰ Cf. MORITZ (2002), N 25 et 160 ad art. 177/178 Cst. et N 9 ad art. 179 Cst. JU, qui semble laisser entendre qu'un référendum extraordinaire pourrait tout au plus être décidé par le parlement, dans les cantons qui connaissent cet instrument démocratique.

¹⁰¹ Art. 128 al. 1 let. a LDP NE selon lequel le référendum peut porter sur « tout arrêté ou règlement d'un Conseil général contenant des dispositions générales et intéressant la commune dans son ensemble »; art. 105 al. 1 LDP JU selon lequel le référendum peut porter « [d]ans les communes qui ont un conseil général, [sur] toutes les décisions de celui-ci, à l'exception des décisions strictement personnelles »; art. 77 al. 1 Cst-GE selon lequel les « délibérations des conseils municipaux » sont soumises à référendum facultatif; art. 107 al. 1 LEDP VD selon lequel « les décisions adoptées par le conseil communal » sont soumises à référendum facultatif; art. 69 al. 1 LCo VS selon lequel « les décisions du conseil général prises à la place de l'assemblée primaire » sont soumises à référendum facultatif; aussi art. 14 LCo BE, selon lequel le règlement d'organisation communale détermine les décisions des organes communaux qui sont soumises à la votation facultative; art. 52 LCo FR, selon lequel un référendum facultatif est possible contre « la constitution d'une association de communes ou l'adhésion à une telle association », mais pas contre d'autres conventions organisatrices régionales, la liste des actes soumis à référendum semblant exhaustive.

¹⁰² Dans le même sens, DUBACH (2004), art. 53 Cst. SH, p. 162.

La faculté d'organiser un référendum global. – Un vote unique et global – qui permet d'éviter les doubles votations sur des questions semblables et de réduire le risque de décisions contradictoires – est en principe conforme au principe de l'unité de la matière, dès lors, du moins, que les conventions organisatrices régionales ne laissent pas de véritable marge de manœuvre aux cantons et aux communes s'agissant des dispositions internes de mise en œuvre des conventions¹⁰³. Une procédure de référendum global est donc admissible – et déjà répandue en pratique – dans les cas où l'acte d'approbation d'une convention et les normes internes qui la mettent en œuvre prennent la même forme et sont soumis au même type de référendum¹⁰⁴. Il suffit pour ce faire de fusionner l'acte d'approbation et les normes d'exécution internes dans un même document (p. ex. loi d'approbation).

1064

Le référendum séparé sur la révision constitutionnelle. – Contrairement à ce que retient MORITZ¹⁰⁵, une procédure de référendum global n'est toutefois pas envisageable dans les cas où l'adhésion à une convention intercantonale s'accompagne d'une révision constitutionnelle cantonale, même si l'acte d'approbation de la convention est, lui aussi, soumis à référendum obligatoire. Une telle procédure violerait le principe, examiné en deuxième partie de thèse, selon lequel les révisions constitutionnelles cantonales doivent être acceptées par le peuple de manière inconditionnelle, sans être liées à un acte inférieur. Dans un tel cas, il convient de procéder à une votation séparée¹⁰⁶, tout en prévoyant éventuellement, dans la loi ou l'arrêté d'approbation de la convention, que celui-ci

1065

¹⁰³ Cf. BSK BV-EPINEY/DIEZIG (2015), N 23 ad art. 141 Cst., et SG Komm. BV-EGLI (2014), N 25 s. ad art. 141a Cst., qui considèrent que l'exigence d'unité de la matière joue un « *untergeordnete Rolle* », respectivement doit être examinée avec « *kein[em] strenge[n] Massstab* » en matière conventionnelle. On ajoutera ici qu'il convient d'octroyer aux autorités une marge de manœuvre plus large qu'aux citoyens, notamment afin de ne pas saborder toute liberté d'innovation et de conception au constituant et au législateur (cf., entre autres, ATF 129 I 366, consid. 2.2; Tribunal fédéral, arrêt 1C_247/2008 du 21 janvier 2009, consid. 3).

¹⁰⁴ MORITZ (2002), N 155-157 ad art. 77/78 Cst. JU; HANGARTNER/KLEY (2000), N 1813.

¹⁰⁵ Voir MORITZ (2002), N 155 s. ad art. 77/78 Cst. Cet auteur semble fonder son avis, du moins en partie, sur l'art. 141a Cst. qui prévoit qu'au niveau fédéral, lorsque l'arrêté qui porte approbation d'un traité international est soumis au référendum obligatoire, l'Assemblée fédérale peut y intégrer les modifications constitutionnelles liées à la mise en œuvre du traité. Une telle disposition n'est cependant pas applicable à la problématique des conventions intercantionales, pas même par analogie. Bien au contraire, elle semble indiquer qu'une réglementation constitutionnelle expresse serait nécessaire pour autoriser un référendum global.

¹⁰⁶ Pour un exemple, RRB SO 2009/2450, où le canton de Soleure a soumis à deux procédures de référendum obligatoire séparées l'adhésion à l'accord intercantonal sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire (HarmoS) et la modification constitutionnelle rendue nécessaire par cette adhésion.

n'entrera en vigueur que si la modification constitutionnelle entre, elle, également en vigueur (sur la question, *supra* N 450 s.)¹⁰⁷.

b. La procédure de référendum obligatoire

1066 *La problématique.* – Comme nous l'avons déjà mentionné, en fonction de l'importance de la convention organisatrice régionale, il n'est pas exclu que l'approbation donnée par l'organe législatif doive être soumise à référendum obligatoire et non pas seulement à référendum facultatif. L'idée générale est de soumettre certaines conventions à une procédure analogue à celle qui régit la révision du règlement d'organisation communal ou de la constitution cantonale dès lors que ces conventions contiendraient des règles qui, d'un point de vue matériel, se situent au même rang que cet acte normatif communal ou cantonal.

Si le principe qui nous venons d'exposer semble totalement logique, il est frappant de constater qu'il est mieux concrétisé et appliqué, sans véritable raison juridique, au niveau communal (i) qu'au niveau cantonal (ii).

(i) Le référendum obligatoire en matière intercommunale

1067 *L'adhésion à une association de communes.* – Dans les cantons, comme celui du Jura ou celui de Berne, où la constitution prévoit que le corps électoral communal doit adopter les règles communales fondamentales régissant l'organisation de la commune (sur la question, *supra* N 473 ss), les législateurs cantonaux ont généralement imposé la règle selon laquelle l'adhésion d'une commune à une association de communes devait être expressément envisagée par le règlement d'organisation communal ou, alors, la règle selon laquelle une telle adhésion devait faire l'objet d'une décision du corps électoral communal, soit lors d'une assemblée communale, soit lors d'un scrutin populaire¹⁰⁸.

1068 *La justification du vote sur l'adhésion.* – Une telle prescription fait écho au principe, que nous avons traité en deuxième partie de thèse, selon lequel les règles qui dérogent au – voire qui complètent le – règlement d'organisation communal doivent suivre la même procédure que celle qui est applicable à ce

¹⁰⁷ Relevons qu'il s'agissait du procédé utilisé, par le passé, dans les cantons qui ne connaissaient pas le référendum conventionnel. L'exécutif cantonal concluait des conventions dont l'entrée en vigueur était assortie de la condition qu'une loi cantonale soit adoptée ou modifiée (cf. BORTER [1976], p. 101 s.).

¹⁰⁸ Voir art. 74 al. 1 let. d LCom JU ainsi que art. 132 al. 1 LCo BE selon lequel « [s]auf disposition contraire du règlement d'organisation de la commune, le corps électoral se prononce sur la création d'un syndicat de communes ou l'affiliation à un tel syndicat »; cf. aussi art. 65 let. b GG SG; art. 77 al. 1 GG ZH; art. 48 al. 1 let. a^{bis} GG BL; art. 131 de la Constitution du canton de Glaris du 1^{er} mai 1988 (Cst. GL; RS 131.217).

règlement, quand bien même les nouvelles règles sont formellement contenues dans un autre acte (sur la question, *supra* N 474). En l'occurrence, les conventions organisatrices créant des associations de communes remplacent très souvent les règles du règlement d'organisation communal dans un domaine donné¹⁰⁹. Il n'aurait ainsi pas été conforme à l'esprit du droit constitutionnel cantonal que des règles d'organisation importantes échappent à un scrutin simplement parce qu'elles se fondent sur une convention organisatrice intercommunale.

Nous pouvons reprendre ici les propos de gouvernement zurichois¹¹⁰ :

« Die gemeinsame Übertragung von öffentlichen Aufgaben an selbstständige Träger (Zweckverbände, gemeinsame Anstalten, juristische Personen des Privatrechts) erfordert eine hohe demokratische Legitimation, die nur durch einen Entscheid an der Urne erreicht werden kann. Für das Funktionieren dieser Träger ist es unerlässlich, dass sie über eine eigene Zuständigkeitsordnung verfügen, die gegenüber den Gemeindeordnungen der beteiligten Gemeinden Vorrang hat. Der interkommunale Vertrag und die Gemeindeordnung müssen deshalb der gleichen « Normstufe » zugehören, d[as] h[eisst] vom gleichen Gemeindeorgan im gleichen Verfahren beschlossen werden. »

(ii) Le référendum obligatoire en matière intercantonale

Rappel : le référendum conventionnel obligatoire. – Quelques cantons, comme les cantons de Berne, Vaud, Jura et Neuchâtel, reconnaissent une procédure de référendum obligatoire contre l'acte d'approbation d'une convention intercantonale qui dérogerait à la constitution cantonale, voire qui ne ferait que la compléter. Dans ces cantons, l'acte d'approbation – s'il n'était pas précédé d'une modification constitutionnelle ou soumis à référendum obligatoire – pourrait être invalidé par le biais d'un recours pour violation des droits politiques (sur la question, *supra* N 462 ss).

L'objet : les conventions organisatrices de rang constitutionnel. – La question délicate est ici de savoir quand une convention organisatrice intercantonale est de « rang constitutionnel ».

Rappelons à cet égard que les autorités cantonales disposent en la matière d'une certaine marge de manœuvre, mais qu'elles ne peuvent pas limiter l'objet du référendum conventionnel obligatoire aux conventions intercantionales qui créeraient un véritable « parlement intercantonal », au risque sinon de vider un tel droit de référendum de toute portée pratique (sur la question, *supra* N 465 s.). En outre, une pratique restrictive en matière de référendum obligatoire ne peut

¹⁰⁹ REGIERUNGSRAT ZH (2013), p. 77; RÜSSLI (2012), p. 135; Komm. KV ZH-MÜLLER A.-(2007), N 19 ad art. 98 Cst. ZH.

¹¹⁰ REGIERUNGSRAT ZH (2013), p. 77.

se justifier par la crainte de devoir soumettre à référendum obligatoire les révisions ultérieures des conventions intercantionales concernées, car il n'existe aucune obligation de se conformer à un tel parallélisme des formes, comme nous le verrons encore (sur la question, *infra* N 1087).

Vu ce qui précède, les conventions organisatrices intercantionales devraient normalement être qualifiées de « rang constitutionnel » – et soumises à référendum obligatoire – lorsqu'elles ne sont dénonçables qu'à très long terme ou lorsqu'elles délèguent des compétences importantes à une organisation régionale, voire, selon les circonstances, lorsqu'elles créent des droits politiques régionaux ou lorsqu'elles créent un organe judiciaire intercantonal¹¹¹. Les conventions devraient également faire l'objet d'un référendum obligatoire à chaque fois qu'elles contiennent une seule disposition qui déroge à la constitution cantonale¹¹². En théorie, les cas devraient être nombreux, selon une logique similaire à celle qui prévaut à propos des votations communales obligatoires portant sur l'adhésion à une association de communes (voir *supra* N 1067).

1071 *Une pratique violant les droits politiques garantis.* – En pratique, aucune convention n'a encore fait l'objet d'un tel référendum conventionnel obligatoire – du moins dans les cantons romands – alors même qu'il aurait été parfois nécessaire¹¹³. Ce fait est particulièrement frappant.

Ainsi, comme nous l'avons déjà exposé, l'aCConv et la CoParl n'ont fait l'objet d'aucun référendum obligatoire dans les cantons du Jura, de Vaud et de Neuchâtel alors même que leur contenu est manifestement de rang constitutionnel (sur la question, *supra* N 732 ss). La convention intercantonale portant création de l'école intercantonale de police d'Hitzkirch n'a quant à elle été soumise à référendum obligatoire dans aucun des (nombreux) cantons partenaires, bien que certains d'entre eux prévoient également un référendum obligatoire en matière de convention de rang constitutionnel et que la convention en question n'était dénonçable qu'après l'écoulement d'un délai de trente ans (voir, sur le délai de dénonciation, *infra* N 1108 ss).

¹¹¹ Voir REGIERUNG GR (2010), p. 404 s.; Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 22 ad art. 32 Cst. ZH; Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 8 ad art. 16 Cst. GR; HÄNNI (1998), p. 665; aussi SG Komm. BV-THÜRER/DIGGELMANN (2014), N 23 ad art. 140 Cst., qui soumettraient au niveau fédéral à référendum obligatoire le rattachement de la Suisse à la Cour de Justice de l'Union européenne dans le cadre des bilatérales.

¹¹² ATF 96 I 210, consid. 5, où le Tribunal fédéral souligne bien que « [d]ie Wahrung der Volksrechte, wie sie in der Kantonsverfassung verbrieft sind, verlangt (...), dass ein Konkordat auch dann der Volksabstimmung unterbreitet wird, wenn es nur nebenher Vorschriften aufstellt, die bei innerkantonaler Regelung dem obligatorischen Referendum unterstünden ».

¹¹³ Voir aussi AUER (2016), N 1112, lequel souligne qu'hormis dans les cantons de Soleure, Bâle-Campagne et Grisons, le référendum conventionnel obligatoire « hat (...) nirgends eine angemessene Bedeutung erlangt ».

Le cas le plus frappant représente cependant la CPDT-JUNE qui, pour rappel, a non seulement harmonisé tout le droit de la protection des données des cantons de Neuchâtel et du Jura, mais également le droit sur la transparence des autorités politiques et de l'administration dans ces deux cantons, tout en créant une autorité judiciaire intercantonale de première instance chargée de veiller à la bonne application de ce droit intercantonal. Une telle convention aurait dû être soumise à référendum obligatoire, en particulier dans le canton du Jura qui connaît une réglementation constitutionnelle très précise en matière d'organisation judiciaire (sur la question, *supra* N 598). La doctrine jurassienne est d'ailleurs toujours partie de l'idée que la création d'une autorité judiciaire intercantonale devrait être soumise à référendum obligatoire¹¹⁴. Cette obligation a même été rappelée plusieurs fois durant la consultation du projet de CPDT-JUNE, notamment par le Tribunal cantonal lui-même¹¹⁵. Mais rien n'y a fait.

Des constitutions cantonales lacunaires ? – Les cantons qui ne connaissent pas le référendum conventionnel obligatoire sont encore nombreux. Une interprétation très littérale de leur constitution cantonale pourrait conduire à considérer que l'organisation d'un éventuel référendum obligatoire sur une convention organisatrice intercantonale ne pourrait prendre que la forme du référendum extraordinaire¹¹⁶. Il est toutefois possible de soutenir que, même dans ces cantons, les conventions intercantionales contraires à la constitution doivent être nécessairement soumises au référendum obligatoire.

Certes, comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse, le Tribunal fédéral considère qu'un recours pour violation des droits politiques n'est généralement pas possible en raison du fait qu'un acte normatif cantonal ne respecterait pas la constitution cantonale (sur la question, *supra* N 453 s.). Toutefois, cette jurisprudence, qui a été développée à propos des lois cantonales anticonstitutionnelles, n'est guère transposable à la problématique des conventions intercantionales contraires aux constitutions cantonales¹¹⁷. Les juges de Mon-Repos ne pourraient pas arguer qu'il est possible d'invoquer une éventuelle « inconstitutionnalité » lors d'un recours ultérieur contre la convention ou contre

1072

¹¹⁴ Voir MORITZ (2002), N 140 ad art. 77-78 Cst. JU.

¹¹⁵ Voir SERVICES JURIDIQUES JU/NE (2011), p. 8 et 70.

¹¹⁶ Par exemple, les parlements cantonaux valaisan et genevois ont la possibilité de déclencher un vote populaire portant sur l'approbation d'une convention intercantonale qui contiendrait, selon eux, des dispositions de rang constitutionnel (cf., entre autres, PLATIPODIS-BÄTSCHMANN [2013], p. 52, et *supra* N 467).

¹¹⁷ Voir, d'ailleurs, ATF 104 Ia 350, consid. 6d, arrêt dans lequel le Tribunal fédéral admet que des recourants puissent se plaindre devant lui, par le biais d'un recours pour violation des droits politiques, du fait que l'exécutif cantonal, en donnant son assentiment à ce que la Confédération conclue un accord avec une organisation internationale exonérant celle-ci sur le plan fiscal, aurait contourné l'application d'une loi cantonale qui aurait dû être révisée si l'on avait voulu procéder à une telle exonération.

une éventuelle décision fondée sur celle-ci. Une fois la convention intercantonale valablement conclue, un tel grief n'est plus possible, car les normes de droit intercantonal sont, une fois entrées en vigueur, supérieures aux normes constitutionnelles cantonales (sur la question, *supra* N 358 ss). Ainsi, le problème des conventions intercantionales anticonstitutionnelles se distingue fondamentalement de celui des lois cantonales anticonstitutionnelles.

À l'instar des législateurs cantonaux qui ont choisi de soumettre à référendum obligatoire les conventions organisatrices intercommunales contraires aux règlements d'organisation communaux, les constituants cantonaux devraient adopter une réglementation qui permette d'éviter que l'exigence référendaire découlant de l'article 51 al. 1 Cst. – qui impose un référendum obligatoire lors de toute révision constitutionnelle – soit contournée par le biais de conventions intercantionales¹¹⁸. En somme, l'absence de référendum conventionnel obligatoire doit être considérée, aujourd'hui, comme une véritable « lacune » du point de vue du droit constitutionnel fédéral¹¹⁹.

1073

Le comblement de la lacune de lege lata. – Cette « lacune » des constitutions cantonales pourrait être comblée soit par l'instrument du référendum extraordinaire (sur l'instrument, *supra* N 468 s.)¹²⁰, soit par une interprétation extensive des dispositions constitutionnelles cantonales en matière de référendum constitutionnel cantonal.

C'est cette seconde variante qu'avait développée AUBERT devant le Grand Conseil neuchâtelois lors de la révision totale de la constitution cantonale après avoir été interrogé sur l'absence de référendum conventionnel dans le projet de nouvelle constitution. Après avoir concédé qu'il s'agissait d'un « oubli », il avait répondu qu'il serait possible de « le combler par interprétation en disant que si, vraiment, un traité intercantonal – international, cela nous paraît plus rare – a pour effet de modifier la Constitution, on suivra la procédure de la révision de la Constitution »¹²¹. C'est également dans un tel sens qu'était partie la commission parlementaire du Grand Conseil de Fribourg chargée d'élaborer l'avant-projet de LConv FR, en prévoyant à l'origine que « si la convention contient des règles de niveau constitutionnel, l'acte du Grand Conseil, quelle que soit sa forme, est soumis obligatoirement au vote du peuple »¹²².

¹¹⁸ TÖNDURY (2004), p. 293-295; MARTENET (1999), p. 334 s.; aussi, REGIERUNG GR (2002), p. 511; Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 15 ad art. 16/17 Cst. GR; BRUNNER (2000), p. 130; BOEGLI (1998), p. 96; BOLZ (1992), p. 436, n. 19.

¹¹⁹ Sur la qualification de « lacune », cf. MARTENET (1999), p. 335.

¹²⁰ Dans le même sens, BRUNNER (2000), p. 167.

¹²¹ BGC/NE 2000, p. 2830.

¹²² Cf. art. 13 al. 4 AP-LConv FR. Cette précision a cependant été biffée dans le projet (cf. COMM. PARL. LCONV FR [2008], p. 13, en lien avec COMM. PARL. LCONV FR [2009], p. 2366).

c. *Les conséquences de la violation du droit de référendum*

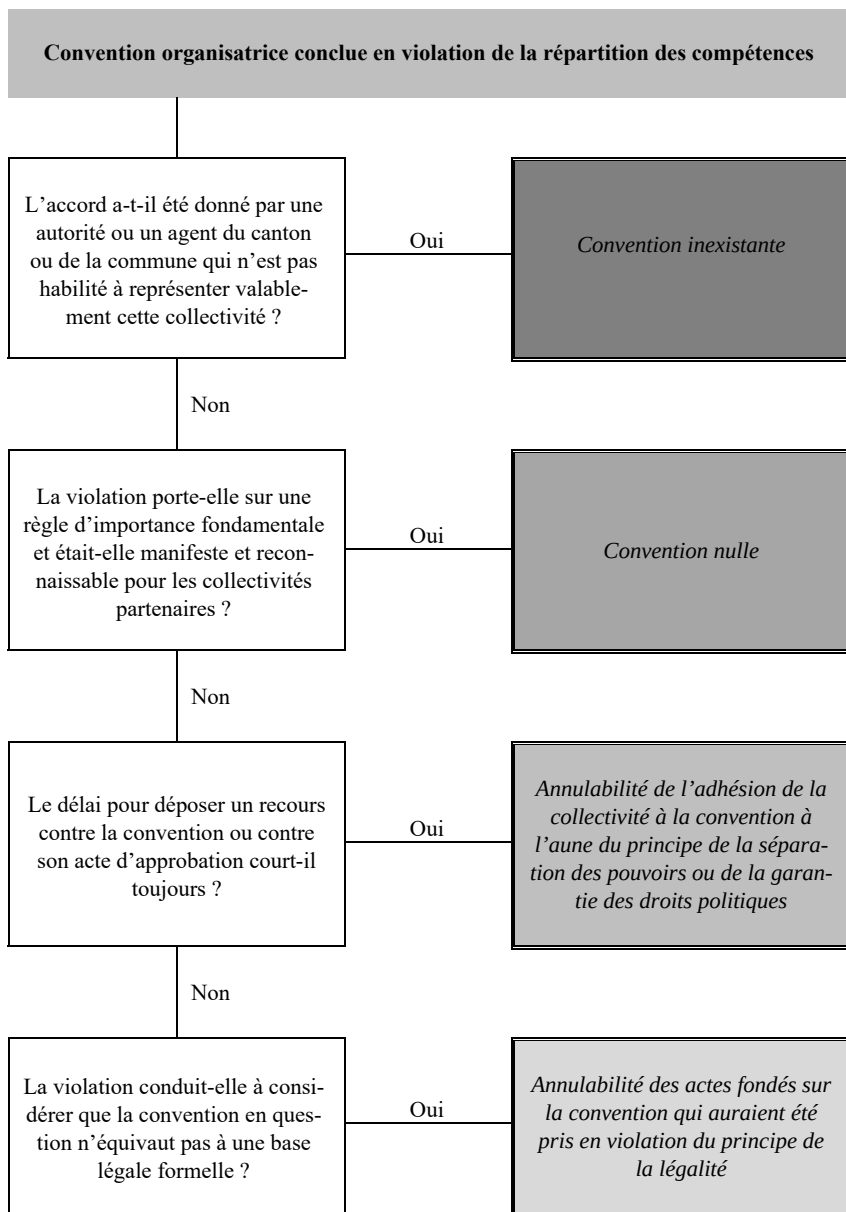
Le recours pour violation des droits politiques. – Les citoyens peuvent déposer un recours pour violation de leurs droits politiques à chaque fois qu’une convention intercantonale ou intercommunale est – ou aurait dû être¹²³ – approuvée par leur parlement, mais n’est pas soumise, à tort, au référendum facultatif ou au référendum obligatoire (sur la question, *supra* N 251 s.). Dans la mesure où un citoyen intenterait une telle procédure de recours, l’exécutif devrait en principe attendre l’issue de la procédure avant de procéder à la ratification définitive de la convention ou assortir celle-ci d’une condition suspensive, en l’occurrence le rejet du recours déposé. 1074

La validité présumée de la convention. – En revanche, comme nous l’avons déjà exposé, le fait qu’un canton ou une commune ait exprimé son consentement à être lié par une convention en violation de son droit interne ne conduit pas forcément à la nullité de la convention. La nullité de la convention s’impose uniquement si la violation du droit concernait une règle de répartition des compétences d’importance fondamentale et si elle était reconnaissable par les collectivités partenaires. Or, comme nous l’avons également exposé, le fait qu’une convention organisatrice régionale n’ait pas fait, à tort, l’objet d’une procédure d’approbation parlementaire n’affectera généralement pas la validité de la convention, dans la mesure où il est peu probable, en pratique, qu’un tel défaut puisse être reconnaissable par les autres partenaires à la convention (voir sur toute la question, *supra* N 1056 ss). *A fortiori*, une violation des droits politiques des citoyens lors de la conclusion d’une convention ne conduira en principe pas à l’invalidité ou à la nullité de celle-ci. 1075

Le principe qui précède ne vaut pas seulement dans le cas où la convention n’aurait pas été soumise à référendum facultatif alors qu’elle aurait dû l’être. Il vaut également dans le cas où elle n’aurait été soumise qu’à référendum facultatif alors qu’elle aurait dû être soumise à référendum obligatoire, en particulier si aucun recours pour violation des droits politiques n’a été soulevé durant le délai référendaire¹²⁴.

¹²³ On peut imaginer en effet qu’un citoyen se plaigne de la violation de ses droits politiques du fait qu’une convention n’aurait pas été approuvée par le parlement, à tort, et, par voie de conséquence, n’a pas été soumise à référendum (cf., par exemple, Tribunal fédéral, arrêt 1C_615/2015 du 25 janvier 2016, consid. 3.4).

¹²⁴ ATAF 2010/40, consid. 4.2 et 5.3.4, selon lequel une violation des règles de compétence n’est pas reconnaissable par la partie cocontractante lorsque la question de la soumission de la convention au référendum est controversée à l’interne (consid. 4.2 et consid. 5.3.4); aussi BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 561.



II. La modification des conventions organisatrices régionales

Introduction. – Nous venons d’aborder quelques règles générales à propos de la conclusion des conventions organisatrices régionales. Logiquement, nous devons à présent examiner les règles constitutionnelles régissant la modification de ces conventions. 1076

Ainsi, après un rapide examen de l’admissibilité des motions parlementaires et des initiatives populaires tendant à la modification de conventions organisatrices régionales (A), nous nous proposons d’analyser la question de la nécessité d’une approbation des révisions conventionnelles par le parlement, voire par le corps électoral des cantons ou des communes partenaires (B). Il convient ensuite de traiter des différentes règles de gouvernance qui peuvent permettre de flexibiliser la procédure de révision des conventions organisatrices, en particulier par le biais d’une « régionalisation » du pouvoir de réviser les conventions intercantionales ou intercommunales (C).

A. La motion parlementaire et l’initiative populaire tendant à la modification d’une convention organisatrice régionale

Le principe. – Dans les cantons ou les communes où il est possible de réclamer la conclusion d’une convention organisatrice régionale par le biais d’une initiative populaire ou par celui d’une motion parlementaire, il doit également être possible de solliciter la modification d’une convention par les mêmes biais. En effet, la modification d’une convention passe formellement par l’adoption d’une nouvelle convention intercantonale ou intercommunale¹²⁵. La reconnaissance d’un tel droit s’impose aussi selon un raisonnement *a majore ad minus* dans les cantons ou les communes où le corps électoral ou le parlement peut demander la dénonciation d’une convention (sur la dénonciation, *infra* N 1077 s.). 1077

En somme, les motions parlementaires et des initiatives populaires qui demanderaient la modification d’une convention sont, en règle générale, recevables dans la même mesure que celles qui tendraient à la conclusion d’une convention ou à la dénonciation de cette même convention¹²⁶.

¹²⁵ Voir notamment, pour un exemple pratique, REGIERUNGSRAT SZ (2016), p. 11; aussi Convention intercantonale relative au contrôle parlementaire sur la Haute Ecole Spécialisée de Suisse Occidentale (HES-SO) du 13 septembre 2002 (p. ex. RSV 419.97), complétant la C-HES-SO.

¹²⁶ Voir, entre autres, la motion, *Instauration d’une commission interparlementaire de contrôle pour la Haute école pédagogique HEP-BEJUNE* (n° 935), déposée par M. Froidevaux et adoptée par le Parlement jurassien sans opposition du Gouvernement, par laquelle il a été demandé au Gouvernement jurassien d’engager des négociations avec les cantons de Berne et

L'exception. – Une exception au principe susmentionné existe lorsque le canton ou la commune partie à la convention organisatrice a cédé à un organe régional la compétence de modifier la convention concernée. Il faut dire qu'un instrument parlementaire ou un instrument de démocratie directe de niveau cantonal ou communal ne peut prétendre avoir pour effet d'influencer directement un organe régional¹²⁷. Seul un instrument parlementaire ou un droit politique de niveau régional peut le faire.

Le principe prévaut même si des membres de l'exécutif cantonal ou communal siègent au sein de l'organe régional en question. Une opinion contraire reviendrait à reconnaître au corps électoral ou au parlement le droit de donner des instructions à des représentants du canton ou de la commune sur la manière dont ces derniers doivent se comporter au sein d'un organe régional. Or, comme nous l'avons vu, un tel droit se heurterait au principe selon lequel l'exécutif est, en règle générale, le seul organe à pouvoir donner de telles instructions (sur la question du droit d'instruction, *supra* N 756 s.)¹²⁸.

La réglementation implicite en droit cantonal. – Le principe qui vient d'être présenté ressort parfois de manière implicite du droit cantonal. Par exemple, le droit fribourgeois prévoit uniquement les initiatives populaires communales en vue de la constitution d'une association de communes. Il n'envisage pas celles en vue de la modification du statut de l'association constituée¹²⁹. Par ailleurs, nous l'avons vu, il est régulièrement prévu en droit cantonal que les éventuelles demandes de modification des statuts d'une association

de Neuchâtel (contractants de la convention HEP-BEJUNE) pour la mise en place d'une commission interparlementaire de contrôle pour la Haute Ecole pédagogique HEP-BEJUNE, in: Journal des débats, Séance du 21 avril 2010, p. 285.

¹²⁷ Voir aussi SCHWEIZER (1973), p. 155, selon lequel « *[a]usgeschlossen wären Initiativen, die sich auf Rechtssetzungserlasse interkantonalen, zwar vertraglich gegründeter Institutionen beziehen* »; Département des Innern AG, décision du 17 juin 1986, in: AGVE 1986, p. 491: « *Da das Ziel der Initiative nicht mit dem von ihr vorgesehenen Mittel, also dem Handeln des in der Sache unzuständigen Gemeinderates, erreicht werden kann, erweist sich das Begehren zudem als faktisch undurchführbar.* »

¹²⁸ Département des Innern AG, décision du 17 juin 1986, in: AGVE 1986, p. 491: « *Entsprechend der gesetzlichen Kompetenzordnung beschränken die geltenden Satzungen die Befugnisse des Einwohnerrates auf den Entscheid über den Beitritt zum Verband, den Austritt aus dem Verband und die Auflösung des Verbandes (vgl. § 20 Abs. 2 lit. n in Verbindung mit § 55 GG). Aus der fehlenden Zuständigkeit des Einwohnerrates in der Sache ergibt sich zwingend, dass er nicht befugt ist, diesbezüglich dem Gemeinderat direkte Instruktionen in Form verbindlicher Anweisungen zu erteilen* »; d'un autre avis, mais à tort, CONSEIL D'ÉTAT VD (2005/III), p. 8439 : « En revanche, le droit d'initiative n'existe pas sur le plan intercommunal et la nouvelle Constitution n'impose pas son introduction. En l'état, le Conseil d'État ne voit pas la nécessité d'introduire un tel droit populaire. Il est en effet possible, au moyen d'une initiative lancée dans une seule commune, de demander aux autorités d'entreprendre des démarches au niveau intercommunal, en particulier par l'intermédiaire des délégués dans les organes intercommunaux. »

¹²⁹ Voir 51^{ter} al. 1 let. c LCo FR.

de communes ou de conventions organisatrices similaires doivent faire l'objet d'une initiative populaire intercommunale, et non d'une initiative populaire communale (sur les droits populaires intercommunaux, *supra* N 848).

B. L'approbation interne de la modification

La problématique. – Dans la mesure où la compétence de modifier une convention organisatrice régionale n'appartient pas à un organe intercantonal ou intercommunal (sur la question, *infra* N 1088 ss), la procédure que doit suivre la modification d'une convention est en règle générale la même que celle de sa conclusion initiale¹³⁰. Cette application du principe de parallélisme des formes en matière conventionnelle est conforme au principe de droit international coutumier codifié à l'art. 39 CV, lequel dispose que, sauf disposition contraire, un traité ne peut être amendé par accord entre les parties qu'en conformité avec les règles applicables en matière de conclusion des traités. Autrement dit, la modification d'une convention passe par la conclusion d'une nouvelle convention entre les mêmes parties, convention à laquelle chacune des collectivités partenaires doit en principe adhérer.

1079

Cela étant dit, le principe du parallélisme des formes n'exige pas que la modification d'une convention passe forcément par la même procédure de ratification interne que celle qui a initialement prévalu lors de la conclusion de cette même convention; il suffit que la convention soit modifiée par une convention¹³¹. Des règles conventionnelles ou des règles de droit cantonal peuvent ainsi disposer que la modification d'une convention suit une autre procédure de ratification que celle qui a prévalu lors de la conclusion initiale de la convention.

Ainsi, lors de toute modification conventionnelle, il convient de se demander si la convention à réviser doit faire l'objet d'une approbation parlementaire (1) et, le cas échéant, d'une procédure de référendum (2).

1. La nécessité d'une approbation du législatif

En général. – Le droit cantonal ne contient très souvent aucune disposition explicite qui aménage la répartition des pouvoirs au sein des cantons ou des communes en matière de modification conventionnelle¹³². Cependant, on peut généralement présumer, en se fondant sur le principe de parallélisme des formes,

1080

¹³⁰ Voir notamment BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (2015), N 26 ad art. 48 Cst.

¹³¹ En effet, le principe de parallélisme des formes ne trouve application en matière de répartition des pouvoirs que pour autant qu'aucune norme attributive de compétence n'y déroge (voir, sur la question, *supra* N 385).

¹³² Pour une exception, voir art. 75 al. 1 let. h LCo JU.

que la révision d'une convention qui a déjà fait l'objet d'une approbation parlementaire doit également faire l'objet d'une même approbation, éventuellement précédée d'une procédure de consultation (inter)parlementaire¹³³. C'est un avis qui est défendu par la doctrine et qui correspond à une certaine pratique¹³⁴.

La présomption ainsi exposée peut toutefois être renversée, ce dans deux situations différentes au moins¹³⁵.

1081

La délégation du pouvoir d'accepter une modification. – Il est tout d'abord possible d'adopter une norme qui prévoit expressément que l'exécutif peut décider, seul, d'accepter la modification d'une convention organisatrice régionale. Une telle clause peut se retrouver directement dans la convention ou, alors, dans l'acte d'approbation interne de la convention régionale.

De telles « *Flexibilierungsklauseln* »¹³⁶ peuvent répondre à une nécessité pratique dans la mesure où elles pourraient permettre d'accélérer les procédures de modification conventionnelle. Cela étant dit, les modifications concernées devraient en principe porter uniquement sur des dispositions de moindre importance (« *Änderung weniger wichtiger Bestimmungen* »)¹³⁷.

Dans la mesure où le législatif entendrait attribuer à l'exécutif la compétence d'accepter seul une révision de dispositions conventionnelles importantes, la délégation opérée, notamment lorsque celle-ci pourrait concerner des normes de droit, devrait être clairement définie – du moins au niveau intercantonal compte tenu des exigences de l'art. 48 al. 4 Cst. – afin de fixer un cadre limitant la portée des éventuelles modifications¹³⁸. À y regarder de plus près, il peut donc s'avérer plus logique et facile d'opérer, dans la convention organisatrice, une délégation législative en faveur des exécutifs et d'autoriser ceux-ci à adopter

¹³³ En effet, une commission interparlementaire consultative ne doit pas seulement être convoquée en cas de conclusion d'une convention intercantonale, mais également en cas de modification de cette même convention, comme le titre même de la CoParl l'indique. Le principe est parfois expressément rappelé par les conventions organisatrices spécifiques (p. ex. art. 38 al. 1 C-AS-SO).

¹³⁴ Voir, notamment, UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 21; ZEHNDER (2007), p. 192.

¹³⁵ Dans la même logique, une convention valablement conclue par un exécutif seul peut en principe se voir modifiée sans accord parlementaire. Mais il est possible qu'en dérogation au principe de parallélisme des formes, un législatif doive approuver la modification d'une convention organisatrice qui a été conclue initialement par un exécutif si la modification en cause consiste en l'adoption de nouvelles règles conventionnelles importantes que ne peut pas conclure seul un exécutif (voir, à titre de comparaison, *infra* N 1086 s.).

¹³⁶ UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 21.

¹³⁷ Cf. Komm. KV-ZH HAUSER (2007), N 21 ad art. 54 Cst. ZH. On peut également imaginer que les exécutifs soient compétents pour décider d'une éventuelle abrogation de la convention (voir art. 24 al. 1 C-AS-SO; art. 34 al. 1 V-BVG-Aufsicht BS/BL).

¹³⁸ HÄFELIN (1973), p. 254. Rappelons que la problématique de la délégation législative se pose de manière particulière en matière intercommunale (*supra* N 919 ss).

des normes intercantionales ou intercommunales secondaires de mise en œuvre de la convention en question, plutôt que de les autoriser à modifier celle-ci¹³⁹.

Les modifications d'ordre mineur. – À vrai dire, l'existence d'une norme expresse dans la convention ou dans l'acte d'approbation n'est pas toujours nécessaire pour fonder une compétence de l'exécutif de procéder seul à la révision de conventions intercantionales ou intercommunales qui auraient été approuvées par le législatif. En effet, dans la mesure où la modification d'une convention organisatrice régionale peut passer pour un accord conventionnel de moindre importance (p. ex. si elle vise l'adaptation d'une clause mineure), il n'est pas exclu de considérer que l'exécutif jouit du pouvoir d'y consentir seul¹⁴⁰. Une telle opinion peut au moins valoir dans les cantons et les communes où le droit cantonal reconnaît à l'exécutif la compétence de conclure certains accords de moindre importance (sur la question, *supra* N 407 s. et 417).

L'exemple du canton des Grisons. – C'est ainsi que, sur la base de la constitution cantonale qui lui octroie le droit de conclure seul des conventions de rang réglementaire¹⁴¹, le gouvernement du canton des Grisons se reconnaît compétent pour accepter seul certaines révisions conventionnelles dès lors que celles-ci portent sur des règles peu importantes¹⁴². Lors de la procédure d'adhésion à l'ACI, ce gouvernement a même renoncé – en le déclarant clairement – à intégrer dans l'acte d'approbation la règle selon laquelle il serait compétent pour accepter les éventuelles modifications ultérieures de cet accord intercantonal qui seraient de moindre importance, considérant qu'une telle précision apparaissait inutile. Notons que le procédé n'a pas été contesté par le parlement cantonal¹⁴³.

Les modifications d'ordre mineur : suite. – Il s'agit uniquement de l'une des interprétations possibles du droit cantonal. Il est également envisageable de soutenir que celui-ci contient une lacune – ou, du moins, une imprécision – s'agissant de la procédure applicable en cas de modification conventionnelle, lacune ou imprécision qu'il convient de corriger en appliquant le principe du parallélisme des formes¹⁴⁴. Il faudrait alors conclure qu'en l'absence de délégation expresse, un exécutif ne peut pas consentir seul à la révision d'une convention qui,

¹³⁹ Dans ce sens, UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 22 s.

¹⁴⁰ Dans le même sens, Komm. KV-GR SCHULER (2006), N 20 ad art. 16/17 Cst. GR; dans ce sens, au niveau fédéral, CIP-E (2017), p. 12; CONSEIL FÉDÉRAL (2007/II), p. 5640, n. 59, et SÄGESSER (2007), N 22 ad 7a LOGA, évoquant tous deux les « modifications de portée mineure » (« *Änderungen von beschränkter Tragweite* »).

¹⁴¹ Cf. art. 45 al. 2 Cst. GR, selon lequel le gouvernement « a le pouvoir de négocier des conventions intercantionales ou internationales » et « peut aussi les conclure si sa compétence réglementaire l'y autorise ».

¹⁴² Voir REGIERUNG GR (2006/I), p. 1418.

¹⁴³ REGIERUNG GR (2006/II), p. 1500.

¹⁴⁴ Voir p. ex. Komm. KV LU-KOCH (2010), N 18 ad § 48 Cst. LU.

au moment de sa conclusion, a fait l'objet d'une procédure d'approbation parlementaire.

2. La soumission au référendum

1084 *En général.* – À l'instar de ce qui prévaut en matière d'approbation parlementaire, le droit cantonal ne contient généralement aucune règle explicite quant à la question de savoir si la modification d'une convention organisatrice régionale est soumise à référendum. À partir de là, puisque la révision d'une convention passe formellement par la conclusion d'une nouvelle convention, la question d'un éventuel référendum contre une telle modification s'examine à l'aune des règles applicables lors de la conclusion d'un accord intercantonal ou intercommunal. Cela signifie qu'en principe, la révision d'une convention organisatrice régionale qui a été – ou aurait dû être – approuvée par le législatif peut – ou doit – faire l'objet d'un référendum, à tout le moins facultatif (voir sur la question, *supra* N 1063).

Il n'existe toutefois pas de parallélisme formel obligatoire entre les droits politiques reconnus en cas de conclusion d'une convention organisatrice et ceux qu'il convient de reconnaître en cas de modification de celle-ci¹⁴⁵.

1085 *Les règles supprimant le droit de référendum.* – Tout d'abord, même si le cas est rare, il arrive que le droit cantonal exclue explicitement toute procédure de référendum. C'est ainsi que le droit cantonal fribourgeois prévoit un référendum communal facultatif pour l'adhésion à une association de communes, mais pas pour les modifications ultérieures des statuts de l'association, lesquelles doivent être approuvées uniquement par le législatif communal¹⁴⁶.

Dans le même ordre d'idée, il n'existera aucun droit de référendum dans les cas où le corps électoral a autorisé une autorité – interne ou régionale – à consentir seule à la modification de la convention, en acceptant une disposition en ce sens dans cette convention ou dans l'acte d'approbation. Une telle renonciation à la procédure de référendum est *a priori* autorisée au sens du droit constitutionnel si elle ne concerne pas d'éventuelles modifications fondamentales de la convention régionale et, ainsi, ne vide pas le droit de référendum conventionnel de sa substance¹⁴⁷. Elle peut s'avérer tout à fait appropriée compte tenu du

¹⁴⁵ Pour cette même constatation au niveau fédéral, SG Komm. BV-EHRENZELLER/NOBS (2014), N 12 ad art. 140 Cst.; HANGARTNER/KLEY (2000), N 1099.

¹⁴⁶ Cf. art. 52 al. 1 let. c LCo FR.

¹⁴⁷ Dans le même sens, Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 20 ad art. 16/17 Cst. GR: « *Unzulässig ist also eine generelle Delegation an das Parlament für die Genehmigung von Änderungen ohne Rücksicht auf deren inhaltliche Bedeutung.* »

fait que la procédure de référendum – notamment en cas de référendum obligatoire – peut se révéler longue et coûteuse et risquer de mettre en péril le bon fonctionnement des organisations régionales.

L'importance de la modification : en matière intercommunale. – Enfin, il est possible que la modification d'une convention organisatrice régionale, qui a été soumise à référendum obligatoire, fasse l'objet d'un référendum facultatif uniquement ou qu'inversement, la modification d'une convention organisatrice régionale, qui a été soumise à référendum facultatif, doive faire l'objet d'un référendum obligatoire. Il arrive en tout cas que le droit cantonal se distancie expressément du principe de parallélisme des formes sur ce point en prévoyant que la révision d'une convention intercommunale approuvée par la population d'une commune peut faire l'économie d'un scrutin (obligatoire) lorsqu'elle est révisée.

1086

L'exemple des droits bernois et jurassien. – C'est ainsi qu'en droit bernois et en droit jurassien, seule la modification de dispositions réglementaires importantes du syndicat de communes – notamment celles concernant son but et les compétences financières des communes membres – sont soumises à référendum obligatoire¹⁴⁸. Les autres modifications peuvent être approuvées par un acte du législatif communal soumis à référendum facultatif ou, simplement, par un acte de l'assemblée des délégués de l'association soustrait à tout référendum communal, mais éventuellement soumis à référendum intercommunal.

L'importance de la modification : en matière intercantonale. – Le principe pourrait également valoir en matière intercantonale. Il n'est pas forcément nécessaire que la révision d'une convention intercantonale dont la conclusion initiale a été soumise à référendum obligatoire soit soumise à référendum obligatoire, si la modification en question porte sur une disposition conventionnelle qui n'est pas – en soi – de rang constitutionnel (sur la question, *supra* N 464 ss)¹⁴⁹. La convention modificatrice n'est effectivement pas de rang constitutionnel dans une telle situation.

1087

Inversement, il n'est pas exclu qu'un référendum obligatoire apparaisse nécessaire en cas d'élargissement des compétences d'une organisation régionale dont la création n'a été soumise qu'à référendum facultatif¹⁵⁰. Un référendum obligatoire pourrait aussi s'imposer lors de la révision d'une convention dont la

¹⁴⁸ Voir art. 74 al. 1 let. d LCom JU, ainsi que art. 132 al. 1 LCo BE, en lien avec Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 12 ad art. 132 LCo BE.

¹⁴⁹ Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 23 ad art. 32 Cst ZH; Komm. KV GR-SCHULER (2006), N 20 ad art. 16/17 Cst. GR; voir aussi, au niveau fédéral, SG Komm. BV-THÜRER/DIGGELMANN (2014), N 29 ad art. 140 Cst.

¹⁵⁰ Dans ce sens, au niveau national, KÜNZLI (2009), p. 53; aussi BSK BV-EPINEY/DIEZIG (2015), N 21 ad art. 140 Cst.; SG Komm. BV-THÜRER/DIGGELMANN (2014), N 24-26 ad art. 140 Cst.

conclusion initiale n'a pas été soumise, à tort, à un scrutin populaire (pour un exemple, *supra* N 735).

C. La « régionalisation » du pouvoir de modifier la convention

1088 *La problématique.* – Comme nous l'avons mentionné, le principe du parallélisme de forme implique qu'une convention ne peut être modifiée, habituellement, que par une autre convention dont la conclusion nécessite l'accord de toutes les collectivités parties à la convention initiale.

Cet axiome de base en matière de procédure conventionnelle ne vaut cependant qu'en l'absence de règle contraire, comme le rappelle l'art. 39 CV lui-même. Il est donc possible d'y déroger par l'adoption d'une norme qui prévoit expressément qu'une convention organisatrice régionale peut être modifiée sur la base d'une décision prise à la majorité des cantons ou des communes partenaires ou, alors, sur décision d'un organe intercantonal ou intercommunal.

Cette forme de « régionalisation » du pouvoir de consentir à la modification d'une convention intercantonale ou intercommunale – qui représente une manière de flexibiliser la gouvernance d'une organisation régionale – connaît cependant quelques limites, tant en matière de collaboration intercommunale (1) qu'en matière de collaboration intercantonale (2).

1. Au niveau intercommunal

1089 *Le principe.* – Lorsqu'elles créent, par le biais d'une convention intercommunale, une organisation régionale commune telle qu'une association de communes, les communes peuvent déléguer à un organe régional commun – en principe au conseil intercommunal de l'association créée – le pouvoir de modifier seul cette convention, sous réserve, parfois, d'un éventuel référendum intercommunal (voir sur la question *supra* N 843 ss). Comme l'a déjà jugé le Tribunal fédéral, un tel pouvoir ne peut toutefois pas porter sur des modifications essentielles de la convention organisatrice intercommunale, car de telles modifications doivent être approuvées par chacune des communes partenaires¹⁵¹. Cette exigence ne résulte pas du principe de la légalité, mais du principe de l'autonomie communale. Nous avons déjà traité ce point en deuxième partie de thèse (sur la question, *supra* N 315).

¹⁵¹ Voir aussi, au niveau en matière de coopération transfrontalière, art. 6 Convention-cadre GEC, selon lequel « tout amendement substantiel aux statuts » d'un GEC nécessite de respecter la même procédure que celle de l'accord initial qui a créé l'organisme régional.

Habituellement, le droit cantonal infraconstitutionnel concrétise la règle exposée ci-dessus de manière plus ou moins large (sur la marge de manœuvre, *infra* N 1093)¹⁵².

Les limites imposées au législateur cantonal. – Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le législateur cantonal pouvait autoriser, voire imposer que la révision des dispositions fondamentales d'une convention intercommunale soit effectuée à la majorité des communes membres ou sur simple décision d'un organe régional. En l'absence de réglementation cantonale expresse sur le sujet, il s'est contenté de considérer que les dispositions fondamentales d'une association de communes ne pouvaient être révisées qu'avec l'accord de chacune des communes partenaires, même si la convention organisatrice autorisait un procédé contraire plus flexible. Selon les juges fédéraux, celui-ci n'était pas applicable, car contraire au principe d'autonomie communale (sur la question, *supra* N 315)¹⁵³.

1090

¹⁵² Cf. art. 142 LCo BE, qui exige l'accord des communes concernées pour l'attribution de tâches supplémentaires à une conférence régionale; art. 113 al. 1^{bis} LCo FR qui prévoit que les communes doivent adhérer « à tous les buts de l'association [de communes] »; art. 74 al. 1 let. d LCom JU qui prévoit que le corps électoral statue sur la modification des dispositions réglementaires du syndicat de communes concernant son but et les compétences financières des communes membres; art. 71 al. 2 LCo NE, qui prévoit l'accord des communes en cas de modification du but de l'association uniquement; art. 77 al. 2 GG ZH, qui exige une approbation de toutes les communes pour les dispositions de la convention qui touchent aux « wesentliche Aufgaben », « Austritt und Auflösung », « Grundzüge der Finanzierung » et « Mitwirkungsmöglichkeiten der Stimmberechtigten und Verbandsgemeinden »; art. 157 GemG NW, *a contrario*, qui exige l'approbation des communes pour les « wesentliche Bestimmungen »; art. 170 al. 2 GG SO qui exige une approbation de toutes les communes pour les dispositions de la convention qui « den Aufgabenkreis des Verbandes betreffen », « die Verbandsgemeinden finanziell erheblich mehr belasten », « die Delegiertenzahlen verändern » et « die Austrittsbedingungen erschweren »; art. 41 GemG TG, qui autorise de manière générale une modification de la convention organisatrice sur décision prise à la majorité des deux tiers par l'assemblée des délégués, sauf si elle concerne l'attribution d'une nouvelle tâche à l'association; art. 46 al. 2 GG ZG, réservant l'accord unanime des communes pour les changements de but de l'association et de composition de ses organes; enfin, art. 40 GG GL et art. 62 al. 5 LAC GE, qui exigent l'unanimité des communes pour toute modification; art. 53 al. 1 let. b GG GR, qui imposent un accord unanime en matière de modification du but et des tâches.

¹⁵³ Cf. ATF 113 Ia 341, consid. 2b: « Nach Art. 48 der zürcherischen Kantonsverfassung ist die Autonomie der Gemeinden innerhalb der Schranken von Verfassung und Gesetzgebung garantiert; soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf eine Verletzung des Gemeindegesetzes berufen, kommt lediglich eine Willkürprüfung in Betracht. Die beschwerdeführenden Gemeinden rufen indessen auch Art. 47^{bis} der Kantonsverfassung an, wonach die Gemeinden sich zu Zweckverbänden zusammenschliessen können. In dieser Hinsicht ist eine freie Prüfung der vorliegenden Beschwerde nicht zum vornherein auszuschliessen. Wie es sich damit verhält, kann indessen offengelassen werden, da die vorliegende Beschwerde auch bei beschränkter

On ne voit cependant pas comment un législateur cantonal pourrait être autorisé à adopter une règle à laquelle une commune ne peut normalement pas consentir du fait qu'elle porte, de manière intrinsèque, une atteinte excessive à son autonomie. Finalement, une réglementation cantonale se heurte aux mêmes écueils constitutionnels qu'une réglementation intercommunale. Une association de communes ne doit pas pouvoir « s'accaparer » des tâches exécutées jusque-là de manière indépendante par les communes membres. Elle ne doit pas pouvoir non plus, sur la base d'une décision prise à la majorité, compliquer, voire exclure les possibilités de sortie des communes membres qui se retrouveraient alors « captives » de l'association. Le risque est à chaque fois que la collaboration, au départ volontaire, apparaisse finalement contrainte ou imposée par d'autres communes, ce en contradiction avec la liberté de s'associer que garantissent les constitutions cantonales (sur la question, *supra* N 79)¹⁵⁴.

En somme donc, le législateur cantonal n'a pas la possibilité d'imposer ou même de permettre qu'une convention intercommunale soit modifiée, de manière générale et sans restriction, sur la base d'une décision prise à la majorité des communes partenaires ou, pire, sur la base d'une décision prise par un organe intercommunal, comme l'assemblée des délégués d'une association de communes¹⁵⁵.

L'exemple des droits zurichoïses et fribourgeois. – C'est ainsi que lors de la dernière révision totale de la loi zurichoïse sur les communes, le gouvernement cantonal s'est senti lié par la jurisprudence fédérale exposée ci-avant¹⁵⁶. C'est également la volonté de respecter

Kognition gutzuheissen ist. Lediglich unter dem Gesichtswinkel der Willkür ist indessen die Auslegung der neuen und der alten Statuten zu prüfen. »

¹⁵⁴ On pourrait voir également dans une telle réglementation cantonale une violation de la règle constitutionnelle selon laquelle seul le « canton » peut imposer aux communes de collaborer (dans ce sens, PFISTERER (1969), p. 117).

¹⁵⁵ Dans ce sens, OFFICE JURIDIQUE BE (2004), p. 58; Komm. KV ZH-JENNI (2007), N 20 ad art. 93 Cst. ZH, qui évoque l'atteinte « *drastique* » que porte(rait) le législateur cantonal dans un tel cas à l'autonomie communale; d'un autre avis apparemment, Komm. GG BE-FRIEDERICH (1999), N 5 et 6 LCo BE; SCHENKER (1986), p. 121. Ces deux derniers auteurs semblent admettre que le législateur cantonal puisse adopter une réglementation large, sans véritablement examiner toutefois la problématique sous l'angle du respect du droit constitutionnel cantonal et sans jamais se référer à la jurisprudence fédérale évoquée. Ils le font également sans prendre véritablement de risque puisque les législateurs cantonaux reprennent ou reprenaient – plus ou moins – la solution préconisée par le Tribunal fédéral (cf. SCHELLENBERG [1975], p. 89, qui constatait que les seuls législateurs cantonaux qui avaient prévu une réglementation à propos de la modification des statuts des associations de communes avaient ancré le principe de l'unanimité dans une mesure plus ou moins large).

¹⁵⁶ JAAG/RÜSSLI (cf. [2011], p. 39 s.) ont même, lors de la dernière révision de la loi zurichoïse sur les communes, recommandé au gouvernement cantonal d'élargir les cas où les statuts d'une association de communes devaient être obligatoirement modifiés à l'unanimité, notam-

au mieux l'autonomie communale garantie constitutionnellement qui a conduit le législateur fribourgeois à procéder à une révision de l'art. 29 LAgg FR. Cette disposition légale prévoyait à l'origine qu'une fois l'agglomération créée, le corps électoral régional pouvait décider de l'attribution de nouvelles tâches à celle-ci. S'inspirant des règles généralement mises en place pour les associations de communes, le législateur cantonal s'est résolu – après de longs débats parlementaires – à modifier la disposition précitée en ce sens que l'attribution de compétences supplémentaires à l'agglomération nécessitait finalement l'accord de toutes les communes partenaires, le Conseil d'État gardant la possibilité d'imposer la prise en charge de nouvelles tâches dans la mesure du nécessaire en rendant une décision sujette à recours¹⁵⁷.

L'exigence d'une base constitutionnelle. – En fait, pour qu'une majorité de communes ou un organe intercommunal puisse décider de modifier une convention intercommunale sur des points essentiels, il faut qu'il existe une base expresse dans la constitution cantonale qui autorise un tel procédure de révision conventionnelle¹⁵⁸. De telles bases constitutionnelles n'existent pas la plupart du temps¹⁵⁹, si bien que les quelques lois cantonales qui s'en passent apparaissent anticonstitutionnelles. 1091

L'inconstitutionnalité des droits valaisan et vaudois. – Nous doutons par exemple de la constitutionnalité du droit cantonal valaisan qui contient, depuis une quinzaine d'années, la règle de rang législatif selon laquelle la modification de la convention créant une association de communes relève toujours de la compétence de l'assemblée des délégués, étant précisé que la modification des règles essentielles de cette convention fait le cas échéant l'objet d'un référendum intercommunal¹⁶⁰. Quant au législateur vaudois, il a décidé de permettre aux communes de prévoir, dans la convention fondant une association de communes, la règle selon laquelle cette convention pouvait être modifiée sur la base 1092

ment d'étendre la règle de l'unanimité aux modifications relatives à la responsabilité des communes. Le gouvernement a suivi cette recommandation (cf. REGIERUNGSRAT ZH [2013/I], p. 153).

¹⁵⁷ Voir CONSEIL D'ÉTAT FR (2007), p. 2; aussi BGC/FR 2007, p. 731-742.

¹⁵⁸ Sur le parallélisme des formes en matière de restriction à l'autonomie communale, TANQUEREL (2011), N 169.

¹⁵⁹ Voir, pour une exception expresse en matière d'association de communes intercantonale, art. 116 Cst. GL: « La convention relative à la fondation du syndicat et les statuts de ce dernier ainsi que les modifications apportées à ces deux textes doivent recevoir l'accord des communes concernées et être approuvées par le Conseil d'État. Dans le cas des syndicats intercantonaux, le Conseil d'État peut également approuver ces modifications s'il est prévu qu'elles puissent être acceptées à la majorité » ; voir aussi l'ancienne constitution du canton des Grisons qui prévoyait l'obligation d'appartenir à un syndicat régional (art. 69 aCst. GR) ainsi que l'art. 53 aGG GR.

¹⁶⁰ Art. 117 al. 3 LCo VS; aussi CONSEIL D'ÉTAT VS (2003), p. 358 s., selon lequel les modifications essentielles des statuts sont notamment le but de l'association et le nombre des délégués de chacune des communes membres.

d'une décision du conseil intercommunal prise à une majorité simple ou qualifiée en lieu et place de l'unanimité, quand bien même la décision concernerait des dispositions essentielles¹⁶¹.

Si l'on a bien admis que cette flexibilisation du fonctionnement des associations de communes portait une atteinte à l'autonomie communale, on a considéré à tort, en négligeant la jurisprudence fédérale, que cette atteinte était compensée par l'introduction d'instruments démocratiques intercommunaux¹⁶². En effet, l'argument, s'il paraît pertinent sur le plan politique, ne l'est pas sur le plan juridique (sur la distinction entre le déficit démocratique d'un point de vue politique et d'un point de vue juridique, *supra* N 241 ss).

1093

Les modifications « indélégalables ». – La question délicate reste de déterminer les dispositions conventionnelles « essentielles » dont la révision ne peut en aucun cas intervenir sur la base d'une décision prise à la majorité sur un plan régional.

Il est certain qu'un organe régional ne doit pas avoir la compétence de modifier de manière substantielle les dispositions conventionnelles relatives aux buts et aux tâches d'une organisation intercommunale ainsi que celles relatives à la possibilité de sortir de cette organisation. *A priori*, un tel organe ne devrait pas pouvoir non plus réviser seul les dispositions régissant les modalités de sortie de l'organisation, la représentation des communes ainsi que la répartition des pouvoirs au sein de l'organisation (p. ex. compétences financières, droits politiques, etc.)¹⁶³. Les cantons et, le cas échéant, les communes jouissent pour le reste d'une certaine marge de manœuvre, la question des modifications « indélégalables » s'appréciant à l'aune de l'ensemble des circonstances, c'est-à-dire en fonction de la tâche publique organisée régionalement, des compétences délég-

¹⁶¹ Art. 126 al. 2 LC VD; aussi CONSEIL D'ÉTAT VD (2005/IV), p. 9116.

¹⁶² Voir COMM. PARITAIRE VS (1999), p. 9; aussi CONSEIL D'ÉTAT VD (2011), p. 22 : « La modification proposée ne porte en rien atteinte aux droits des communes membres. En effet, tout d'abord, elles peuvent donner des instructions de vote à leurs délégués siégeant au sein du conseil intercommunal. Ensuite, le Conseil d'État reste compétent pour contrôler la légalité des modifications. Enfin, la décision d'approbation du gouvernement cantonal peut faire l'objet d'une demande de référendum ou d'une requête à la cour constitutionnelle du Tribunal cantonal. » Aussi, sur cette confusion entre exigence démocratique et préservation de l'autonomie communale, COMM. PARL. LC VD (2012), p. 32.

¹⁶³ Cf. Verwaltungsgericht ZH, arrêt VB.2009.00351 du 4 novembre 2009, consid. 4.1; Regierungsrat ZH, décision RRB 119/2011 du 9 février 2011, consid. 3a et décision RRB 177/2010 du 10 février 2010, consid. 3a; Komm. KV ZH JENNI (2007), N 20 ad art. 93 Cst. ZH; MÄCHLER (1989), p. 162; PFISTERER (1969), p. 113 s.

guées à l'organisation intercommunale et, enfin, du droit cantonal dans son ensemble, lequel prédéfinit parfois largement les modifications qui peuvent, voire doivent être opérées¹⁶⁴.

2. Au niveau intercantonal

Le principe. – Comme nous venons de le voir, une convention intercommunale peut être modifiée sur la base d'une décision prise à la majorité des communes partenaires ou sur la base d'une décision prise par un organe régional. À partir de là, une procédure similaire est également envisageable au niveau intercantonal d'un point de vue constitutionnel. 1094

La délégation de pouvoirs qui est opérée ne constitue pas, sur le principe, une atteinte exagérée à la souveraineté cantonale, dans la mesure où, à l'instar de ce qui prévaut en matière intercommunale, elle ne permet pas à un groupe de cantons ou à un organe intercantonal de modifier unilatéralement des éléments essentiels de la convention (p. ex. les tâches attribuées à l'institution intercantonale, les clefs de répartition des coûts)¹⁶⁵. Remarquons au passage que la Constitution fédérale elle-même reconnaît qu'un canton puisse se voir imposer, en application de l'art. 48a Cst., la révision d'une convention intercantonale qu'il n'a pourtant pas acceptée.

L'encadrement de la délégation. – Le fait d'attribuer à un organe intercantonal – ou à un nombre déterminé de cantons – le droit de modifier une convention organisatrice intercantonale représentera régulièrement, d'un point de vue matériel, une forme de délégation de compétence législative. Un tel procédé doit dès lors respecter les conditions généralement imposées à toute délégation législative. Il s'agit de se conformer au principe de légalité et à l'art. 48 al. 4 Cst. qui exigent que la norme de délégation législative en faveur d'un organe intercantonal contienne les grandes lignes des normes intercantionales à adopter. Très concrètement donc, les cantons n'ont pas la faculté de déléguer à un organe 1095

¹⁶⁴ Voir aussi JAAG/RÜSLI (2011), p. 36 s. Pour un exemple où l'introduction de droits politiques au sein d'une association de communes, imposée par la constitution cantonale, n'a pas été considérée comme une modification essentielle de la convention organisatrice, Regierungsrat ZH, décision RRB 177/2010 du 10 février 2010, consid. 3b.

¹⁶⁵ Voir aussi ZEHNDER (2007), p. 193 s.; d'une opinion critique sur une telle délégation, cf. HÄFELIN (1969), p. 651 s.: « In letzter Zeit ist die Frage aufgeworfen worden, ob nicht die Wirksamkeit der interkantonalen Vereinbarungen gesteigert werden könnte durch eine stärkere Befolgung des Mehrheitsprinzips: Dieses könnte für die Konkordatsrevisionen oder sogar bei mehrheitlicher Annahme eines neuen Konkordats durch eine interkantonale Direktorenkonferenz mit Verbindlichkeit für die nicht zustimmenden Kantone zum Zug kommen. Man wird sehr sorgfältig bedenken müssen, ob derartige Regelungen nicht die grundlegende Freiheit der interkantonalen Zusammenarbeit in Frage stellen würden. »; aussi Comm. aCst.-HÄFELIN (1989), N 79 ad art. 7 aCst.

intercantonal le pouvoir de modifier, de manière générale, la convention qu'ils concluent¹⁶⁶, pas même en excluant toute modification des dispositions essentielles par ce biais, bien que l'on rencontre de telles règles conventionnelles en pratique¹⁶⁷.

La convention intercantonale devrait mentionner les règles conventionnelles qui peuvent être révisées sur décision d'un organe intercantonal ou sur décision d'un nombre déterminé de cantons partenaires et, le cas échéant, envisager la manière dont ces règles peuvent être modifiées. Cela dit, la délégation opérée peut être relativement large lorsque la convention intercantonale est de moindre importance, lorsque l'organe intercantonal compétent est composé de représentants de chacun des cantons parties et qu'il statue à l'unanimité ou lorsqu'il pourrait équivaloir à une sorte de « législateur formel régional » (voir sur la question en cas de délégation en faveur d'une commission interparlementaire, *supra* N 934 ss). Dans les autres cas, la délégation devrait se limiter à quelques points précis et mineurs de la convention.

Il s'agirait ici de reprendre, en matière de collaboration régionale, la pratique existant en matière de collaboration intercantonale de portée nationale.

Quelques exemples pratiques. – L'art. 20 de l'Accord intercantonal sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études du 18 juin 2009 (CBE)¹⁶⁸ prévoit notamment que « l'adaptation des montants sur la base du renchérissement se décide à la majorité des deux tiers des membres de la Conférence des cantons signataires »¹⁶⁹. L'art. 28a du Concordat sur les entreprises de sécurité du 18 octobre 1996¹⁷⁰ dispose quant à lui que « la Conférence peut, si le nombre ou l'étendue des cantons parties l'exige, adapter la composition, l'organisation et les tâches de la Commission concordataire » et « peut aussi prévoir des commissions concordataires à caractère régional ».

1096

La modification des conventions intergouvernementales. – Les principes qui viennent d'être présentés concernent uniquement les conventions organisatrices intercantionales ayant fait l'objet d'une approbation parlementaire. Ils ne s'appliquent pas aux conventions organisatrices intergouvernementales dont la révision doit respecter un régime plus restrictif.

¹⁶⁶ Dans le même sens, UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 21: « *Der kantonale Gesetzgeber darf nicht einen ganzen Bereich seiner Gesetzgebungskompetenz an die Mehrheit anderer Kantone delegieren. Dies wäre ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip* »; aussi SCHWEIZER (1973), p. 142, selon lequel une « *Globalermächtigung* » est « *nicht unbedenklich* ».

¹⁶⁷ Selon l'art. 19 de l'Accord intercantonal sur les écoles offrant des formations spécifiques aux élèves surdoués (p. ex. RSB 439.38-1), cet accord peut être modifié moyennant l'approbation de la majorité des deux tiers des cantons signataires.

¹⁶⁸ P. ex. RSG C 1 19.

¹⁶⁹ Cf., pour une disposition similaire, art. 4 al. 2 let. c AIMP, selon lequel la DTAP est compétente pour « adapter les valeurs seuils mentionnées dans les annexes ».

¹⁷⁰ P. ex. RSV 935.91.

À notre sens en effet, un organe intercantonal – ou une majorité d'exécutifs cantonaux – ne peut jouir du pouvoir de modifier des conventions intergouvernementales que sur des objets mineurs de « pure exécution ». Les autres types de modifications nécessitent toujours l'accord – explicite ou, du moins, implicite¹⁷¹ – de l'ensemble des gouvernements de cantons contractants. Il s'agit de tenir compte du fait qu'une régionalisation poussée de la procédure de révision conventionnelle – qui représenterait une forme de sous-délégation de compétences de la part des exécutifs concernés¹⁷² – pourrait violer la règle, prévue à l'art. 48 al. 4 Cst., selon laquelle les délégations législatives au niveau intercantonal doivent normalement être prévues par des normes intercantionales approuvées par les parlements (sur la question également, *supra* N 544 s.).

En fait, pour reprendre une formulation générale de DOMINICÉ, « [le fait q]ue le Gouvernement cantonal soit habilité, par exemple, à conclure des accords dans les matières qui ressortissent à sa compétence n'implique pas qu'il puisse, de sa propre autorité, se dessaisir de ses attributions au bénéfice d'un organisme intercantonal »¹⁷³.

Le droit de « proposer » une révision conventionnelle. – Rappelons enfin qu'il ne faut pas confondre les dispositions conventionnelles qui attribuent à un organe intercantonal le pouvoir de « modifier » une convention déterminée avec celles par lesquelles des cantons octroient à un organe intercantonal le droit de « proposer » des révisions conventionnelles, sans pouvoir les imposer toutefois. Les secondes sont évidemment soumises à un régime distinct que nous avons déjà abordé plus haut (*supra* N 822)¹⁷⁴.

1097

III. La dénonciation des conventions organisatrices régionales

Introduction. – Après avoir abordé quelques règles constitutionnelles générales applicables à la conclusion et à la modification des conventions organisatrices régionales, nous devons évidemment nous intéresser, en tout dernier lieu, aux règles constitutionnelles régissant la dénonciation de ces mêmes conventions.

1098

¹⁷¹ Dans ce sens, UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 22, lesquels envisagent que certaines modifications conventionnelles puissent décidées par un organe intercantonal, pour autant que les gouvernements des cantons concernés jouissent du droit de dénoncer la convention révisée avant que les modifications n'entrent en vigueur, selon une sorte de procédure d'*opting out*.

¹⁷² Dans ce sens également, UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 22.

¹⁷³ DOMINICÉ (1969), N 89.

¹⁷⁴ Cf. UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 21, pour un exemple intercantonal, art. 15 IKAPOL selon lequel « [s]i un canton le demande, la CCDJP engage une révision totale ou partielle de cette convention » et « [l]a modification entre en vigueur dès que tous les cantons ont donné leur accord »; aussi art. 4 al. 2 let. a AIMP, selon lequel la DTAP est compétente pour « modifier le présent accord, sous réserve de l'approbation des cantons parties ».

Le fait est que la procédure de dénonciation d'une convention se distingue de celle de sa conclusion et de sa modification par le fait qu'elle représente une procédure qui aboutit à un acte unilatéral par lequel un canton ou une commune exprime – par l'intermédiaire de son autorité exécutive – sa volonté de ne plus être lié à la convention en question. Par essence, elle ne nécessite pas forcément l'accord concordant des parties, contrairement à une éventuelle procédure de modification ou d'abrogation de la convention¹⁷⁵.

En l'occurrence, après avoir répondu à la question de savoir si le législateur – qu'il soit fédéral ou cantonal – peut proscrire l'engagement d'une telle procédure unilatérale, voire s'il est possible pour les cantons ou les communes de renoncer par avance à toute procédure de dénonciation lors de la conclusion d'une convention (A), nous nous demanderons si la déclaration de dénonciation peut devoir respecter certaines conditions formelles ou matérielles (B) et/ou si elle doit faire l'objet, à l'instar de la procédure d'adoption et de révision d'une convention organisatrice régionale, d'une procédure d'approbation parlementaire ou populaire (C).

A. Le droit de dénoncer les conventions organisatrices régionales

1099 *La problématique.* – À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est encore jamais prononcée expressément sur la question de savoir s'il était possible d'exclure la dénonciation d'une convention organisatrice intercantonale ou intercommunale. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a tout au plus souligné que les règles intercommunales qui limitaient le droit de sortie d'un syndicat de communes devaient être acceptées par chaque commune-membre (sur cette jurisprudence, *supra* N 315) et qu'il existait pour les cantons un droit de dénoncer les conventions normatives qu'ils avaient conclues – même celles de nature mixte *a priori* – en l'absence de réglementation conventionnelle ou fédérale sur le sujet (sur cette jurisprudence, *supra* N 298).

Les deux jurisprudences fédérales précitées ne résolvent donc pas la question de savoir si le législateur fédéral ou le législateur cantonal peut interdire la dénonciation des conventions organisatrices intercantionales, respectivement intercommunales, ni celle de savoir si une convention régionale peut prévoir sa « non-dénonçabilité » par les cantons (1) ou par les communes (2) qui y sont parties.

¹⁷⁵ Pour des exemples, art. 40 C-AS-SO et art. 24 V-BVG-Aufsicht Ostschweiz.

1. Le droit de dénoncer les conventions intercommunales

Une interdiction de dénoncer fondée sur une loi cantonale ? – Comme nous l'avons vu en deuxième partie de thèse, l'autonomie communale représente une institution juridique que le législateur cantonal peut en principe modeler à sa convenance. À notre connaissance, celui-ci ne s'est cependant jamais risqué à interdire le droit de dénonciation des communes (sur la réglementation, *infra* N 316 et 1108 s.). Il faut dire qu'une norme légale de droit cantonal qui interdirait la dénonciation des conventions organisatrices intercommunales se heurterait au droit constitutionnel cantonal. Un droit de dénonciation peut en effet être déduit directement de l'autonomie communale et de la liberté d'association intercommunale qui sont garanties par les constitutions cantonales (*supra* N 317). 1100

Rappelons aussi qu'il est contraire au principe même de l'autonomie communale qu'un canton impose à une commune l'adhésion à une association intercommunale sans pouvoir justifier celle-ci par des motifs valables et suffisants (*supra* N 314). Le problème est qu'une réglementation cantonale infraconstitutionnelle qui empêcherait la dénonciation d'une convention intercommunale pourrait précisément avoir pour effet de contraindre une ou plusieurs communes à poursuivre une collaboration intercommunale, ce même lorsqu'il n'existerait pas de motifs suffisants pour justifier une collaboration forcée. Autrement dit, une interdiction de dénoncer une convention intercommunale pourrait constituer, sous cet angle-là aussi, une obligation de coopérer peu respectueuse du droit constitutionnel¹⁷⁶.

Le cas particulier des conférences régionales bernoises. – Le législateur bernois semble certes exclure – de façon implicite – qu'une commune puisse se retirer de manière unilatérale d'une conférence régionale à laquelle elle appartiendrait¹⁷⁷. Il peut toutefois se prévaloir ici d'une base constitutionnelle cantonale disposant qu'il appartient à la législation cantonale de fixer « les tâches et le périmètre » de ces corporations intercommunales¹⁷⁸.

Une interdiction de dénoncer prévue conventionnellement ? – Les conventions organisatrices intercommunales ne peuvent pas non plus contenir de 1101

¹⁷⁶ Sur les différentes formes que peut prendre l'obligation de collaborer, voir REGIERUNGSRAT ZH (2013), p. 155, lequel y inclut, notamment, l'interdiction de dénoncer une convention (« Austrittsverbot »); voir aussi BSK BV-MEYER (2015), N 24 ad art. 50 Cst., qui souligne que la réglementation cantonale touchant à l'autonomie communale doit être « insgesamt verfassungsgemäss »; dans un sens comparable, AUER (2016), N 435.

¹⁷⁷ Voir art. 141 et 142 LCo BE, lesquels n'envisagent de droit de sortie que pour les tâches déléguées de manière facultative par les communes à la conférence régionale, et non pour celles qui incombent selon le droit cantonal directement aux conférences régionales dès lors qu'elles ont été créées; aussi l'art. 5 al. 3 let. e OROCR BE.

¹⁷⁸ Art. 110a al. 2 ConstC BE.

clauses qui interdiraient aux communes de se prévaloir de leur droit de dénonciation à leur propos. Il existe à ce sujet à une opinion doctrinale générale – qui a déjà été reprise « en passant » par le Tribunal fédéral – selon laquelle la sortie d'une association de communes ne peut en principe pas être refusée (« *der Austritt könne einer Verbandsgemeinde grundsätzlich nicht verweigert werden* »)¹⁷⁹.

Il faut bien reconnaître qu'une interdiction du droit de dénoncer fondée sur une norme intercommunale heurterait le principe d'autonomie communale de la même manière qu'une réglementation cantonale infraconstitutionnelle. En effet, la question de la « dénonçabilité » des conventions organisatrices intercommunales représente un élément central de l'autonomie communale. C'est d'ailleurs pour cela qu'une commune ne peut pas céder valablement à un organe intercommunal le pouvoir de régler seul les modalités de son droit de sortie (*supra* N 1093). À partir de là, en suivant un raisonnement *a majore ad minus*, on voit mal comment elle pourrait renoncer à son droit de sortie en consentant à une disposition intercommunale en ce sens sans risquer de violer l'interdiction de « *Selbstpreisgabe* ».

Ajoutons enfin qu'une commune ne peut se décharger de son devoir d'exécuter une tâche en aliénant de manière perpétuelle ses prérogatives dans ce domaine¹⁸⁰. Elle reste responsable de l'exécution de ses tâches et doit surveiller celle-ci, étant entendu que la dénonciation de la convention dans un délai raisonnable peut constituer une sanction nécessaire en cas de mauvaise exécution de la tâche sous une forme régionale (voir aussi, sur la question, *supra* N 657)¹⁸¹.

¹⁷⁹ ATF 113 Ia 341, consid. 4c; voir THALMANN (2002), N 4.11 ad § 7 GG ZH; STÖCKLI (1989), p. 71; SCHENKER (1986), p. 303; TREPP (1975), p. 177; SCHELLENBERG (1975), p. 72. Si les auteurs de doctrine considèrent par-là assurément qu'une exclusion du droit de sortie – c'est-à-dire du droit de dénonciation – ne peut être prévue à un niveau intercommunal, il est plus difficile de savoir s'ils considèrent également que l'introduction d'une telle exclusion est également impossible si une loi cantonale permet cette dernière ou l'impose.

¹⁸⁰ D'ailleurs, une éventuelle renonciation se révèle peut compatible avec la règle jurisprudentielle générale selon laquelle aucun contrat ne peut être conclu, respectivement maintenu, de manière « perpétuelle », étant précisé qu'une telle règle vaut en particulier pour les contrats de droit public conformément au principe de l'« inaliénabilité de la puissance publique » (cf. ATF 127 II 69, consid. 4 et 5; Tribunal administratif BE, arrêt du 22 octobre 2009, consid. 6.3, in: JAB 2010, p. 66; Verwaltungsgericht GR, arrêt U 01 80 du 2 juillet 2002, consid. 2b, in: PVG 2002, p. 160).

¹⁸¹ Dans ce sens, voir art. 45 al. 1 GG LU: « *Überträgt die Gemeinde Aufgaben einem externen Leistungserbringer, bleibt sie Aufgabenträgerin. Sie überwacht die Aufgabenerfüllung und trägt die Gesamtverantwortung. Sie stellt sicher, dass sie die übertragenen Aufgaben nach Ablauf einer angemessenen Frist wieder selber ausführen oder sie einem anderen externen Leistungserbringer zur Ausführung übertragen kann* »; aussi REGIERUNGSRAT LU (2003), p. 64.

Conclusion. – Vu ce qui précède, si l'on excepte les cas où elle s'avérerait 1102
contrainte de collaborer ou de poursuivre une collaboration déterminée en application d'une loi spéciale ou d'une décision cantonale reposant sur une base constitutionnelle, une commune jouit en principe d'un droit absolu de dénoncer les conventions organisatrices régionales auxquelles elle est partie¹⁸². En l'absence de règle constitutionnelle qui l'y autorise, un canton ne peut donc pas exclure de manière générale le droit d'une commune de dénoncer de telles conventions en adoptant une règle de droit cantonal infraconstitutionnelle, tout comme une commune ne peut pas renoncer à l'exercice d'une telle prérogative par le truchement d'une clause conventionnelle en ce sens.

2. Le droit de dénoncer les conventions intercantionales

Une interdiction de dénoncer fondée sur une loi fédérale ? – Le droit des cantons de dénoncer les conventions organisatrices auxquelles ils ont adhéré doit 1103
bénéficier d'une protection constitutionnelle au moins aussi forte que celui des communes, si ce n'est plus (sur la question, *supra* N 276). Dès lors, selon un raisonnement *a fortiori*, il faut admettre qu'il n'est pas loisible au législateur fédéral d'interdire la dénonciation des conventions intercantionales. Un droit de résiliation est tout au plus suspendu pendant la durée d'une éventuelle déclaration de force générale prononcée par les Chambres fédérales en application de l'art. 48a Cst.¹⁸³.

Cette opinion semble partagée par les autorités fédérales. Le Conseil fédéral considère en tout cas qu'« il ne peut pas y avoir d'obligation de collaborer "éternellement" » pour les cantons¹⁸⁴. On peut penser que les Chambres fédérales étaient parties de cette même prémisse lorsqu'elles ont adopté l'art. 13 let. e PFCC. Cette disposition de droit fédéral charge en effet les cantons d'élaborer des règles intercantionales sur la procédure de dénonciation des conventions intercantionales soumises à l'ACI.

Une interdiction de dénoncer prévue conventionnellement ? – Aux termes 1104
de l'art. 17 al. 1 ACI que les cantons ont adopté sur la base du mandat que leur

¹⁸² Cf., entre autres, art. 127 al. 2 LCo FR et 127 al. 3 LCo VS, qui illustrent parfaitement cette exception; aussi art. 53 al. 1 GG LU et VLG LU (2006/II), p. 4: « *Die Statuten können den Austritt der Verbandsgemeinden aus dem Gemeindeverband nur aufgrund einer besonderen gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht (...) dauerhaft ausschliessen* ».

¹⁸³ ORGANISATION DE PROJET RPT (1999/II), p. 34; aussi BSK BV-WALDMANN (2015), N 27 ad art. 48a Cst.

¹⁸⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (2002/III), p. 2342; aussi BSK BV-WALDMANN (2015), N 27 ad art. 48a Cst.; SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 47 ad art. 48a Cst., lesquels y verraient une délégation définitive de compétences contraire à la Constitution fédérale.

avaient donné les Chambres fédérales, « [la] procédure de sortie ainsi que les conditions de sortie, y compris un éventuel droit du canton sortant à une indemnité, sont à régler dans les conventions intercantionales concernées »¹⁸⁵. Autrement dit, au sens de l'ACI, les cantons ne peuvent pas renoncer à leur droit de dénonciation par le biais d'une clause conventionnelle en ce sens lorsqu'ils concluent des conventions organisatrices soumises à cette convention-cadre. La question reste de savoir s'ils peuvent le faire lorsqu'ils adoptent d'autres conventions organisatrices intercantionales.

De prime abord et sans examen approfondi, l'on pourrait être tenté de répondre à la question qui précède par l'affirmative. En tout cas, l'art. 56 CV – qui pourrait valoir comme droit coutumier supplétif – pose le principe de base selon lequel un traité international n'est pas dénonçable par un État qui, en le concluant, aurait renoncé, de manière explicite ou implicite, à la faculté de se départir de ses engagements.

Il est d'ailleurs déjà arrivé que des cantons consentent à se départir du droit de dénoncer les conventions organisatrices auxquelles ils adhéraient. L'art. 20 V-Bostadel BS/ZG dispose par exemple que la convention fondant l'établissement pénitentiaire intercantonal de Bostadel ne peut être résiliée que si les cantons de Bâle-Ville et de Zoug s'accordent sur ce point (« *im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst* »), une dénonciation unilatérale de la relation conventionnelle étant exclue (« *[e]ine einseitige Kündigung ist ausgeschlossen* »). Le canton de Bâle-Ville est aussi lié avec le canton de Bâle-Campagne par une clause conventionnelle similaire en ce qui concerne l'exploitation de la *Motorfahrzeug-Prüfstation beider Basel*¹⁸⁶.

1105

Critique. – Avant d'appliquer « mécaniquement » un principe coutumier du droit international aux relations intercantionales, il convient toutefois de se demander s'il est véritablement adapté à la spécificité de l'ordre constitutionnel suisse. Et ce n'est pas le cas en l'occurrence. L'art. 56 CV n'est, à y regarder de plus près, pas transposable à la problématique de la dénonciation des conventions organisatrices intercantionales (sur la « transposabilité » du droit international, *supra* N 117 ss). Son application supposerait de reconnaître – ou de partir du postulat préalable – que les cantons jouissent de la faculté de renoncer, au regard du droit fédéral suisse, à leur droit de dénoncer une convention organisatrice intercantonale. Or, il s'agit précisément d'une question à laquelle il convient de répondre par la négative.

¹⁸⁵ Voir aussi, pour la collaboration régionale transfrontalière, l'art. 4 al. 2 AKCT, lequel « [l]a convention de coopération précise la durée pour laquelle elle est conclue » et « contient une disposition relative aux conditions à remplir pour mettre fin à la coopération ».

¹⁸⁶ Art. 15 V-Prüfstation BS/BL: « *Die Vereinbarung ist unbefristet gültig; sie kann nur im gegenseitigen Einvernehmen der beiden Regierungen aufgelöst werden.* »

À notre avis en effet, le fait, pour un canton, de renoncer au droit de dénoncer une convention organisatrice intercantonale à laquelle il est partie heurterait le droit fédéral, ne serait-ce que parce que le principe démocratique exige que toutes les normes de droit cantonal – même conventionnelles – puissent être révisées un jour conformément à la volonté populaire¹⁸⁷. Surtout, l'irrévocabilité d'un tel engagement intercantonal limiterait l'autonomie constitutionnelle – et en particulier organisationnelle – du canton concerné¹⁸⁸. En touchant à ce qui constitue probablement l'une des facettes du noyau de la souveraineté cantonale, elle serait peu conforme non seulement à l'art. 3 Cst., mais également à l'art. 51 al. 1 Cst., comme l'a déjà laissé entendre le Tribunal fédéral par le passé (sur la question aussi, *supra* N 447)¹⁸⁹.

En fait, les arguments plaçant pour l'intangibilité du droit de dénonciation des cantons sont nombreux. Dans la mesure où une convention organisatrice aurait pour objet l'exécution d'une tâche fédérale, la faculté de se départir d'une convention pourrait encore découler du principe de responsabilité des cantons envers la Confédération. En effet, un canton ne peut pas déléguer irrévocablement l'exécution d'une tâche fédérale sur son territoire à un autre canton ou à une organisation intercantonale sans violer le droit fédéral qui lui a confié une telle tâche¹⁹⁰. Enfin, il paraîtrait incohérent sur le plan juridique de permettre aux cantons de renoncer valablement à leur droit de retrait d'une organisation régionale conventionnelle alors même qu'une telle faculté est proscrite aux communes (sur la question, *supra* N 1102).

Conclusion. – En définitive, il n'est pas possible d'exclure la « dénonçabilité » d'une convention organisatrice intercantonale conclue de manière volontaire, que cela soit par le biais d'une loi fédérale ou par le biais d'une renonciation conventionnelle¹⁹¹. Il est tout au plus possible de tenir compte de l'intérêt

1106

¹⁸⁷ Apparemment aussi, BSK BV-WALDMANN (2015), N 27 ad art. 48a Cst.

¹⁸⁸ Dans ce sens, SIEGRIST (1978), p. 50.

¹⁸⁹ Voir ATF 96 I 636, consid. 5.

¹⁹⁰ Aussi REGIERUNGSRAT AG (2004), p. 4; OFJ (2002), p. 6 s.: « *Neben der Aufsicht innerhalb des Kantons gilt es in diesem Zusammenhang jedoch auch das Verhältnis Kanton – Bund zu beachten, also die zweite Stufe der Aufsicht und die Oberaufsicht. Gegenüber dem Bund sind letztlich die Kantone für das Zivilstandswesen des gesamten Kantons verantwortlich. Sie können sich dieser Verantwortung nicht durch Delegation an einen anderen Kanton entziehen. Müsste der Bund wegen gravierender Mängel in der Führung der Zivilstandsangelegenheiten intervenieren, so müsste der Kanton, der die Aufgabe für bestimmte Gemeinden an den benachbarten Kanton delegiert, die Möglichkeit haben zu reagieren oder dann letztendlich das Konkordat zu kündigen* »; aussi, sur la question en matière intercommunale, *supra* N 1101.

¹⁹¹ ZEHNDER (2007) p. 201; BRUNNER (2000), p. 125 s.; SIEGRIST (1978), p. 50 s. Il est en revanche possible de renoncer provisoirement – pour un temps déterminé – à exercer un droit de dénonciation pourtant reconnu par une convention intercantonale. Il s'agit là d'une modification de la convention de base (cf., pour un exemple, Tribunal fédéral, arrêt 1C_615/2015 du 25 janvier 2016, consid. 3.4).

public à l'émergence d'une collaboration stable par le biais de modalités particulières de dénonciation des conventions intercantionales, comme le fait en principe la pratique (sur la question, *infra* N 1112).

Les quelques clauses conventionnelles qui ne respectent pas le principe qui vient d'être exposé n'ont, à notre sens, aucune portée juridique contraignante.

B. Les modalités d'exercice du droit de dénonciation

1107 *En général.* – S'il faut reconnaître qu'il existe un droit constitutionnel de dénoncer les conventions régionales, l'exercice de ce droit peut évidemment être conditionné au respect de modalités spécifiques. Autrement dit, il est permis de limiter le droit de sortie d'une organisation régionale, tant que ce droit n'est pas supprimé, ni vidé de sa substance.

Cette forme de « restriction » au droit de dénoncer des conventions intercantionales ou intercommunales prendra le plus souvent la forme d'un délai et/ou d'un terme que doit respecter l'éventuelle dénonciation (1). Cependant, il est aussi possible de fixer d'autres conditions à l'exercice du droit de dénoncer (2).

1. Le délai de dénonciation

1108 *Le principe.* – Il est évidemment possible d'exclure la dénonciation « immédiate » d'une convention. À dire vrai, le respect d'un délai apparaît même comme une condition intrinsèque à l'exercice de toute dénonciation. L'obligation de respecter un délai de dénonciation découle de la nature des conventions organisatrices régionales qui s'inscrivent dans une relation de durée, conformément au principe de la bonne foi et de la fidélité contractuelle. Le Tribunal administratif zurichois, appelé à se prononcer sur la dénonciation d'une convention organisatrice intercommunale, a déjà eu l'occasion de retenir que « *[d]ie Wirkungen einer Kündigung treten bei Dauerschuldverhältnissen aber erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist ein, damit der Besonderheit des starken Eingriffes in die Rechtsposition des Vertragspartners bei Dauerschuldverhältnissen Rechnung getragen werden kann* »¹⁹².

La fixation d'un délai de dénonciation est par conséquent permise de manière générale en tant que règle indispensable relative à la sortie d'une association de communes ou de n'importe quelles autres organisations intercommunales ou intercantionales¹⁹³. En l'absence de règle conventionnelle contraire, il faut même partir de l'idée que le respect d'un délai de dénonciation s'impose

¹⁹² Verwaltungsgericht ZH, arrêt VK.2006.00005 du 17 janvier 2008, consid. 4.2.

¹⁹³ Cf., sur la question au niveau intercommunal, SCHENKER (1986), p. 308 s.

de lui-même suivant en cela une application analogique de la règle coutumière de l'art. 56 al. 2 CV qui dispose qu'« [u]ne partie doit notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer un traité ou de s'en retirer ».

L'obligation de mettre en place un régime transitoire. – L'obligation d'annoncer à l'avance la volonté de dénoncer une convention résulte aussi de la nécessité de mettre en place un régime transitoire conforme au principe de la bonne foi, du moins lors de la dénonciation de conventions organisatrices régionales sur lesquelles une partie de la population se serait fondée pour organiser son comportement (p. ex. école intercantonale)¹⁹⁴.

La longueur du délai de dénonciation. – Bien entendu, il est possible de fixer des délais de dénonciation plus courts ou plus longs qu'une année. Le délai de douze mois de l'art. 56 al. 2 CV prévaut uniquement en l'absence de règle contraire. En pratique, il est souvent important de fixer un délai plus long qu'une année, en particulier lorsque les cantons et les communes doivent s'assurer que leurs investissements ne soient pas mis en péril par l'abandon trop rapide d'un projet intercantonal ou intercommunal.

1109

C'est ainsi que le droit neuchâtelois et le droit valaisan disposent que le règlement général d'un syndicat de communes peut restreindre le droit de dénoncer l'accord intercommunal « pendant un certain délai » à partir de la constitution de l'organisation intercommunale¹⁹⁵. C'est probablement le droit jurassien – inspiré du droit bernois à l'époque de son adoption – qui contient la réglementation la plus détaillée. Selon l'art. 130 LCom JU, il est possible d'exclure toute sortie d'un syndicat de communes « pour un temps déterminé assez long », étant précisé qu'en l'absence de réglementation intercommunale contraire, la dénonciation doit être remise au syndicat deux ans au minimum avant le jour de sortie désiré.

La longueur du délai de dénonciation : suite. – La fixation de délais de plusieurs années est assurément admissible en matière de réglementation du délai de sortie d'une organisation régionale conventionnelle¹⁹⁶. Les autorités disposent en la matière d'un pouvoir d'appréciation. Il est néanmoins rappelé que la fixation d'un délai de dénonciation relativement long représente un élément important lorsqu'il s'agit d'examiner non seulement la nécessité d'une approbation parlementaire, mais également lorsqu'il convient d'apprécier la constitu-

1110

¹⁹⁴ Voir, notamment, sur la question de l'obligation de mettre en place un délai transitoire, ATF 134 I 23, consid. 7.6.1; aussi SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 22 ad art. 48 Cst., et UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 28.

¹⁹⁵ Art. 83 LCo NE ainsi qu'art. 127 al. 1 LCo VS.

¹⁹⁶ Cf. BRUNNER (2000), p. 126; aussi *a fortiori* art. 15 al. 5 PFCC qui prévoit que les cantons ne peuvent demander la levée de l'obligation d'adhérer prononcée par les Chambres fédérales avant cinq ans.

tionnalité d'une organisation régionale conventionnelle (sur la question, *supra* N 646) ou l'obligation de soumettre une convention organisatrice intercantonale à référendum obligatoire au niveau cantonal (sur la question, *supra* N 465 et 1070).

1111 *L'interdiction des délais excessifs.* – La fixation de délais de dénonciation « assez longs » est envisageable. Celle de délais de dénonciation « trop longs » ne l'est en revanche pas. De tels délais s'assimileraient de fait à des exclusions anticonstitutionnelles du droit de dénoncer¹⁹⁷.

La question reste de déterminer quand un délai passerait pour « trop long » ou « absolument inapproprié »¹⁹⁸. Il semble à cet égard impossible de s'inspirer de la pratique intercommunale, laquelle a développé des délais de dénonciation manifestement exagérés. Il arrive que la sortie d'une association de communes ne soit pas possible avant un délai initial de trente, voire cinquante ans. La doctrine s'est toujours montrée méfiante par rapport à de tels délais qui reviennent à exclure *de facto* le droit de sortie des communes¹⁹⁹.

Il semble en revanche possible de faire un parallèle entre la problématique du délai de dénonciation des conventions organisatrices régionales à celle de l'interdiction de l'engagement contractuel excessif prévue à l'art. 27 CC, en application duquel des engagements contractuels de plus d'une dizaine d'années peuvent s'avérer problématiques²⁰⁰. Il semble aussi possible de s'inspirer de l'art. 14 al. 4 PFCC qui limite l'effet d'une déclaration de force obligatoire d'une convention intercantonale – c'est-à-dire l'obligation de collaborer dans un domaine donné – à vingt-cinq ans au maximum²⁰¹.

1112 *Vers un délai maximal de dix ans ?* – Vu ce qui précède, la fixation d'un délai maximal absolu se situant aux alentours d'une dizaine ou d'une quinzaine d'année apparaît assez séduisante sur le plan juridique. Cela correspondrait d'ailleurs à une conception assez répandue²⁰².

¹⁹⁷ Voir déjà et aussi FONDATION CH (1973), p. 858.

¹⁹⁸ Voir art. 45 al. 1 GG LU, selon lequel la commune doit s'assurer qu'elle peut dénoncer les conventions qui la lient « *nach Ablauf einer angemessenen Frist* » afin qu'elle puisse le cas échéant remplir elle-même la tâche déléguée ou procéder à une autre délégation; voir aussi Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 22 ad art. 23 Cst. ZH, qui admet, en matière intercantonale, un délai de dénonciation « très long », sans préciser le délai maximal.

¹⁹⁹ Cf. notamment SCHENKER (1986), p. 307 s.; GRÜTER (1973), p. 119; aussi COUR DES COMPTES VD (2016), p. 26 s.

²⁰⁰ SIEGRIST (1978), p. 5; voir ATF 128 III 428, consid. 4; ATF 114 II 159, consid. 2; ATF 93 II 300.

²⁰¹ Voir aussi ZEHNDER (2007) p. 201, qui part de l'idée que le délai de 25 ans susmentionné fixé par la PFCC constitue une limite maximale en matière intercantonale.

²⁰² Voir pour l'idée, finalement abandonnée, de codifier un tel délai dans la LC VD, CONSEIL D'ÉTAT VD (1975), p. 175 s.

Lors de l'élaboration du projet de convention portant création de l'Hôpital Riviera-Chablais (C-HIRC VD/VS), la commission interparlementaire consultative valdo-valaisanne jugeait que le délai de dénonciation de cinq ans, tel qu'envisagé, était « très court ». À l'inverse, dans son modèle de statut d'association de communes, l'association des communes lucernoises reconnaît elle-même que des délais dénonciation de dix ans représentent déjà de « *sehr lange Kündigungsfristen* » qui doivent se justifier par des motifs objectifs importants²⁰³.

À notre connaissance, la pratique intercantonale n'est pour l'heure allée que très rarement au-delà d'une limite de dix ans²⁰⁴. De telles exceptions ne semblent pas se justifier, car un délai de quelques années permet déjà d'opérer les adaptations législatives ou conventionnelles nécessaires en cas de résiliation de la convention de la part d'un des cantons partenaires²⁰⁵.

L'inconstitutionnalité du délai prévu par la K-Polizeischule Hitzkirch. – On doutera ainsi de la validité juridique de la clause contenue à l'art. 44 al. 1 K-Polizeischule Hitzkirch selon laquelle les cantons parties ne peuvent résilier la convention qui les lient et qu'ils ont conclue le 25 juin 2003 avant le 31 décembre 2035.

2. Les autres conditions au droit de dénonciation

L'exigence de motifs de dénonciation suffisants. – En pratique, il est fréquent que l'on exclue la dénonciation d'une convention organisatrice régionale lorsque la résiliation des engagements pris menace grandement les intérêts des parties à la convention, voire lorsque la partie qui désire dénoncer la convention ne peut se prévaloir de justes motifs pour le faire. Le droit cantonal prévoit en tout cas régulièrement de telles restrictions au droit de dénoncer en matière de collaborations intercommunales. Prenons l'exemple de l'art. 129 LCom JU qui dispose qu'« [u]ne commune peut démissionner du syndicat si le maintien de ce

1113

²⁰³ VERBAND LUZERNER GEMEINDEN (2006/II), p. 4.

²⁰⁴ Art. 14 V-Wirtschaftsdelikte (six mois pour la fin d'une année civile); art. 7 al. 2 C-Surveillance LPP BE/FR, art. 11 V-Hallwilersee LU/AG et art. 13 C-Police Suisse romande (une année pour la fin d'une année civile); art. 49 al. 1 CEDA et art. 23 al. 1 V-BVG-Aufsicht Ostschweiz (deux ans pour la fin d'une année civile); art. 44 C-HEP-BEJUNE et art. 15 V-Rheinschiffahrt (trois ans pour le début d'une année scolaire, pour la fin d'une année civile); art. 61 C-HES-SO et art. 62 C-HE-ARC (quatre ans pour le début d'une année académique); art. 11 aV-Wirtschaftsdelikte (trois ans pour la fin d'une année civile, mais au plus tôt après six ans); : art. 38 al. 2 Staatsvertrag FHNW et art. 47 al. 2 V-Unibas (pour la fin d'un exercice pluriannuel de trois ans en général, mais au plus tôt après deux exercices pluriannuels, soit environ 6 ans); art. 16 al. 2 IKAPOL, art. 15 aK-Psychiatrie UR/SZ/ZG et art. 50 al. 2 Rheinhafen-Vertrag (deux ans, respectivement trois ans pour la fin d'une année, mais au plus tôt après dix ans depuis l'entrée en vigueur de la convention).

²⁰⁵ Dans ce sens, à propos de la suffisance d'un délai de trois ans, CIIP (2007), p. 32.

dernier par les communes restantes ne s'en trouve pas rendu trop difficile » et qu'« il en est de même si tous les services qu'accomplit le syndicat ont perdu leur sens pour la commune sortante ou s'ils peuvent être accomplis d'une manière plus judicieuse sans le syndicat ».

1114

La constitutionnalité d'une telle exigence. – La doctrine semble considérer qu'il est admissible de conditionner le droit de dénonciation à l'existence de motifs de dénonciation suffisants ou justifiés²⁰⁶. Il l'est assurément si une telle exigence n'empêche pas une dénonciation « ordinaire » dans un délai approprié, par exemple si l'existence de justes motifs est uniquement requise en cas de dénonciation anticipée, c'est-à-dire en dehors du délai convenu²⁰⁷.

Une question plus délicate est de savoir s'il est constitutionnel d'adopter une règle selon laquelle une dénonciation, pour être valable, doit *toujours* reposer sur des justes motifs ou ne contrevenir à aucun intérêt prépondérant. Nous en doutons sérieusement. Le problème est qu'une telle réglementation risquerait de conduire à l'exclusion pure et simple du droit de dénonciation et au fait qu'une collectivité puisse se voir contrainte de continuer à collaborer contre sa volonté.

Remarquons d'ailleurs qu'au sens du droit cantonal, la contestation d'une déclaration de sortie d'une organisation intercommunale prétendument « inopportune » ou « mal fondée » ne consiste en principe pas en une remise en cause de la validité de la dénonciation qui serait opérée par une commune. En cas de contestation, il appartient généralement au canton d'obliger la commune sortante à « réadhérer » – ou de l'obliger à maintenir son adhésion – à la convention organisatrice régionale résiliée, comme l'y autorise généralement la constitution cantonale, le cas échéant en refusant d'approuver la dénonciation pour des motifs d'intérêts publics²⁰⁸.

L'exemple des droits jurassien et valaisan. – Pour reprendre l'exemple du droit jurassien mentionné ci-avant, la sortie d'une association de communes ne peut se faire que dans les limites des prescriptions imposées par la loi et la convention intercommunale, une éventuelle sortie devant en plus se faire « avec le consentement du Gouvernement [jurassien] »²⁰⁹. Cela signifie concrètement que ce sera bien l'éventuel refus de consentement du Gouvernement qui empêchera la sortie, le Gouvernement pouvant alors procéder à une pesée des intérêts en présence. La réglementation est similaire à celle prévue par le législateur valaisan : à la demande de l'association, le Conseil d'État valaisan peut contraindre une commune à demeurer au sein de l'association lorsqu'une sortie de celle-ci

²⁰⁶ Voir notamment SCHENKER (1986), p. 306 s.

²⁰⁷ Voir, pour un exemple, art. 44 al. 2 K-Polizeischule Hitzkirch, étant précisé que le délai ordinaire est, en l'espèce, probablement trop long (*supra* N 1112).

²⁰⁸ Voir aussi STÖCKLI (1989), p. 71.

²⁰⁹ Art. 130 al. 3 LCom JU.

menace l'exécution d'une tâche publique²¹⁰. D'autres cantons connaissent des règles semblables²¹¹.

La portée et l'application d'une telle règle. – Quoi qu'il en soit, une autorité appelée à se prononcer sur la validité d'une dénonciation prétendument « injustifiée » devrait considérer qu'il n'existe pas de droit de dénonciation immédiat, mais, le cas échéant, un droit de dénonciation dans un délai raisonnable et/ou contre paiement d'une indemnité équitable²¹². En effet, il est possible d'éviter des éventuelles dénonciations inopportunes ou dénuées de justes motifs – ou d'en atténuer les effets – par la fixation d'un délai de dénonciation approprié ou dans le cadre de la résolution du litige financier qui peut en résulter. 1115

Les autres conditions. – La question de savoir si – et dans quelle mesure – l'exercice du droit de dénonciation peut être soumis à d'autres conditions suit logiquement un raisonnement similaire. Par exemple, le paiement d'une indemnité est en principe admissible, mais ne doit pas conduire à l'exclusion *de facto* de toute faculté de dénonciation pour un terme raisonnable²¹³. 1116

Enfin, il est possible de prévoir qu'une dénonciation « avant terme » ou anticipée nécessite, pour être valable, l'accord des collectivités partenaires ou celui d'un organe régional, mais il n'est pas possible de conditionner « toute » dénonciation à un tel consentement²¹⁴.

C. La procédure de dénonciation

La problématique. – La communication de la dénonciation d'une convention organisatrice régionale relève toujours de la compétence de l'autorité exécutive 1117

²¹⁰ Art. 127 al. 3 LCo VS

²¹¹ Voir art. 127 LCo FR en lien avec l'art. 110 LCo FR; aussi, pour un excellent exemple, art. 82 al. 1 GG AG.

²¹² Voir, pour un exemple, Verwaltungsgericht ZH, arrêt VK.2006.00005 du 17 janvier 2008, consid. 4.2. À vrai dire, le problème ne devrait pas réellement se poser en pratique, car la portée normative réelle de telles règles de dénonciation sera de toute manière limitée compte tenu du fait qu'elles présupposent l'application de normes juridiques indéterminées à une situation complexe qui relève essentiellement de considérations politiques (cf. THALMANN [2002], p. N 4.11 ad § 7 GG ZH; voir, pour un exemple, Regierungsrat ZH, décision RRB 1649 du 26 avril 1978, in: ZBl 1978, p. 351 par lequel le gouvernement zurichois approuve la sortie d'une commune d'un syndicat du simple fait qu'elle désire faire partie d'un autre syndicat au sein duquel elle paiera moins de contributions financières, alors que le statut du syndicat prévoyait que la sortie ne pouvait se faire que si tous les services qu'accomplissait le syndicat avaient perdu leur sens pour la commune sortante.

²¹³ Dans le même sens, ZEHNDER (2007) p. 201.

²¹⁴ Apparemment dans ce sens, STÖCKLI (1989), p. 71 s.

cantonale ou communale puisque celle-ci représente le canton ou la commune qui entend se désengager²¹⁵.

Cela ne signifie toutefois pas que le parlement ou le corps électoral cantonal ou communal ne peut pas être appelé à participer à la décision politique que constitue la dénonciation d'une convention organisatrice régionale. On peut tout d'abord imaginer qu'une dénonciation ne puisse être communiquée qu'après avoir été approuvée, dans son principe, par le législatif (1), voire par le corps électoral cantonal ou communal par le biais d'une procédure de référendum (2). Il est aussi possible que ces deux organes politiques décident d'initier eux-mêmes une procédure de dénonciation (3).

1. L'approbation du législatif

1118 *Le principe.* – Avant de procéder à la dénonciation d'une convention, l'exécutif doit en principe soumettre son projet à l'approbation du législatif lorsque celui-ci en avait approuvé la conclusion²¹⁶. Nous avons déjà traité cette question en deuxième partie de thèse (*supra* N 409 ss et 419). Le droit cantonal exprime régulièrement ce principe qui prévaut également en matière d'organisation régionale conventionnelle, ce tant au niveau intercantonal qu'au niveau intercommunal. C'est ainsi que les droits genevois et fribourgeois – comme d'autres droits cantonaux – prévoient que la sortie ou le retrait d'une association de communes doit être décidée par le législatif communal²¹⁷.

1119 *L'exception.* – Un exécutif cantonal ou communal jouit évidemment de la compétence de dénoncer seul une convention organisatrice régionale, pourtant approuvée par le législatif, lorsque l'acte d'approbation de cette convention contient une disposition lui octroie une telle prérogative par avance²¹⁸. Le principe du parallélisme des formes ne s'applique pas, en effet, lorsqu'une norme y déroge expressément, comme le rappelle parfaitement l'art. 4 al. 1 LConv FR

²¹⁵ Cf. COMM. PARL. LCONV FR (2009), p. 1364. Dans le même sens, mais au niveau fédéral, cf. BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 552 et 559.

²¹⁶ En matière intercantonale, dans les cantons romands, il n'existerait cependant pas d'obligation de mettre en place une commission interparlementaire consultative. En tout cas, les gouvernements cantonaux partent de l'idée que la CoParl s'applique certes en cas de procédure d'abrogation d'une convention intercantonale, mais pas en cas de dénonciation de celle-ci (cf. CGSO [2004], p. 2). Autrement dit, elle s'applique éventuellement en cas de procédure de dissolution consensuelle de l'organisation intercantonale, mais pas quand un canton déciderait de sortir de manière unilatérale d'une organisation intercantonale.

²¹⁷ Art. 30 al. 1 let. u LAC GE; 10 al. 1 let. n LCo FR; aussi art. 20 al. 2 let. n GG AG; art. 26 al. 1 let. k GG SH.

²¹⁸ Expressément JCE BE (2000), point 3.3 du module 3.

qui prévoit que « [l]e Grand Conseil [fribourgeois] approuve l'adhésion du canton aux conventions ou leur dénonciation, sauf délégation opérée par la présente loi ou par la législation spéciale ».

Les conséquences en cas de vices. – La dénonciation donnée par un exécutif sans approbation du législatif alors que celle-ci aurait été nécessaire est en principe valable. Une solution différente prévaut uniquement, selon une application analogique de l'art. 46 CV, dans les rares cas où les cantons et les communes partenaires auraient pu facilement reconnaître l'erreur commise par l'exécutif (sur l'art. 46 CV, *supra* N 1056 ss)²¹⁹.

1120

S'il peut paraître sévère, un tel principe ne trouvera finalement application, en pratique, que dans les situations où les collectivités partenaires ne souhaitent plus poursuivre la collaboration régionale. Dans les autres cas, il appartient au législatif de la collectivité ayant dénoncé la convention de demander à l'autorité exécutive de lui soumettre au plus vite la question de la dénonciation. S'il refuse d'approuver après coup la dénonciation donnée et que les autres collectivités désirent continuer la collaboration sous sa forme actuelle, il faut à notre sens considérer que la convention est « renouvelée » par actes concluants (sur la conclusion d'une convention par actes concluants, *supra* N 1039).

2. La soumission à référendum

La réglementation cantonale. – Il n'existe la plupart du temps aucune réglementation qui réponde clairement à la question de savoir s'il convient d'organiser une votation populaire avant de procéder à la dénonciation d'une convention organisatrice régionale. Il est en effet plutôt rare que le droit cantonal envisage une procédure de référendum – facultatif ou obligatoire – sur la question de la dénonciation d'une convention intercantonale ou intercommunale.

1121

L'exemple des droits grison, jurassien et bernois. – La constitution cantonale grisonne prévoit expressément que la dénonciation de conventions intercantionales est soumise à référendum obligatoire ou facultatif selon que le contenu de la convention est de rang constitutionnel ou de rang législatif²²⁰. On peut aussi se demander si le droit cantonal ne prévoit pas un droit de référendum obligatoire lorsqu'il dispose – comme les droits cantonaux bernois et jurassien²²¹ – qu'il appartient au corps électoral de se prononcer sur

²¹⁹ Dans le sens d'une application analogique de l'art. 46 CV au vice de procédure lors de la dénonciation d'une convention internationale par le Conseil fédéral, voir BLUM/NAEGELI/PE-TERS (2013), p. 561 s.

²²⁰ Voir art. 16, ch. 2, et 17, al. 1 ch. 2, Cst. GR.

²²¹ Art. 132 al. 1 LCo BE et art. 174 al. 1 let. d LCom JU.

l'« *affiliation* » de la commune à un syndicat de communes²²². Notons toutefois que le texte français de l'art. 132 LCo BE, sur lequel le droit jurassien s'est calqué, est probablement une traduction peu heureuse du terme « *Beitritt* » (« adhésion ») utilisé dans la version en langue allemande de la loi.

1122

Une votation déduite du droit de « référendum conventionnel » ? – On peut légitimement douter qu'une votation populaire portant sur un éventuel processus de dénonciation doive avoir lieu en application des normes cantonales réglant le référendum en matière intercantonale et en matière intercommunale. En effet, le droit cantonal limite en principe l'objet de ce référendum à des *actes conventionnels* tels que la conclusion ou la modification de conventions, étant précisé que la dénonciation représente un *acte unilatéral* généralement pris en conformité avec la convention concernée et prévue par elle²²³. Une interprétation restrictive du droit de référendum conventionnel convainc tout particulièrement dans les cantons où le droit cantonal propose une initiative en vue de la dénonciation de conventions intercantionales. Dans ces cantons, l'absence de référendum portant sur la question d'une éventuelle dénonciation peut apparaître comme un silence qualifié en suivant une interprétation systématique du droit cantonal.

En tous les cas, dans la mesure où le droit cantonal règle généralement l'objet des droits politiques cantonaux de manière détaillée, notamment en matière conventionnelle, il paraît difficile de déduire, sur la seule base du principe du parallélisme des formes, un droit de référendum – obligatoire ou facultatif – portant sur la question de la dénonciation d'une convention intercantonale (voir aussi, sur la question, *supra* N 385)²²⁴.

1123

Les cas de référendum facultatif. – Il n'en demeure pas moins que la décision de dénoncer une convention organisatrice régionale pourrait devoir faire l'objet d'un scrutin populaire sur une autre base juridique que celle du référendum conventionnel. En effet, l'acte adopté par le législatif afin d'approuver la dénonciation d'une convention représentera peut-être, en lui-même, un objet soumis à référendum au sens du droit cantonal. Cette situation se produira très

²²² Dans le même sens, mais à propos du droit cantonal saint-gallois qui prévoit que le parlement communal décide de la « *Mitgliedschaft bei Gemeindeverbänden und Zweckverbänden* », cf. art. 61 al. 1 let. e GG SG et ARTA (1990), p. 349.

²²³ Dans le même sens, DUBACH (2004), ad art. 53 Cst. SH, p. 162 s.; aussi GRISEL (2004), N 972, qui laisse ouverte la question « délicate » de l'obligation de soumettre à référendum la dénonciation d'une convention intercantonale.

²²⁴ Du même avis au niveau fédéral, HANGARTNER/KLEY (2000), N 1099; apparemment aussi SG Komm. BV-THÜRER/DIGGELMANN (2014), N 30 ad art. 140 Cst.; d'un autre avis au niveau cantonal, SG Komm. BV-SCHWEIZER/ABDERHALDEN (2014), N 21 ad art. 48 Cst., et Komm. KV ZH-SCHUHMACHER (2007), N 25 ad art. 32 Cst. ZH.; aussi d'un autre avis au niveau fédéral, BSK BV-EPINEY/DIEZIG (2015), N 21 ad art. 140 Cst. et N 24 ad art. 141 Cst.

souvent au niveau communal dans la mesure où le droit cantonal ou communal confère un champ d'application matériel assez large au droit de référendum facultatif (voir sur la question *supra* N 1063). Elle pourra également se produire au niveau cantonal dans la mesure où l'abrogation de la loi ou du décret d'approbation représente un acte soumis à référendum facultatif²²⁵.

L'exemple des droits fribourgeois et vaudois. – La solution est expressément prévue en droit fribourgeois. Selon l'art. 13 al. 3 et 4 LConv FR, l'acte par lequel le Grand Conseil approuve l'adhésion à une convention ou la dénonce revêt la forme d'une loi si la convention contient des règles de droit – ce qui est le cas d'une convention organisatrice intercantonale – étant précisé que cet acte est soumis à l'exercice des droits politiques conformément aux règles ordinaires en la matière. Une telle solution devrait également prévaloir en droit vaudois si la dénonciation devait faire l'objet non seulement d'une loi, mais également d'un décret parlementaire²²⁶.

Le cas du référendum extraordinaire. – Pour le reste, il appartient au parlement de décider s'il convient de soumettre à votation l'acte de dénonciation par le biais du référendum extraordinaire (sur la question, *supra* N 467 ss)²²⁷. 1124

Les conséquences en cas de vices. – Les citoyens peuvent bien entendu soulever un recours pour violation des droits politiques dès lors qu'ils estimeraient que le principe de la dénonciation devait leur être soumis. Rappelons à cet égard que l'absence d'approbation par le législatif ne conduit pas à la nullité de la dénonciation (sur la question, *supra* N 1120). À partir de là, celle-ci conserve également sa validité même lorsqu'elle est prise en violation des droits politiques que pourraient revendiquer les citoyens. 1125

3. La motion parlementaire et l'initiative populaire tendant à la dénonciation d'une convention organisatrice régionale

En général. – Les parlements ou les citoyens peuvent choisir d'initier eux-mêmes un processus de dénonciation en donnant à leur exécutif un mandat en ce sens par le biais d'une motion parlementaire, respectivement par celui d'une initiative populaire. Comme l'a déjà admis le Tribunal fédéral, il apparaît dans 1126

²²⁵ Dans le même sens, JAAG (2013), p. 778.

²²⁶ Il conviendrait le cas échéant d'examiner la question à la lumière de l'art. 84 Cst-VD, lequel contient *a priori* une liste exhaustive des décrets qui ne sont pas non soumis à référendum. Or, le décret de dénonciation ne figure pas dans cette liste. On soulignera d'ailleurs, à titre de comparaison, qu'il est admis qu'un éventuel décret chargeant le Conseil d'État d'ouvrir des négociations avec d'autres cantons à la suite d'une initiative populaire en ce sens doit être soumis à référendum facultatif (cf. CONSEIL D'ÉTAT VD [2005/II], p. 8359).

²²⁷ Voir, pour une telle solution au niveau fédéral, SG Komm. BV-THÜRER/DIGGEL-MANN (2014), N 24-26 ad art. 140 Cst.

un certain sens logique qu'un parlement ou un corps électoral puisse en quelque sorte « retirer » l'approbation qu'il avait donnée à une convention²²⁸.

En règle générale donc, les motions parlementaires et les initiatives populaires sollicitant la dénonciation d'une convention organisatrice régionale ne posent généralement aucun problème particulier quand le droit cantonal ou communal reconnaît expressément leur admissibilité²²⁹. Il en va de même lorsque ce même droit ne limite pas l'objet de la motion parlementaire ou celui de l'initiative populaire à l'adoption de normes générales et abstraites²³⁰ (sur ces deux questions, voir *supra* N 401, 471 et 1027 ss)²³¹. Dans les autres cas, plutôt rares, une demande de dénonciation doit prendre la forme des autres instruments parlementaires traditionnels (p. ex. postulat), respectivement faire l'objet d'une initiative tendant à l'adoption d'une norme programmatique²³².

²²⁸ Voir Tribunal fédéral, arrêt du 7 mars 1984, consid. 4b, in: ZBI 1984, p. 552, confirmant expressément l'arrêt du tribunal administratif du canton de Bâle-Campagne allant dans ce sens (cf. Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, in: ZBI 1984, p. 544).

²²⁹ Voir notamment, pour la question de la motion parlementaire demandant la dénonciation, l'art. 9 al. 2 let. c LConv FR et l'art. 49 al. 1 let. c Cst. SZ, ainsi que, pour un exemple, Regierungsrat SZ (2013), p. 4 s.

²³⁰ Pour un exemple, voir REGIERUNG SG (2015), p. 5 s., à propos d'une initiative demandant la dénonciation du concordat HarmoS; Komm. KV LU-KOCH (2010), N 27 ad § 48 Cst. LU; JENNY (2008), p. 288, et GANDER (1990), p. 387, lesquels limitent un tel droit aux conventions qui ont nécessité – ou qui auraient dû nécessiter – l'approbation du législatif.

²³¹ Qu'en est-il toutefois d'une initiative communale par laquelle des citoyens fribourgeois ou genevois demanderaient que leur commune sorte d'une association de communes, respectivement d'un groupement de communes, ou que leurs autorités communales entreprennent les démarches pour dénoncer une convention intercommunale bilatérale ? Ces questions ne sont pas réglées par le droit cantonal, lequel n'évoque que l'initiative tendant à la « constitution » d'une corporation de droit public intercommunal, et non une éventuelle initiative tendant à la sortie d'une corporation de communes et à la dénonciation d'une convention intercommunale (voir *supra* N 1033). Le message de Conseil d'État fribourgeois relatif à l'adoption de l'art. 51^{ter} LCo FR est lui aussi muet sur la question (cf. CONSEIL D'ÉTAT FR [1988], p. 1082 s.). Il pourrait cependant paraître logique que le législateur cantonal désire favoriser une meilleure intégration régionale et non la « recommunalisation » de compétences auparavant exercées de manière intercommunale ou régionale. Le fait que le Grand Conseil fribourgeois ait absolument voulu prévoir l'initiative tendant à la fusion de communes – alors que le Conseil d'État y avait renoncé dans son projet – plaide, à notre avis, en ce sens (BGC/FR 1989, p. 178). On pourrait donc considérer que les droits fribourgeois et genevois excluent – par un silence qualifié – toute autre initiative communale en matière intercommunale que celle tendant à la constitution d'une association de communes, respectivement d'une corporation de droit public intercommunal, en énumérant exhaustivement les domaines susceptibles de faire l'objet du droit d'initiative.

²³² Dans ce sens, GRODECKI (2008), N 563; voir d'ailleurs Cour constitutionnelle JU, arrêt CCst 7/2012 du 24 août 2012, consid. 5.2, dans lequel la Cour constitutionnelle jurassienne confirme l'invalidation d'une initiative communale tendant à la dénonciation d'une convention de fusion en ces termes : « *En l'espèce, au vu de son texte et de l'exposé des motifs, on*

L'adoption de normes contraires à la convention. – On peut aussi se demander si la population jouit de la faculté de demander indirectement la dénonciation d'une convention organisatrice par l'adoption d'une norme de droit cantonal ou de droit communal contraire à celle-ci. En effet, l'adoption d'une norme en contradiction avec une convention organisatrice régionale peut être comprise comme un mandat donné aux autorités exécutives de dénoncer la convention en question²³³.

Au niveau communal, un tel procédé n'est évidemment pas permis : il n'est pas possible d'adopter une règle communale contraire au droit intercommunal, puisque celui-ci lui est supérieur (sur la question, *supra* N 369 ss)²³⁴. Il en va par contre autrement au niveau cantonal, dans la mesure, du moins, où il s'agirait d'adopter une norme de niveau constitutionnel²³⁵. En effet, au sens du droit fédéral, l'adoption d'une norme cantonale constitutionnelle contraire au droit intercantonal n'est pas interdite, même si celui-ci est directement applicable²³⁶. Le fait d'invalider une initiative populaire constitutionnelle, simplement parce qu'elle est contraire au droit intercantonal, violerait le principe d'autonomie constitutionnelle des cantons ainsi que, le cas échéant, le droit d'initiative constitutionnelle des citoyens, tous deux ancrés à l'art. 51 al. 1 Cst. (sur ces questions, *supra* N 353 ss et 446 s.)²³⁷.

ne peut pas considérer que l'initiative vise l'adoption d'une règle de droit, mais a au contraire pour objectif un acte administratif, à savoir la dénonciation de la convention de fusion. (...) Or, (...) une initiative ne peut concerner qu'une règle de droit, et non pas la mise sur pied d'une votation. »

²³³ Voir notamment AUER (2016), N 867; cf., aussi, s'agissant de la pratique au niveau fédéral, CONSEIL FÉDÉRAL (2010/III), p. 2119; BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 554.

²³⁴ Apparemment dans un autre sens, Verwaltungsgericht SZ, arrêt du 26 janvier 2001, consid. 3.5.2, in: EGV-SZ 2006, B 7.1: « Eine Initiative darf auch nicht einen durch Kündigung nicht auflösbaren Widerspruch zu Zweckverbandsstatuten aufweisen oder den im Rahmen eines Konzessionsverhältnisses eingegangenen Verpflichtungen der Gemeinde zuwiderlaufen (...) »; aussi GANDER (1990), p. 400.

²³⁵ Dans ce sens apparemment, mais laissant la question ouverte, ATF 96 I 636, consid. 4, en lien avec ATF 99 Ia 216 consid. 3; GRODECKI (2008), N 563; GRISEL (2004), N 704; MORITZ (2002), N 116 ad art. 75/76 Cst. JU; TANQUEREL (2001), p. 21; BRUNNER (2000), p. 171; MARTENET (1999), p. 90; GANDER (1990), p. 387; KÖLZ (1982), p. 14 s.

²³⁶ Voir, au cas où le droit intercantonal n'était pas directement applicable, ATF 99 Ia 216, consid. 3a.

²³⁷ GRISEL se demande si une initiative constitutionnelle qui ne serait pas conforme à un traité ne devrait pas être invalidée, mais souligne qu'une telle solution n'est pas satisfaisante au regard du droit fédéral qui interdit aux cantons de fixer des limites matérielles à la révisibilité de leurs constitutions (cf. [2005], N 17 et 30).

En fait, le problème essentiel risque de résider dans le fait qu'une initiative qui tend à l'adoption de normes constitutionnelles contraires au droit intercantonal ne respectera pas toujours les principes d'unité de la matière et de clarté²³⁸. Il ne sera pas toujours aisé de savoir si l'initiative en question, compte tenu de sa formulation, vise plutôt l'ouverture de négociations en vue de la modification d'une convention intercantonale ou, plutôt, sa dénonciation, voire les deux²³⁹. Dans la mesure où l'initiative ne devrait pas être considérée comme manifestement invalide du simple fait de son imprécision²⁴⁰, il conviendrait de considérer, dans le doute, que l'initiative demande uniquement une modification de la convention²⁴¹.

1128

L'impossibilité et le respect du délai de dénonciation. – Les problèmes pratiques (politiques, économiques, etc.) liés à la dénonciation d'un accord intercantonal n'entraînent évidemment pas l'irrecevabilité, respectivement l'invalidation de la motion parlementaire ou de l'initiative qui demanderait une telle dénonciation²⁴². En revanche, la motion ou l'initiative doit tendre à une dénonciation selon les termes de la convention ou, éventuellement, à une dénonciation

²³⁸ En effet, selon le Tribunal fédéral, le texte d'une initiative ne doit pas induire en erreur, ni être rédigé dans des termes propres à influencer sur la décision du citoyen (voir ATF 137 I 200, consid. 2.1, et ATF 131 I 126, consid. 5). Selon l'expression consacrée par lui, une initiative doit être « suffisamment claire pour permettre aux citoyens de se prononcer en connaissance de cause », notamment d'identifier l'objet concerné par elle (Tribunal fédéral, arrêt 1P_52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.3; aussi ATF 139 I 292, consid. 5.8, et ATF 129 I 392, consid. 2.2; AUER [2016], N 1066 et 1170; GRODECKI [2008], N 1054). Une autre implication concrète du principe de clarté consiste en ce que l'on peut attendre des auteurs de l'initiative qu'ils présentent clairement les différents volets de leur texte, s'il en est (ATF 123 I 63, consid. 4e).

²³⁹ Cf. dans ce sens, Verwaltungsgericht SG, arrêt B 2014/216 du 28 avril 2015, consid. 4.2.2, in: ZBI 2015, p. 589; au niveau fédéral, CONSEIL FÉDÉRAL (20110/III), p. 2143. Le problème de l'imprécision de l'initiative se pose avec une acuité encore plus forte dans les cantons qui connaîtraient déjà une initiative populaire cantonale en matière intercantonale.

²⁴⁰ Voir pour une argumentation dans ce sens au niveau fédéral, KÜNZLI (2009), p. 68 s.; également BLUM/NAEGELI/PETERS (2013), p. 556 s., et BOILLET/LAMMERS (2016), p. 526-537.

²⁴¹ Voir, dans un sens similaire, Verwaltungsgericht BL, arrêt du 2 février 1983, consid. 6, in: ZBI 1984, p. 544, où le tribunal retient que la dénonciation représente « *kaum ein erstrebenswertes politisches Ziel* ».

²⁴² En effet, l'impossibilité d'une initiative doit se révéler véritablement insurmontable pour conduire à son invalidation. Comme le souligne le Tribunal fédéral, « une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative » (ATF 128 I 190, consid. 5). Ainsi, l'inexécutabilité n'est pas à confondre avec l'inopportunité ou l'insécurité politique et financière, même lorsqu'elle est importante (dans ce sens RRB/LU n° 1384 du 27 novembre 2009, consid. 7, in: LGVE 2009 III, n° 3; Komm. KV ZH-SCHUHMACHER [2007], N 27 ad 93 Cst. ZH).

pour de justes motifs en cas de dénonciation anticipée. Du moins, elle doit pouvoir être interprétée en ce sens²⁴³. Dans le cas contraire, la motion n'est pas recevable et l'initiative populaire doit être invalidée, à moins que les conditions de dénonciation prévues par la convention soient anticonstitutionnelles (sur la question, *supra* N 1107).

La pratique a déjà eu l'occasion de reconnaître le principe qui précède pour les initiatives communales en matière intercommunale²⁴⁴. Le même raisonnement devrait à notre sens prévaloir également pour les initiatives cantonales tendant à la dénonciation d'une convention intercantonale, ce même lorsqu'elles sont de rang et de nature constitutionnelle. Il s'agit en effet d'assurer une concordance pratique entre la garantie des droits politiques – et notamment celle de l'initiative populaire constitutionnelle – et les principes de bonne foi et de fidélité confédérale (sur la question, *supra* N 447).

La « dénonciation » avant l'entrée en vigueur de la convention. – Enfin, aucune initiative ou motion ne peut demander la dénonciation d'une convention avant même son entrée en vigueur dès lors que cette convention ne le permettrait pas expressément et qu'aucune modification notable et sensible de circonstances ne le justifierait²⁴⁵. Le procédé risquerait à nouveau de violer le principe de l'interdiction de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC²⁴⁶ de même que

1129

²⁴² Par exemple, le Tribunal administratif tessinois a estimé qu'une initiative visant la création d'un consortium intercommunal en vue de la réalisation d'un aqueduc n'était pas inexécutable du simple fait qu'il était impossible de savoir à l'avance si les autres communes seraient disposées à y participer (Tribunale amministrativo TI, arrêt du 25 novembre 2004, in: RDAT 2005 I, p. 5).

²⁴³ Conformément au principe général *in dubio pro populo*, les autorités doivent procéder au besoin à une interprétation parfois édulcorée du texte, c'est-à-dire partir d'une interprétation qui permette de considérer que les vœux des initiants sont réalisables (cf. par exemple ATF 123 I 63, consid. 4e). En particulier, lorsque des initiants fixent des objectifs temporels impossible à respecter, il faut considérer dans la mesure du possible qu'il s'agit là que d'« objectifs d'ordre » enjoignant les autorités à agir au mieux et au plus vite (« *in möglichst kurzer Zeit* »; Tribunal fédéral, arrêt du 24 juin 1965, consid. 4, in: ZBI 1966, p. 34).

²⁴⁴ Regierungsrat OW, décision du 24 avril 2007, consid. 3, in: VVGE-OW 2007/2008 n° 3, p. 6.

²⁴⁵ Dans un sens similaire, Tribunal fédéral, arrêt du 30 août 1994, consid. 4b, in: RVJ 1995, p. 32, à propos de diverses conventions passées entre des communes et une société d'économie mixte; Regierungsrat LU, décision RRB n° 1384 du 27 novembre 2009, consid. 8.2, in: LGVE 2009 III, n° 3, confirmant l'invalidité d'une initiative communale tendant à la dénonciation d'une convention de fusion avant son entrée en vigueur.

²⁴⁶ Voir, pour un exemple concernant cependant la dénonciation d'une convention de fusion avant son entrée en vigueur, Chancellerie NE, décision du 7 septembre 2012, résumée dans un communiqué de presse daté du même jour consultable sur www.ne.ch/medias/archives, le 31 mars 2016.

les obligations précontractuelles déduites du principe de la bonne foi – et du droit coutumier – qui incombent au canton ou à la commune²⁴⁷.

IV. Synthèse intermédiaire

1130 *L'application de règles et principes juridiques connus.* – La définition des règles générales régissant la procédure conventionnelle pose, sur un plan théorique, moins de difficultés que les autres problématiques qui ont trait à l'organisation régionale conventionnelle et que nous avons traitées dans les précédents chapitres. Le fait est que le domaine est largement réglé par le droit cantonal, par le droit intercantonal et par les principes de droit international coutumier, qui fixent ensemble des règles relativement détaillées et claires dès lors qu'il s'agit de déterminer quels organes cantonaux ou communaux doivent normalement consentir à la conclusion d'une convention intercantonale ou intercommunale (approbation parlementaire et scrutin populaire ; N 1044 ss, 1079 ss et 1117 ss) et les conséquences d'une éventuelle violation de ces règles (invalidité exceptionnelle de la convention : N 1056 ss et 1074s.).

1131 *Vers une interprétation contemporaine du droit cantonal.* – La définition des règles générales en matière de procédure conventionnelle passe pour le reste par une interprétation contemporaine des normes du droit parlementaire et des dispositions légales relatives aux droits politiques. Une application souple du droit doit permettre de prendre en compte l'importance du développement de la

²⁴⁷ Voir art. 18 let. b CV, selon lequel « [u]n État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but (...) lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée ». L'initiative ou la motion pourrait certes être interprétée comme une initiative tendant à conférer à l'exécutif le mandat de négocier une convention de résolution de la convention organisatrice régionale avant son exécution. Le dépôt de la motion ou de l'initiative n'aura cependant aucun effet suspensif sur le processus de régionalisation (cf. notamment Regierungsrat LU, décision RRB n° 1384 du 27 novembre 2009, consid. 7, in: LGVE 2009 III, n° 3; Cour constitutionnelle JU, arrêt CST 8/2012 du 18 juin 2012, in: RJJ 2012, p. 34). Dès lors, au-delà même de la portée normative limitée d'une telle motion ou initiative, il se pourrait qu'elle doive encore être déclarée irrecevable pour cause d'impossibilité (ou d'absence d'objet). Compte tenu des différents délais de traitement, elle ne pourrait en effet être exécutée qu'après l'entrée en vigueur de la convention, voire au moment où l'essentiel des mesures en vue de la mise en place d'une organisation régionale ont déjà été prises si bien que la convention apparaît déjà « partiellement exécutée » (voir, dans ce sens, Tribunal fédéral, arrêt du 30 août 1994, consid. 4b, in: RVJ 1995, p. 32, à propos de diverses conventions passées entre des communes et une société d'économie mixte; Regierungsrat LU, décision RRB n° 1384 du 27 novembre 2009, consid. 8 et 9, in: LGVE 2009 III, n° 3; aussi ATF 110 Ia 354, consid. 10, selon lequel l'inexécutabilité d'une initiative s'apprécie au moment du prononcé d'invalidation, voire, selon une approche prospective, au moment le plus proche possible où l'initiative devrait être soumise au vote populaire).

collaboration intercantonale et intercommunale et la nécessité d'une participation démocratique accrue dans ce domaine.

C'est ainsi que le législatif ou le corps électoral peut théoriquement requérir l'adoption, la modification ou la dénonciation d'une convention organisatrice régionale, ce même si aucune disposition constitutionnelle ou législative ne le prévoit explicitement (N 1027 ss, 1077 s. et 1126 ss). Bien plus et surtout, un référendum obligatoire doit être organisé à chaque fois qu'un canton entend adhérer à une convention intercantonale qui déroge – explicitement ou implicitement – à sa constitution, même si celle-ci n'envisage pas expressément un tel scrutin et se révèle ainsi lacunaire sur ce point (N 1069 ss). Il s'agit de respecter l'exigence de l'art. 51 al. 1 Cst. qui impose que chaque révision constitutionnelle cantonale soit acceptée par le peuple.

La tentation de négliger le cadre constitutionnel. – Notons enfin que les cantons et les communes, mus par la volonté de multiplier les organisations régionales conventionnelles, d'en favoriser le développement ou d'en simplifier la gouvernance, sont parfois tentés d'adopter des normes légales ou des conventions qui ne respectent pas toujours le cadre constitutionnel existant.

1132

Les cantons de Vaud et du Valais, de même que le canton de Fribourg, ont par exemple édicté des règles légales permettant la modification substantielle, voire l'adoption pure et simple d'une convention organisatrice intercommunale sur la base d'une décision prise par un organe régional (p. ex. corps électoral, conseil intercommunal ; N 1043 et 1092). Violant la liberté d'association des communes telle qu'elle est actuellement garantie par le droit constitutionnel cantonal, le procédé aurait nécessité une révision constitutionnelle cantonale préalable. Dans la même logique, quand bien même il l'a fait plusieurs fois, le canton de Bâle ne pouvait pas renoncer à la faculté de se départir d'une convention organisatrice intercantonale (N 1104).

Il existe enfin de nombreux cantons qui ont renoncé de soumettre à référendum obligatoire les conventions intercantionales qui complétaient, voire dérogeaient à leur constitution, alors même que celle-ci prévoit expressément l'organisation d'un tel référendum en cas d'accord intercantonal de « rang constitutionnel » (N 1071).

Quatrième partie : Bilan général et thèses

Résumé introductif. – Après avoir déterminé quelques règles générales régissant, théoriquement, l'organisation régionale conventionnelle et évalué leur respect dans la pratique, nous arrivons au « dénouement » de notre thèse. Nous pouvons maintenant tirer un bilan juridique général sur cette forme d'organisation intercantonale et intercommunale et revenir sur les trois hypothèses formulées au début de ce travail (cf. chapitre 3).

Nous nous demandions, tout d'abord, si le respect des principes démocratiques fondamentaux régissant l'organisation cantonale et communale pouvait empêcher une intensification de la collaboration régionale, compte tenu du déficit démocratique qui est inhérent à celle-ci. Répondre affirmativement à cette question s'avérerait être une illusion, car il existe, en l'état, peu de règles constitutionnelles – fédérales ou cantonales – qui poseraient des limites claires et précises au phénomène de l'organisation régionale conventionnelle ; c'est le rôle des acteurs politiques non judiciaires de les fixer. En revanche, nous avons rencontré de nombreuses normes particulières régissant des organisations régionales conventionnelles qui, sur un plan dogmatique, sont anticonstitutionnelles ou dont l'adoption s'est faite de manière anticonstitutionnelle. Une telle tendance doit être contrecarrée par un renforcement de la juridiction constitutionnelle (thèse A).

Nous voulions ensuite savoir si une intensification de la collaboration régionale devait conduire au – ou serait favorisée par le – développement de nouveaux mécanismes dans le domaine de l'organisation régionale conventionnelle. Nous pouvons répondre maintenant que les cantons doivent développer de nouveaux « droits politiques cantonaux » en matière intercantonale ainsi qu'élargir les compétences des commissions interparlementaires, avant de penser à développer des « droits politiques intercantonaux » analogues aux droits politiques intercommunaux existants (thèse B).

Nous formulons enfin une dernière hypothèse : l'intensification de la collaboration régionale et le défi démocratique qu'elle représente pourraient conduire à une nouvelle manière de concevoir certains principes démocratiques. Une telle hypothèse semble se vérifier, du moins en ce qui concerne des principes juridiques aussi centraux que ceux de l'égalité des droits politiques, de la légalité et de la territorialité (thèse C).

Thèse A : Les possibilités et les limites de l'organisation régionale conventionnelle

I. Des limites de l'approche juridique...

En général. – Les situations où l'on devrait considérer, d'un point de vue constitutionnel, qu'un projet d'organisation régionale conventionnelle dépasse, dans son fondement même, les frontières de l'admissible devraient rester rares. Il est en tout cas difficile de s'opposer à un mécanisme de collaboration intercantonale ou intercommunale au motif qu'il violerait des principes constitutionnels aussi généraux que le principe d'organisation démocratique ou celui de « souveraineté » cantonale, respectivement celui d'autonomie communale. Il semble que le juriste doive laisser aux pouvoirs politiques suprêmes – c'est-à-dire aux parlements et aux constituants – la tâche de déterminer les limites réelles et précises de la collaboration régionale conventionnelle. 1133

La liberté d'appréciation des autorités politiques. – La conclusion générale qui précède découle du constat que de nombreux écueils politico-juridiques compliquent la tâche de l'autorité qui serait appelée à examiner concrètement – et le cas échéant tentée de nier – la constitutionnalité d'un projet d'organisation régionale conventionnelle. 1134

Le portée normative incertaine des dispositions constitutionnelles touchées par le développement de la collaboration, ainsi que l'existence d'autres dispositions encourageant un tel développement permettent tout d'abord aux partisans et aux opposants à la régionalisation conventionnelle de défendre des conceptions très différentes de ce que représente la « souveraineté » cantonale, l'« autonomie » communale ou la « démocratie » au sens du droit constitutionnel, sans qu'il soit possible de déterminer, objectivement et juridiquement, quelle conception est véritablement correcte (*supra* N 707 s.). À partir de là, les cas où l'on devrait considérer que, juridiquement, la régionalisation d'une tâche publique représente une « *Selbstaufhebung* » ou une « *Selbstpreisgabe* » des

collectivités publiques concernées – ou qu'elle entraîne un « déficit démocratique » démesuré – devraient rester exceptionnels (p. ex. impôt intercantonal ou intercommunal, parlement intercantonal, tribunal administratif intercantonal ; *supra* N 680, 690 et 793). La réponse à une telle question relève plus d'une appréciation politique ou d'une pesée des intérêts politiques que d'une appréciation juridique à proprement parler. Ainsi, le développement des organisations régionales conventionnelles n'est *a priori* soumis à aucune limite quantitative et qualitative précise d'un point de vue juridique, même s'il est vrai que la multiplication des organisations régionales conventionnelles alourdit la structure étatique tout en contournant les mécanismes démocratiques traditionnels.

Ajoutons ensuite qu'en pratique, l'autorité appelée à procéder à un examen juridique se prononcera sur la constitutionnalité d'une organisation régionale conventionnelle prise isolément. Il se révélerait absurde et contraire au principe d'interprétation « politiquement » raisonnable du droit d'annuler ou de refuser une convention intercantonale ou intercommunale parce que celle-ci représenterait « la goutte d'eau qui fait déborder le vase », alors que les collectivités parties ne peuvent pas réaliser de manière satisfaisante la tâche dont il est question sans collaborer¹ et qu'une fusion avec une ou des autres collectivités voisines n'est pas souhaitée par la population concernée. Nous reprendrons ici les mots de SCHINDLER à propos de la collaboration intercantonale, lesquels s'appliquent également à la collaboration intercommunale et résument assez bien le point de vue défendu dans cette thèse² :

« Vor allem (...) entspricht der kleinräumige Föderalismus den Wertvorstellungen seiner Bürgerschaft, die an den Identifikationsmöglichkeiten des « Staats von unten » festhält. An den vermeintlich oder real höheren Kosten und den Demokratiedefiziten des kooperativen Föderalismus ist nichts auszusetzen, solange Territorialreform oder Nichtreform durch demokratische Mehrheiten entschieden werden. »

1135

La responsabilité des parlements cantonaux. – Cet état d'incertitude ou de « flou » juridique devrait avoir le mérite de – et doit conduire à – stimuler le débat juridico-politique sur le sens du fédéralisme et sur celui de l'autonomie communale en Suisse. Il appartient aux parlements cantonaux de débattre sur – et de fixer – les éventuelles limites à la collaboration intercommunale et de les ancrer dans le droit cantonal. Lorsqu'ils en ont la compétence, comme dans les cantons du Jura, de Berne, de Fribourg et du Valais³, ils peuvent également imposer une fusion aux communes qui ne parviennent pas à fournir un minimum de prestations de manière indépendante sans collaborer avec d'autres com-

¹ Cf. aussi BRUNNER [2000], p. 128).

² SCHINDLER (2012), 211.

³ Voir, respectivement, art. 112 al. 3 Cst. JU; art. 108 ConstC BE; art. 135 al. 4 Cst-VD; art. 26 Cst. VS.

munes. La fusion forcée peut être perçue comme la suite logique des nombreuses collaborations qui existent entre plusieurs communes ou comme une alternative appropriée, voire nécessaire, afin d'éviter – ou de « mettre le holà » à – la multiplication des collaborations entre ces communes (*supra* N 56 ss). C'est en tout cas ce qu'a déjà rappelé plusieurs fois le Tribunal fédéral⁴. C'est même ce que prévoit expressément le droit jurassien. Celui-ci permet au parlement d'ordonner la fusion de plusieurs communes, spécifiquement lorsque l'une d'elles n'est plus en mesure d'assumer ses obligations en raison de la précarité de sa situation financière et de l'insuffisance de ses ressources et qu'elle dépend dans une large mesure des collaborations avec une ou plusieurs communes avoisinantes⁵.

La responsabilité des divers constituants. – Dans la même logique, il appartient au pouvoir constituant – fédéral ou cantonal – de préciser s'il entend limiter le développement de la collaboration intercantonale et de déterminer les tâches qui doivent absolument être exercées de manière indépendante par le canton et qui ne peuvent être exécutées au niveau intercantonal.

1136

Le fait est qu'à l'heure actuelle, les quelques dispositions constitutionnelles fédérales et cantonales relatives à la collaboration intercantonale ont peu de portée normative et visent davantage à favoriser la collaboration intercantonale qu'à la réglementer (*supra* N 618 ss). Rien n'empêche cependant le constituant fédéral, ni les constituants cantonaux de délimiter plus précisément les tâches dont ils n'entendent pas autoriser l'intercantonalisation, voire de fixer des règles précises en matière d'organisation régionale conventionnelle, en tenant compte à la fois de l'intérêt à la sauvegarde de la souveraineté populaire cantonale et de l'intérêt à la collaboration intercantonale⁶. Il s'agirait de parfaire le processus de réglementation de la collaboration intercantonale que les cantons suisses – romands et bâlois en particulier – ont débuté en adoptant des conventions-cadres intercantionales telles que l'ACI et la CoParl, mais sans les soumettre, à tort parfois, à la sanction populaire (*supra* N 732 ss et 840).

Un sujet juridique politiquement incontournable. – Il est certain que, comme le dit bien MARTENET, « la fonction constituante cantonale pourrait

1137

⁴ Cf. ATF 131 I 91, consid. 3.3; voir, surtout, Tribunal fédéral, arrêt 1C_415/2008 du 24 août 2009, consid. 7.4.1: « *L'accenno ricorsuale ad altre forme di collaborazione sovracomunale, associazioni di comuni, convenzioni raccolta rifiuti, scolastiche e Corpo pompieri del Gambarogno, dimostrano peraltro che i problemi attuali non possono essere risolti nel contesto di un singolo Comune e che l'esclusione di San Nazzaro comporterebbe inevitabilmente la definizione di nuove collaborazioni con il nuovo Comune. La scelta di regolare le necessarie collaborazioni nel quadro di un nuovo Ente pubblico non è quindi per nulla arbitraria, anche sotto l'aspetto democratico.* »

⁵ Art. 69b LCom JU.

⁶ Dans le même sens, WALDMANN (2005/II), p. 32.

(...) trouver un nouvel essor [dans le domaine de l'intégration intercantonale] »⁷. Nous irons quant à nous jusqu'à dire qu'elle « devrait » trouver un essor dans ce domaine, comme le constatait une autre partie de la doctrine il y a plus d'une quarantaine d'années déjà⁸. Il paraît finalement étonnant que les constitutions cantonales négligent largement la question de l'*organisation externe* du canton alors qu'elles traitent généralement de manière détaillée de celle de son *organisation interne*, quand bien même l'importance de la première est désormais comparable à celle de la seconde. Les prochaines révisions constitutionnelles totales – notamment celles qui sont à venir dans les cantons du Valais et du Jura – ne devraient pas passer à côté de ce fait, comme l'ont malheureusement fait ces dernières décennies de nombreuses révisions constitutionnelles cantonales qui ont parfois évité de s'attaquer aux problèmes principaux pour opérer un simple exercice de mise à jour.

Le mauvais exemple genevois ? – La dernière révision totale de la constitution cantonale genevoise, approuvée le 14 octobre 2012, constitue un cas extrêmement illustratif. Cette nouvelle constitution se limite à reconnaître la reconnaissance de la vocation internationale ainsi que la volonté de définir une véritable politique régionale transfrontalière, sans faire mention de l'organisation de l'espace métropolitain lémanique, lequel se voit tout au plus traité dans la section concernant l'aménagement du territoire et la mobilité⁹. Par un geste visionnaire, le canton de Genève aurait pu mieux définir son avenir en déterminant les possibilités ainsi que les limites de son organisation externe, intercantonale et transfrontalière. Il ne l'a finalement fait qu'extrêmement partiellement en autorisant le canton à instituer un éventuel Conseil de la magistrature intercantonal (*supra* N 679).

II. ... à la négligence du cadre constitutionnel

1138 *En général.* – Comme nous venons de l'exposer, il existe, pour l'heure, peu de règles constitutionnelles, fédérales ou cantonales, qui poseraient des limites claires et précises au développement de l'organisation régionale conventionnelle en Suisse. Paradoxalement, nous avons pu mettre au jour de nombreuses

⁷ MARTENET (1999), p. 289.

⁸ BRUNNER (2000), p. 154, selon lequel « [a]ufgrund der Obigen Feststellung, dass eine Delegation kantonaler Hoheitsrechte wesentlich aufgrund der Kantonsverfassung zu beurteilen ist, wäre auf dieser Stufe eine Konkretisierte Normierung notwendig »; RHINOW (1973), p. 123 et 127, selon lequel « [d]ie Beziehungen der Kantone "nach aussen" haben in den gliedstaatlichen Grundgesetzen ebenfalls keinen überzeugenden Niederschlag gefunden » et que « [d]ie Verfassungsrevision darf vor allem an der Problematik der heute so schwer zu verwirklichenden Abtretung von kantonalen Kompetenz an übergeordnete, neu zu schaffende Organe nicht vorbeisehen »; aussi BORTER (1976), p. 60 s.

⁹ Voir l'article de MATILE LAURENT, *La Métropole lémanique oubliée*, publié le 8 novembre 2012, sur www.letemps.ch, consultable le 31 mars 2016; voir aussi pour un bref aperçu de l'abandon des propositions plus ambitieuses faites au stade de l'avant-projet, ELLWANGER (2016), N 842,

normes régissant des organisations régionales déterminées qui, sur un plan dogmatique, sont anticonstitutionnelles ou dont l'adoption s'est avérée anticonstitutionnelle, dans la mesure où elles violent des règles ou des principes constitutionnels généraux de droit suisse. Cette négligence du cadre constitutionnel, en particulier celle qui prévaut dans le domaine de l'organisation conventionnelle intercantonale, doit être contrecarrée par un renforcement de la juridiction constitutionnelle.

Des violations des principes constitutionnels nombreuses et variées. – Nous ne prétendons pas que la négligence des exigences constitutionnelles est l'apanage de l'organisation régionale conventionnelle. Les cantons et les communes adoptent chaque année de nombreuses lois et décisions qui violent la Constitution fédérale et les constitutions cantonales, notamment les droits fondamentaux et les droits politiques garantis par elles. C'est d'ailleurs pour cela qu'il existe une juridiction constitutionnelle. 1139

Ce qui frappe c'est le nombre important de règles concrètes d'organisation régionale – de nature intercantonale, cantonale et intercommunale – portant atteinte à des principes fondamentaux de l'organisation étatique. Presque aucun principe d'organisation de rang constitutionnel ne semble épargné : en l'état, maintes conventions intercantionales et maintes règles cantonales régissant l'organisation intercommunale violent des principes constitutionnels aussi divers que les principes d'autonomie communale (*supra* N 1132), d'égalité des droits politiques (*supra* N 912), de légalité et de territorialité (*supra* N 1025) et d'indépendance de la justice (*supra* N 829 ss).

Les causes de la négligence du cadre constitutionnel. – Il se peut que certaines « négligences » du cadre constitutionnel constatées dans la présente thèse n'en soient pas de véritables, mais qu'elles reflètent en réalité une nouvelle conception ou une nouvelle interprétation – non encore « adoubee » expressément par la pratique judiciaire et la doctrine – des principes constitutionnels précités ; nous reviendrons encore sur cette idée qui constitue une thèse spécifique de cette étude (*infra* thèse C). Il n'en demeure pas moins que la négligence du cadre constitutionnel semble aussi résulter d'une fausse impression que la liberté, voire la « fantaisie » conventionnelle ne connaîtrait pas de véritables limites et du fait regrettable que peu de personnes – les juristes compris – se soucient réellement des problèmes juridiques fondamentaux que peut poser l'organisation régionale conventionnelle. 1140

La négligence du droit constitutionnel cantonal. – Le plus gênant, à notre sens, est l'indifférence que les gouvernements et parlements cantonaux témoignent très régulièrement à l'égard de la constitution de leur propre canton. Il est pourtant incorrect, d'un point de vue juridique, d'adhérer à une organisation régionale conventionnelle sans tenir compte de l'acte qui fixe l'ensemble des 1141

principes centraux de l'organisation cantonale et communale, étant précisé que l'organisation intercantonale et intercommunale ne représente qu'une forme particulière d'organisation cantonale et communale.

En matière de collaboration intercantonale, on peut supputer qu'une telle négligence découle en partie – ou soit mise sur le compte – d'une mauvaise compréhension du principe selon lequel les règles d'organisation de droit intercantonal priment le droit cantonal, même s'il est de rang constitutionnel (*supra* N 358 ss). On oublie ce faisant le fait que l'acte d'approbation de la convention organisatrice ne devrait pas déroger à la constitution cantonale ou qu'il devrait alors être soumis à référendum obligatoire. Dans certains cantons, la pratique va jusqu'à faire fi de la règle constitutionnelle qui soumet à référendum obligatoire les conventions qui complètent la constitution cantonale, ce que font, presque par définition, les conventions-cadres intercantionales ainsi que de nombreuses conventions organisatrices régionales spécifiques qui, pourtant, n'ont pas été soumises à scrutin populaire (*supra* N 1132).

1142

Les stratégies politiques et la peur des votations populaires. – Ne croyons pas naïvement que la négligence du droit constitutionnel cantonal soit toujours inconsciente. Cette négligence résulte également de considérations politiques, voire « politiciennes ». Les gouvernements cantonaux craignent quelquefois un vote populaire sur un projet de collaboration intercantonale. Il leur arrive alors d'arguer simplement qu'« il n'est pas indispensable (même s'il est souhaitable) de modifier les constitutions cantonales »¹⁰. Ce faisant, ils n'examinent pas forcément la question d'un éventuel rang constitutionnel des règles d'organisation régionale conventionnelle, même lorsqu'une telle question a été soulevée lors de la phase de consultation du projet (*supra* N 1071). Les parlements cantonaux se rendent ensuite complices de cette négligence en ne la corrigeant pas et en ne soumettant pas à référendum obligatoire l'acte d'approbation de la convention intercantonale complétant – voire dérogeant à – la constitution.

Il s'agit d'une petite hypocrisie, car les autorités cantonales n'hésitent pas à brandir le problème de la conformité à la constitution cantonale quand cela les arrange. Le procédé est tentant lorsqu'il s'agit de camoufler des positions qui, en réalité, sont plus politiques que juridiques. Le risque se révèle d'adopter une pratique contradictoire, peu respectueuse d'un État de droit. Nous remarquons d'ailleurs qu'un tel risque s'est déjà concrétisé dans la pratique.

Exemples. – C'est ainsi que les exécutifs cantonaux jurassien et neuchâtelois ont renoncé à la création d'un tribunal intercantonal ou d'une commission intercantonale en matière de protection des données statuant en tant que dernière instance judiciaire cantonale, notamment parce qu'une telle organisation aurait, selon eux, nécessité des modifications constitutionnelles préalables (*supra* N 691 et 990). De même, interrogé sur la question de la création d'un Tribunal des mineurs interjurassien, le Conseil-exécutif bernois a déjà

¹⁰ Voir, les propos de la CGSO, rapportés par BOEGLI (1998), p. 95.

considéré qu'une telle démarche ne semblait pas conforme à l'art. 67 al. 1 ConstC BE, lequel prévoit que seuls les citoyens et citoyennes du canton de Berne sont éligibles à la charge de juge. Il en a conclu que la justice pénale des mineurs n'était ainsi pas une tâche qui pouvait être déléguée à un organe intercantonal, du moins sans modification constitutionnelle préalable (*supra* N 691). Pourtant, aucune des autres conventions organisatrices intercantionales, qui ont pourtant institué des autorités judiciaires intercantionales statuant avant le Tribunal fédéral (p. ex. Commission de recours HES-SO, Commission de recours CDIP/CDS), n'a été précédée d'une modification constitutionnelle, ni n'a été soumise à référendum obligatoire¹¹.

La juridiction constitutionnelle. – Vu ce qui précède, il apparaît important que les cantons, mais aussi la Confédération, offrent aux citoyens, voire à la population en général des voies de droit qui permettent à ces derniers de demander à une autorité judiciaire de vérifier la conformité des règles d'organisation régionale conventionnelle au droit constitutionnel et, en particulier, de vérifier que l'acte d'approbation d'une convention intercantonale respecte la constitution cantonale¹². De telles voies de droit existent déjà dans certains cantons qui connaissent une juridiction constitutionnelle (*supra* N 255 et 634).

1143

Afin d'éviter une lacune en matière de juridiction constitutionnelle, en particulier dans les cantons qui ne connaissent pas de juridiction constitutionnelle cantonale, le Tribunal fédéral doit autoriser les citoyens à se plaindre devant lui de la violation de leurs droits politiques lorsqu'une convention intercantonale contraire à la constitution cantonale n'a pas été soumise à référendum obligatoire. Alternativement ou cumulativement, les juges de Lausanne doivent entrer en matière sur les éventuels recours abstraits déposés par des personnes qui prétendent que l'acte d'approbation d'une convention intercantonale viole manifestement – de manière arbitraire – la constitution du canton adhérent. La recevabilité de tels recours fédéraux est parfaitement admissible *de lega lata* et ne semble nécessiter aucun revirement de jurisprudence¹³.

¹¹ Cf., p. ex., l'arrêté du Grand Conseil (bernois) du 31 janvier 2007 concernant l'adhésion du canton de Berne à l'accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études (Accord sur la reconnaissance des diplômes; RSB 439.18).

¹² Dans un sens similaire déjà, BORTER (1976), p. 159, selon lequel « [d]er Gefahr einer willkürlichen Praxis wirkt allerdings die Verfassungssprechung des Bundesgerichtes (...) entgegen ».

¹³ L'art. 82 let. b LTF prévoit un recours contre un acte « normatif » cantonal. L'acte d'approbation d'une convention intercantonale peut équivaloir, d'un point de vue matériel, à un tel acte dans la mesure où la convention contient des règles générales et abstraites (voir, apparemment dans ce sens, ATF 138 I 435, consid. 1.4, aussi SEILER [2015], N 79 ad art. 82 LTF, et BOLKENSTEYN [2014], p. 59, selon lesquels le recours peut être dirigé tant contre l'acte cantonal décidant ou autorisant l'adhésion à la convention que contre la convention intercantonale en tant que telle). L'acte d'approbation d'une convention cantonale ne peut pas être assimilé ou rapproché d'un arrêté de promulgation – qui n'est lui pas sujet à recours devant le Tribunal fédéral – dès lors qu'il s'agit là d'un acte par lequel une autorité, en principe le

De lege ferenda, on peut certes imaginer que les cantons qui ne connaissent pas encore de juridiction constitutionnelle sur les actes cantonaux instituent une cour constitutionnelle cantonale compétente pour trancher de tels recours en première instance. La multiplication de juridictions cantonales capables d'examiner la constitutionnalité des conventions intercantionales pourrait toutefois conduire à des jugements contradictoires peu propices à la sécurité du droit¹⁴.

Thèse B : La mise en place de nouveaux mécanismes démocratiques

I. De l'extension des droits politiques...

1144 *En général.* – Le développement de l'organisation régionale conventionnelle entraîne avec lui une extension des droits politiques des citoyens. D'un côté, il convient de garantir de (nouveaux) droits politiques cantonaux minimaux en matière intercantonale, afin qu'il ne soit pas possible de contourner les exigences démocratiques minimales imposées par la Constitution fédérale. D'un autre côté, la mise en place de nouveaux droits politiques régionaux, principalement intercommunaux, éventuellement intercantonaux, permet – ou permettrait – de combler les limites intrinsèques que connaissent forcément les droits politiques cantonaux ou communaux, lesquels ne peuvent prétendre influencer directement sur le fonctionnement d'une organisation régionale conventionnelle. Elle ne doit cependant pas opérer une « démocratisation de façade » – tournant pratiquement à la mascarade – que le droit constitutionnel ne saurait supporter.

1145 *Le droit de « référendum conventionnel obligatoire ».* – Ces dernières décennies, de nombreux constituants cantonaux ont entendu soumettre à référendum obligatoire les conventions intercantionales qui dérogent à – ou complètent – la constitution cantonale (*supra* N 462 ss). Ils ont ainsi tenu compte de l'élargissement du champ d'application des conventions intercantionales et du danger

pouvoir exécutif, constate et déclare qu'une norme a été régulièrement adoptée par l'organe compétent acceptées par le corps électoral ou par le Grand Conseil (voir ATF 143 I 109, consid. 1.5 non publié).

¹⁴ Dans ce sens, BIAGGINI (2013/II), p. 408.

de porter préjudice au régime démocratique. Ce « nouveau » droit de référendum, qui n'est malheureusement que peu respecté en pratique (*supra* N 1071), est parfaitement conforme à l'exigence du droit fédéral selon laquelle toute révision de la constitution cantonale doit être soumise à référendum obligatoire, même si cette révision est formellement opérée par le biais d'une autre procédure que celle de la révision constitutionnelle ordinaire (*supra* N 452 ss).

Cette exigence fédérale déduite de l'art. 51 al. 1 Cst. n'est pas respectée par les cantons qui ne connaissent pas encore ce fameux « référendum conventionnel obligatoire ». Une telle lacune doit être comblée par les constituants des cantons concernés. Ceux-ci doivent le faire rapidement, car le nombre de conventions organisatrices intercantionales contraires aux constitutions cantonales risque d'augmenter ces prochaines décennies. Entretemps, l'éventuelle lacune du droit constitutionnel cantonal – qui, à notre sens, peut faire l'objet d'une sanction préjudicielle par l'entremise d'un recours pour violation des droits politiques devant le Tribunal fédéral (cf. aussi thèse A) – peut être comblée soit par le biais d'une interprétation extensive du droit de référendum constitutionnel obligatoire, soit par le biais d'une procédure de référendum extraordinaire (*supra* N 1072 s.).

L'initiative populaire en matière intercantonale. – Les constituants cantonaux seraient bien inspirés de prévoir, simultanément, un droit d'initiative populaire en matière intercantonale, même si son introduction n'est pas totalement nécessaire du point de vue du droit fédéral. Un tel droit est déjà connu dans quelques cantons (*supra* N 470 s.). L'obligation ou la tentation pour la population de demander la modification ou la dénonciation d'une convention intercantonale en requérant l'adoption de dispositions constitutionnelles programmatiques ou de dispositions constitutionnelles contraires à la convention intercantonale en question risque sinon d'entraîner des situations d'insécurité juridique regrettables.

En l'absence de droit d'initiative populaire en matière intercantonale, les cantons pourraient se voir contraints d'invalider des initiatives populaires constitutionnelles en prétendant qu'elles sont peu claires (p. ex. dénonciation ou modification de la convention, respect du délai de dénonciation) ou d'autoriser l'émergence de dispositions constitutionnelles cantonales appelées à rester lettre morte (*supra* N 1127). L'une et l'autre situations ne sont pas satisfaisantes du point de vue de l'effectivité du droit d'initiative populaire constitutionnelle consacrée à l'art. 51 al. 1 Cst. L'existence d'une initiative populaire en matière intercantonale permet de clarifier de nombreux problèmes dans la mesure où la collaboration intercantonale est appelée à se développer, en particulier lorsque des initiants entendent demander la dénonciation d'une convention. Nous concéderons en revanche que l'efficacité de l'instrument restera faible dans les cas

1146

où les initiants entendent demander l'adoption ou la modification d'une convention, une telle initiative ne liant pas les autres cantons partenaires (*supra* N 1032 et 1037).

1147 *L'instauration des droits politiques régionaux.* – Si les cantons entendent véritablement donner la possibilité au corps électoral d'influencer les relations intercantionales, l'institution de nouveaux droits politiques régionaux apparaît indispensable, à l'instar de ce qui a prévalu et prévaut encore sur un plan intercommunal (*supra* N 477 ss). On peut imaginer que l'octroi de droits politiques intercantonaux autorise parallèlement un élargissement des compétences des organisations régionales, notamment sur un plan législatif (p. ex. en cas de droit de référendum sur des règlements intercantonaux, *supra* N 939 s.).

De tels droits politiques n'auraient pas forcément besoin de recevoir un ancrage explicite dans les constitutions cantonales, mais pourraient être prévus dans chaque convention organisatrice spécifique (*supra* N 851 ss). Il n'empêche que l'adoption, dans tous les cantons intéressés, d'une disposition identique et ouverte, c'est-à-dire susceptible de s'appliquer à toutes les décisions pour lesquels un référendum intercantonal serait prévu, pourrait s'avérer opportune. L'existence d'une telle base constitutionnelle éviterait de devoir soumettre à référendum obligatoire l'acte d'approbation des conventions qui prévoiraient de tels droits¹. L'autre possibilité serait de prévoir – ou de permettre – l'instauration de droits politiques intercantonaux par l'entremise de dispositions idoines dans une convention-cadre, telle que la CoParl ou l'ACI.

1148 *Les limites des droits politiques régionaux.* – Cela dit, il appartient aux autorités cantonales de se rendre compte que l'instauration de droits politiques régionaux n'est pas un acte anodin. Ces autorités devraient être conscientes que l'octroi de droits politiques aux citoyens d'une région ne se fait pas à un prix librement négociable. Il s'agit d'octroyer des droits politiques qui peuvent être effectivement exercés et qui respectent l'égalité de traitement. Il ne faut pas oublier que ce qui peut passer pour une « amélioration démocratique » d'un point de vue politique, peut s'avérer « antidémocratique » d'un point de vue juridique. Les législateurs cantonaux ont quelquefois négligé cet aspect lorsqu'ils ont aménagé des droits politiques intercommunaux (*supra* N 912).

Il est certes possible d'appliquer de manière un peu plus souple et pragmatique certains principes constitutionnels démocratiques, comme celui de l'égalité des droits politiques, et d'accepter une démocratisation légèrement imparfaite des organisations régionales conventionnelles (*infra* N 899 s.). Toutefois,

¹ Dans ce sens également, TANQUEREL (2001), p. 33.

rien ne justifie d'aménager des droits politiques régionaux qui ne pourront jamais être utilisés tant leurs conditions d'exercice sont restrictives, comme l'a par exemple fait le législateur vaudois (*supra* N 889).

Le risque d'instaurer une « démocratie de façade ». – Le fait est enfin que les droits politiques intercommunaux sont pour l'heure rarement exercés – pour ne pas dire jamais –, même ceux qui ne font pas l'objet d'une réglementation restrictive. Nous nous interrogeons dès lors sur l'utilité politique réelle des droits politiques régionaux en général.

1149

Il n'existe aucune recette « toute faite » qui permette de remédier au déficit démocratique des organisations régionales conventionnelles. Vouloir absolument mettre en place un système de démocratie semi-directe à un niveau intercommunal, voire intercantonal peut paraître non seulement utopique, mais également fallacieux. Il convient de ne pas mettre en place des règles d'organisation régionale conventionnelle qui n'opèrent qu'une démocratisation « de façade » en garantissant de droits politiques que les citoyens moyens n'exerceront jamais compte tenu de la publicité restreinte qu'a et qu'aura probablement toujours la collaboration intercantonale et intercommunale et du peu d'intérêt qu'elle suscite auprès de la population².

L'exemple vaudois. – Dans son rapport de près de cent pages publié en 2016 et intitulé *Organisation, financement et contrôle démocratique des associations de communes vaudoises*, la Cour des comptes du canton de Vaud n'a par exemple pas jugé utile de traiter des droits de référendum et d'initiative populaire au niveau intercommunal prévu par le droit cantonal³. Cette indifférence illustre, selon nous, la vacuité des droits politiques intercommunaux dans le Pays de Vaud, droits politiques sur lesquels les citoyens ne sont pas informés de manière satisfaisante, comme le reconnaît la Cour des comptes elle-même⁴.

II. ... à l'élargissement des compétences des commissions interparlementaires

En général. – Au niveau intercantonal, avant de procéder à une démocratisation de la collaboration intercantonale par l'aménagement de nouveaux droits politiques régionaux, il convient de renforcer les compétences des commissions interparlementaires (CIP) au sein des organisations intercantionales communes, commissions dont les pouvoirs sont souvent très limités. Il s'agit d'éviter de « mettre la charrue avant les bœufs » et de faire en sorte que les modèles d'organisation intercantonale commune, tel que l'établissement autonome de droit

1150

² Voir dans le même sens, BAUMANN (2017), p. 132, n. 17, qui évoque le risque d'une « *un-taugliche Scheindemokratisierung* ».

³ Voir Cour des comptes VD (2016), spéc. p. 22.

⁴ *Idem*, p. 37.

public intercantonal, s'inspirent davantage des modèles d'organisation intercommunale, comme l'association de communes, conformément à une idée soutenue depuis longtemps dans certains milieux politiques. L'augmentation des compétences des commissions interparlementaires de contrôle – qui pourraient devenir de véritables « organes parlementaires intercantonaux », sans devenir des « parlements intercantonaux » (*supra* N 680 s.) – aurait le mérite de permettre à l'organisation régionale conventionnelle de mieux tenir compte de certains principes démocratiques, du moins tels qu'ils sont traditionnellement compris par la jurisprudence et la doctrine.

1151

L'intérêt du point de vue de la séparation des pouvoirs. – Il s'agit tout d'abord de tenir compte du fait que la collaboration intercantonale – en particulier lorsqu'elle est institutionnalisée – a tendance à renforcer la position et les pouvoirs des exécutifs cantonaux.

Au sein d'une organisation intercantonale, comme une conférence interdépartementale régionale ou un établissement autonome intercantonal, il est fréquent qu'un organe composé de quelques membres seulement exerce l'ensemble des pouvoirs importants, telles que le pouvoir de surveillance, la planification budgétaire, le pouvoir réglementaire et le pouvoir électif. Les cantons partenaires sont généralement représentés au sein de cet organe par un ou, parfois, deux membres de leurs gouvernements, étant précisé que ces mêmes personnes ont souvent mené elles-mêmes les négociations ayant abouti à la création de l'organisation intercantonale (*supra* N 227 ss). Il n'existe presque aucun contre-pouvoir à un tel organe : les gouvernements cantonaux exercent leur droit d'instruction avec retenue et le droit de motion parlementaire n'a qu'une portée limitée en matière intercantonale. En cas de dysfonctionnement important au sein d'une organisation intercantonale, les parlements seront également dans l'impossibilité d'exercer les moyens de haute surveillance qu'ils mettraient habituellement en œuvre dans une situation analogue au niveau cantonal, comme la mise sur pied d'une commission interparlementaire ou la révision du cadre normatif concerné (*supra* N 819 et 1077).

En somme, tel qu'il est fréquemment conçu actuellement, le modèle de l'établissement autonome intercantonal bénéficie très souvent d'une légitimité démocratique moins bonne que son pendant intercommunal, en l'occurrence l'association de communes, laquelle est soumise à la surveillance du canton et dispose au moins d'une assemblée des délégués aux pouvoirs importants. Cette toute-puissance de l'organe intergouvernemental ou interdépartemental des établissements intercantonaux n'est pas satisfaisante au regard du principe de la séparation des pouvoirs. Celui-ci suppose l'existence de plusieurs organes distincts se « contrebalançant » au sein des organisations régionales qui jouissent de pouvoirs importants, comme en jouissent de nombreuses institutions intercantionales aujourd'hui (*supra* N 714).

L'intérêt du point de vue de l'indépendance de la justice. – Cette concentration des pouvoirs au sein d'un seul organe intercantonal est problématique lorsque cet organe a, en plus, la compétence de nommer les membres de l'instance judiciaire intercantonale appelée à trancher les recours soulevés contre ses propres actes – ou ceux d'autres organes intercantonaux qui lui sont subordonnés –, étant précisé que les actes querellés se fonderont régulièrement sur des réglementations adoptées par ces mêmes organes intercantonaux. Selon les circonstances, le justiciable pourrait avoir de bonnes raisons de douter de l'indépendance de l'instance judiciaire ainsi nommée (*supra* N 829 ss). 1152

L'intérêt du point de vue du principe de légalité. – L'attribution d'un pouvoir réglementaire à un organe intergouvernemental – comme elle est fréquemment prévue lors de la création de nouveaux établissements intercantonaux – ne constitue pas non plus une solution satisfaisante sur un plan juridique. 1153

Même si, au sens de la présente thèse, les cantons ont la faculté de déléguer un pouvoir législatif important à des organes intercantonaux, de très nombreuses délégations sont actuellement contraires aux limites fixées par le droit constitutionnel, que celui-ci soit fédéral ou cantonal. Elles violent, entre autres, le principe de la réserve de la loi formelle dans la mesure où elles sont opérées en faveur d'organes intergouvernementaux peu représentatifs de la population qui n'équivalent assurément pas à des « législateurs formels » intercantonaux (*supra* N 934 ss). Nous regrettons le développement de cette pratique politique peu respectueuse des règles constitutionnelles consacrant spécifiquement le principe de légalité, pratique qui a pour conséquence fâcheuse d'affaiblir la crédibilité du droit constitutionnel dans son ensemble.

Il conviendrait à l'avenir soit d'élaborer des conventions organisatrices intercantionales plus détaillées, soit de déléguer certaines compétences législatives centrales aux CIP. Dans la mesure où ces organes consistent en une assemblée de parlementaires cantonaux qui pourrait équivaloir à un « législateur formel », il n'existerait que peu de limites à un transfert de compétences législatives – sauf celles découlant de l'art. 48 al. 4 Cst., mais appliquées largement – étant donné que la pratique a toujours apprécié de manière souple les délégations législatives faites en faveur d'organes bénéficiant d'une bonne légitimité démocratique (*supra* N 520 ss, 538 et 937 ss).

Les nouveaux pouvoirs et instruments des CIP. – En somme, il convient d'envisager une extension des compétences des CIP lors de l'élaboration des conventions intercantionales ou lors de leurs prochaines révisions. Il s'agit notamment d'examiner s'il doit incomber à une CIP d'élire les organes judiciaires intercantonaux que la convention institue ou d'adopter des règles de droit déterminées à la place d'un organe exécutif intercantonal. 1154

Plus généralement, quelques pouvoirs devraient appartenir automatiquement aux CIP sans que les exécutifs cantonaux ne doivent y consentir. C'est

ainsi que les CIP devraient à notre sens jouir d'un droit de motion, droit qui a été écarté sans raison pertinente par les exécutifs cantonaux romands lors de l'élaboration de la CoParl (*supra* N 818). Il serait enfin opportun d'autoriser les CIP à instituer des commissions d'enquête interparlementaires ou, du moins, d'autoriser les parlements des cantons partenaires à déléguer conjointement aux CIP leurs pouvoirs de haute surveillance sans devoir procéder à une révision des conventions organisatrices spécifiques. De nombreuses conventions inter-cantoniales alémaniques vont déjà dans ce sens (*supra* N 819 s. et 823).

1155

Une révision des conventions-cadres. – La CoParl – qui a remplacé l'aC-Conv adoptée il y a presque vingt ans – a représenté, certes, une avancée majeure en matière d'organisation intercantonale. Toutefois, elle n'accorde que peu de droits aux CIP de contrôle. Aujourd'hui, ce droit intercantonal contient des imperfections auxquelles il conviendrait de remédier avant que ne surviennent des problèmes insolubles en l'état de l'organisation intercantonale. Autrement dit, il faudrait adapter une nouvelle fois cette convention-cadre au développement continu de la coopération intercantonale qui s'est accéléré cette dernière décennie et qui est appelé à s'intensifier davantage dans les années qui viennent. Un raisonnement similaire pourrait s'appliquer à l'ACI dont la révision s'imposerait également.

Nous reprendrons ici simplement les propos que tenait GAVILLET en 1999 et qui sont plus que jamais d'actualités : « Le concordat-cadre n'a pas suffisamment été exploré » et « il faut le faire figurer en bonne place sur l'établi des nouveaux outils législatifs de collaboration »⁵.

⁵ GAVILLET (1999), p. 15.

Thèse C : L'émergence d'une nouvelle conception des principes démocratiques

I. De la « fédéralisation » des droits politiques...

En général. – Nous l'avons souligné maintes fois dans la présente thèse. La pratique et la doctrine proposent de nombreux exemples de réglementation intercommunale, voire intercantonale qui entrent en contradiction avec le principe d'égalité des droits politiques (*supra* N 912). L'exemple le plus frappant est celui des votations régionales à la double majorité des votants et des communes que prévoient de nombreux droits cantonaux au sein des associations de communes ou d'autres corporations intercommunales similaires. Certains politiciens, de même que certains professeurs, ont parfois envisagé un système analogue au niveau intercantonal : des votations régionales à la double majorité des votants et des cantons partenaires.

1156

De telles réglementations se situent à contre-courant de la jurisprudence extrêmement sévère qu'a développée le Tribunal fédéral en lien avec le principe d'égalité des droits politiques (*supra* N 492 ss). Il n'en demeure pas moins que plusieurs arguments permettent de relativiser, dans une mesure limitée, les « inégalités » des droits politiques constatées dans la présente thèse et tendent à les faire passer pour nécessaires et proportionnées au sens du droit constitutionnel⁶.

Une atteinte faible et temporaire ? – Tout d'abord, l'importance des droits politiques régionaux est – et restera *a priori* – moindre en comparaison de celle des droits politiques traditionnels, qu'ils soient fédéraux, cantonaux ou communaux. Les organisations régionales conventionnelles ne disposent que de compétences limitées à des domaines bien précis et, en pratique, peu de votations intercommunales ont lieu. Les inégalités des droits politiques constatées lors de votations régionales n'ont donc pour l'heure qu'une portée matérielle mineure, si bien qu'il convient probablement d'examiner leur constitutionnalité avec plus d'indulgence que les inégalités des droits politiques cantonaux et communaux.

1157

L'on peut aussi partir de la prémisse selon laquelle les inégalités des droits politiques constatées dans la présente thèse ne sont *a priori* pas destinées à durer. La nécessité d'aménager des droits politiques régionaux de manière inégale

⁶ Nous avons déjà exposé une partie des considérations qui suivent dans un article publié en 2013 et intitulé *L'égalité des droits politiques : enjeu et limite des réformes territoriales* (voir JEANNERAT [2013], p. 195-205).

est vraisemblablement liée au temps nécessaire pour que les citoyens développent un sentiment d'appartenance à une région qui prévale sur – ou, du moins, équivaille à – celui d'appartenance à une communauté locale, avant de susciter, à termes, des projets de fusions de communes ou de cantons (*supra* N 42).

1158

Un progrès démocratique d'un point de vue relatif. – Enfin, il ne faut pas oublier que, très souvent, les compétences et/ou les tâches actuellement exercées, respectivement exécutées sous la forme d'une organisation régionale « inégalement démocratique » pourraient l'être aussi – et l'ont déjà été – par des organisations au sein desquelles aucun droit politique n'est octroyé aux citoyens⁷. L'octroi de droits politiques, même inégaux, a été – et est *a priori* – perçu comme une évolution globalement positive en comparaison de ce qui pourrait se faire ou s'est déjà fait par le passé. À partir de là, il pourrait sembler quelque peu kafkaïen de prétendre qu'une commune ou un canton ne peut pas adhérer à – ou fonder – une organisation régionale qui ne serait qu'« imparfaitement démocratique », tout en reconnaissant qu'elle peut valablement adhérer à une autre organisation régionale « non démocratique » au sein de laquelle les citoyens ne jouissent d'aucun droit politique⁸.

Nous pouvons reprendre ici les propos du Conseil d'État argovien qui a justifié par un tel argument sa volonté de ne pas imposer d'exigences minimales démocratiques trop élevées aux associations de communes⁹ :

« Zudem besteht kein öffentliches Interesse daran, dass die Hürden für die Gründung und den Betrieb von Gemeindeverbänden erhöht werden. Zu hohe Schwellen könnten zur Folge haben, dass vermehrt Gemeindeverträge abgeschlossen werden, obwohl eigentlich Gemeindeverbände zu gründen wären. Oder es könnten vermehrt Organisationsformen des Privatrechts (zum Beispiel Verein) gewählt werden, womit das Anliegen der Demokratisierung im Bereich der Gemeindezusammenarbeit auch nicht erfüllt werden könnte. »

1159

Une réponse à des considérations pratiques. – En fait, sanctionner la démocratisation imparfaite des réformes territoriales risquerait, dans certains cas

⁷ Cf. KOCHER (2010), p. 330.

⁸ C'est un argument similaire qu'invoque TANQUEREL pour justifier la possibilité pour les cantons d'instituer dans un concordat un référendum intercantonal conduisant à une votation à la double majorité, sans toutefois examiner l'éventuel problème de l'égalité des droits politiques qui, à mon sens, se poserait aussi (cf. [2001], p. 32 : « Dès lors qu'un canton admet, par principe, qu'une décision d'une institution concordataire peut lui être imposée, peu importe la composition de l'organe décisionnaire ou les modalités de vote qu'il applique. Or, qui peut le plus peut le moins. Si les cantons peuvent valablement s'engager à appliquer des décisions d'organes concordataires dans lesquels ils peuvent être minorisés, on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas, en adhérant librement à un concordat, s'engager à respecter, dans le domaine limité régi par le concordat en question, un système de décision faisant appel au scrutin populaire, avec ou sans prise en compte de la voix de chaque canton concordataire »).

⁹ REGIERUNGSRAT AG (2009), p. 22.

peut-être, de conduire non pas à une meilleure égalité des droits politiques, mais bien à devoir renoncer à l'aménagement de droits politiques au sein des nouvelles organisations, voire d'engendrer le risque, comme le reconnaissait également le Conseil d'État zurichois, « *dass auf andere Formen der (...) Zusammenarbeit ausgewichen wird, bei denen demokratische Mitwirkungsrechte nur in ganz geringem Umfang überhaupt möglich sind* »¹⁰.

En un sens, les imperfections constatées peuvent apparaître comme des imperfections institutionnelles strictement nécessaires ou, alors, comme un moindre mal nécessaire afin d'assurer une démocratisation minimale de la collaboration intercommunale ou intercantonale.

Une culture fédéraliste pragmatique. – Il faut surtout voir dans les « inégalités » des droits politiques constatées l'expression d'une conscience fédéraliste – d'une « *Tradition des Föderalismus* »¹¹ – profondément ancrée dans la pratique politique suisse, non seulement au niveau national, mais également au niveau cantonal et communal. Dans notre pays, l'exigence de la « double majorité » est perçue comme un instrument de protection des minorités, moins comme une règle portant atteinte à l'égalité des citoyens. C'est ainsi qu'en 2003, le Conseil d'État valaisan a expressément proposé que la loi cantonale instaure le système de la double majorité lors de votations au sein d'une association de communes en se fondant « [s]ur le modèle retenu pour la révision de la Constitution fédérale »¹².

1160

Il faut reconnaître qu'il est difficile d'imaginer que le développement de la collaboration intercantonale et intercommunale puisse être, comme toute réforme politique profonde, menée à bien sans infléchir quelque peu notre idéal démocratique, dès lors qu'il s'avère nécessaire de satisfaire certaines contingences politiques¹³. Comme le disait bien DOMINICÉ dans son étude sur le fédéralisme coopératif que nous avons déjà citée en introduction, « il nous paraît que les constructions [juridiques] helvétiques sont inspirées bien davantage du souci d'une adaptation souple aux besoins du moment que de théories ou de principes généraux »¹⁴.

L'obligation de « garder mesure ». – Comme l'a dit le Tribunal fédéral lui-même dans une affaire mettant en jeu l'exécution efficiente d'une collaboration régionale, en l'occurrence intercantonale, la démocratie ne s'acquiert toutefois

1161

¹⁰ REGIERUNGSRAT ZH (2012), p. 7.

¹¹ LINDER (2012), p. 208.

¹² CONSEIL D'ÉTAT VS (2003), p. 359; voir aussi GYGI (1973), p. 146, qui évoquait déjà l'aménagement de « *gemeindeföderalistisch-demokratische Abstimmungsverfahren* »; aussi FONDATION CH (1973), p. 857.

¹³ Cf., à propos des compromis nécessaires à l'avènement des réformes territoriales, INSTITUT DU FÉDÉRALISME (2002), p. 45, et KOCHER (2010), p. 329.

¹⁴ DOMINICÉ (1969), N 117.

pas à un prix totalement négociable. Il s'agit plutôt d'un prix « *welchen der Kanton für die Aufrechterhaltung seiner demokratischen Einrichtungen zu zahlen bereit sein muss* »¹⁵. Les « inégalités » des droits politiques doivent donc rester mesurées et provisoires, au risque d'opérer, à nouveau, une « démocratisation de façade » (cf. aussi thèse B). N'oublions pas non plus qu'il existe de nombreux mécanismes de gouvernance qui permettent de protéger les petites collectivités (p. ex. une règle de majorité qualifiée ou de représentation au sein d'organes intercantonaux ou intercommunaux; *supra* N 715 ss et 743 ss) et que les mécanismes de démocratie directe visent à garantir une participation de la population au sein de l'organisation régionale, non à assurer une représentation ou une influence égale des collectivités au sein de cette même organisation.

On peut ainsi s'interroger sur la constitutionnalité de votations à la double majorité qui entraîneraient des distorsions disproportionnées de l'égalité du poids électoral, sans véritablement se justifier¹⁶. À notre sens, il ne devrait pas être possible qu'une petite portion du corps électoral représentant moins de 30% de celui-ci puisse théoriquement décider de l'issue d'un scrutin (*supra* N 900). On doutera également de la constitutionnalité d'une assemblée constituante intercantonale paritaire – dont l'élection directe est prévue par une convention intercantonale – alors même que l'un des cantons concernés a la moitié moins d'habitants que le ou les autres cantons concernés (*supra* N 906 s.).

1162

Conclusion et perspectives pratiques pour les réformes territoriales. – En somme, l'intérêt à une démocratisation minimum de la collaboration régionale ne permet pas de faire fi des règles déduites du principe d'égalité des droits politiques, même si la pratique et la doctrine ne semblent jamais s'en être préoccupées jusqu'à présent. Il existe cependant quelques arguments plaidant en faveur d'une appréciation pragmatique de la question de la constitutionnalité des inégalités des droits politiques entraînées par le développement des organisations régionales. Autrement dit, la jurisprudence sur l'égalité des droits politiques développée jusqu'à ce jour par le Tribunal fédéral ne devrait pas s'appliquer telle quelle en matière d'organisation intercommunale ou intercantonale. L'idée est d'éviter que les réformes nécessaires de l'État ne soient sacrifiées sur l'autel du principe d'égalité des droits politiques.

¹⁵ ATF 95 I 213, consid. 4b; voir, également, ATF 96 I 210, consid. 5.

¹⁶ Voir, pour l'importance de conserver une certaine mesure, ATF 136 I 352, consid. 4.1, et ATF 136 I 376, consid. 4.7: « *Je grösser die Abweichungen vom Proporzverfahren und von der Erfolgswertgleichheit sind, desto gewichtiger müssen sich die rechtfertigenden Gründe erweisen.* »

Cette appréciation pragmatique de la question de l'égalité des droits politiques adoptée au niveau intercommunal pourrait trouver une application analogue en cas de fusion de communes ou en cas de fusion de cantons¹⁷. En s'inspirant de la pratique existant au niveau intercommunal, on peut imaginer nuancer les exigences jurisprudentielles habituellement déduites du principe d'égalité des droits politiques. L'intérêt pratique est évident, car l'un des principaux défis des projets de fusion est d'imaginer des modes d'élection et de votation qui, tout en respectant l'égalité des droits politiques sur un plan juridique, garantissent aux anciennes entités fusionnées une représentation ou un poids électoral minimal au sein des nouvelles autorités ou lors de votations.

Le projet de constitution pour un canton de Bâle réuni. – On rappellera à cet égard que les Chambres fédérales n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur le projet de constitution cantonale pour un nouveau canton réunissant les deux cantons bâlois, adopté par le 6 septembre 1968. Ce projet de constitution cantonale prévoyait un mécanisme provisoire de votation à la double majorité dans certaines situations¹⁸. Il semble qu'il puisse être considéré comme étant constitutionnel à l'aune de l'égalité des droits politiques¹⁹.

II. ... à la « déterritorialisation » des principes de souveraineté et de légalité

En général. – Dans le domaine de l'organisation régionale conventionnelle, la pratique propose de nombreux exemples de réglementations peu respectueuses du principe d'égalité des droits politiques. Elle en offre également d'autres qui entrent en contradiction avec le principe de légalité tel qu'il a toujours été entendu en droit suisse (*supra* N 1025).

1163

D'une part, les délégations législatives faites en faveur d'organes intercantonaux ne respectent pas les conditions constitutionnelles normalement imposées à un tel procédé légistique. Nous avons déjà abordé ce problème qui n'est pas totalement nouveau en droit suisse et les éventuelles solutions qui pourraient y être apportées (cf. thèse B). D'autre part, les « renvois » opérés par les conventions intercantionales ou intercommunales au droit d'autres cantons ou d'autres communes – voire au droit fédéral – négligent fréquemment les règles qui sont habituellement déduites du principe de légalité et de territorialité des lois et qui s'imposent normalement en matière de renvois législatifs.

¹⁷ Sur la question notamment, FRIEDERICH (2016), p. 96-99, qui rappelle qu'il n'est pour l'heure pas forcément clair de savoir dans quelle mesure il est possible de déroger à un strict respect du principe d'égalité en cas de fusion de communes.

¹⁸ Voir art. 81 al. 2 du projet de constitution d'un nouveau canton de Bâle, adopté le 6 septembre 1968 par une assemblée constituante commune aux deux cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne.

¹⁹ Pour une application souple du principe d'égalité des droits politiques lors de révisions constitutionnelles cantonales, voir aussi BSK BV-BELSER/MASSÜGER (2015), N 39 ad art. 51 Cst.

Le second de deux problèmes que nous venons de mentionner – qui est relativement récent – remet en question la conception que l'on a traditionnellement du principe de souveraineté ainsi que la portée que l'on confère communément au principe de légalité en droit suisse.

1164

La multiplication des renvois législatifs « inconstitutionnels ». – Nous n'énumérerons pas tous les exemples de renvois dynamiques inconstitutionnels qu'opèrent en pratique les conventions intercommunales ou intercantionales au droit fédéral ou au droit d'une commune ou d'un canton déterminé. Nous renvoyons ici à ceux qui ont été relevés dans la troisième partie de ce travail (*supra* N 984, 1006, 1022 et 1008 ss). Nous remarquerons, à ce stade de la thèse, que les exemples ont tendance à devenir de plus en plus nombreux et toujours plus importants. Il existe en effet une nette tendance à procéder à des renvois dynamiques inconstitutionnels ou, simplement, à inciter à de tels renvois.

Quelques exemples pratiques. – L'adoption, par les cantons de Suisse centrale, du Konkordat über die Grundlagen der Polizei-Zusammenarbeit in der Zentralschweiz du 6 novembre 2009 (ZPK), qui a remplacé l'ancien Konkordat über die polizeiliche Zusammenarbeit in der Zentralschweiz du 25 août 1980 (aZPK), illustre parfaitement ce phénomène. La nouvelle convention prévoit, en principe et de manière générale, que l'activité déployée par les forces de police dans un canton voisin est soumise au droit – et par voie de conséquence à la juridiction – du canton de provenance des policiers²⁰, alors que l'ancienne convention s'en tenait à la règle traditionnelle et conforme au principe de territorialité des lois selon laquelle la police cantonale d'un canton, appelée à effectuer une intervention dans un autre canton, doit en principe respecter le droit applicable dans ce canton-ci²¹. D'autres conventions intercantionales ou intercommunales vont dans le même sens. Un autre exemple, tout aussi illustratif, est représenté par les renvois dynamiques généraux au droit fédéral dans un domaine relevant traditionnellement de la souveraineté cantonale, en l'occurrence celui de la procédure administrative (*supra* N 1010).

1165

Un retour aux bailliages ? – L'application sur un territoire donné d'un droit qui, normalement, en l'absence de renvoi législatif dynamique, ne pourrait pas s'appliquer sur ce territoire viole le principe selon lequel les actes étatiques importants doivent se fonder sur une base légale adoptée (plus ou moins directement) par la population concernée par les actes en question. Théoriquement, la « souveraineté populaire » d'un canton ou l'autonomie d'une commune ne peut pas être exercée par le corps électoral habitant un autre territoire que ce canton ou cette commune. Dans la mesure où ils ne respectent pas de tels axiomes, les renvois législatifs similaires à celui présenté ci-avant conduisent *de facto* à modifier les limites territoriales à l'intérieur desquelles s'exerce la souveraineté

²⁰ Voir art. 16 et 18 ZPK.

²¹ Voir art. 6 et 7 aZPK; voir aussi MAGNIN (2017), p. 379, qui, dans une thèse consacrée sur la police en Suisse, relève le caractère nouveau de la règle sans en analyser la constitutionnalité.

d'un canton, ce au profit d'un autre canton. La comparaison est légèrement provocatrice, mais le phénomène nous rappelle bel et bien un peu l'époque où quelques territoires suisses, les « bailliages », étaient gouvernés par d'autres cantons, alors même qu'historiquement, le principe de la « souveraineté populaire » cantonale, tel qu'il a été consacré par quelques constituants cantonaux, est censé souligner une « *Absage an eine Fremdbestimmung, die geschichtlich vom fremden Herrschaftsträgern ausgehen konnte* »²².

Une négligence inconsciente ou justifiée pragmatiquement. – La pratique judiciaire, les autorités politiques et la doctrine semblent s'être accommodées du procédé du « renvoi », malgré les doutes qu'il devrait soulever d'un point de vue constitutionnel. Par exemple, le Tribunal fédéral n'a pour l'heure jamais relevé le problème constitutionnel que pose le renvoi dynamique au droit fédéral effectué par le droit intercantonal, alors même qu'il examine habituellement avec circonspection les renvois du droit cantonal au droit fédéral²³.

1166

D'un point de vue juridico-politique, il arrive de temps à autre que les autorités politiques justifient le recours à de tels renvois, au moment où on les envisage, par le fait que l'intégration d'une réglementation détaillée dans les conventions compliquerait de manière significative la collaboration intercantonale ou intercommunale. Elles soulignent au passage qu'en règle générale, le droit renvoyé ne trouvera que rarement application²⁴. Quant à la doctrine, elle relève quelquefois que les renvois dynamiques au droit d'une autre collectivité contenus dans les conventions intercantionales s'avèrent « *nicht unproblematisch* » ou qu'ils soulèvent des « *verfassungsrechtliche Bedenken* ». Elle conseille malgré tout de recourir à de tels procédés légistiques en suivant en cela le même raisonnement pragmatique que les autorités politiques²⁵.

Finalement, il semble presque – et nous reprenons là les mots de notre directeur de thèse – que l'on accepte l'application du principe « Cassis de Dijon » s'agissant du respect du principe de légalité. Il serait possible, pour un canton ou une commune, de renvoyer, dans une convention, à des normes adoptées par une autre collectivité suisse, simplement parce que ces normes satisfont aux exigences du principe de légalité au sein de la collectivité qui les a produites. À titre exemplatif, LIENHARD et WICHTERMAN, dans un avis de droit qui a été rédigé en 2005 à l'intention de la Conférence des gouvernements cantonaux (CGSO) et qui figure dans notre bibliographie, ont disserté sur plus de vingt pages sur la problématique du droit applicable à la responsabilité des institutions

²² EICHENBERGER (1986), N 1 ad § 1 Cst. AG.

²³ Voir, entre autres, Tribunal fédéral, arrêt 2C_221/2014 du 14 janvier 2015, consid. 5.3.

²⁴ ZPDK (2009), p. 14.

²⁵ Dans l'ordre, WALDMANN/OESCHGER (2011), N 13, et UHLMANN/ZEHNDER (2011), p. 24 s.; aussi ZEHNDER (2007), p. 301 s.

intercantonales communes. Ils évoquent abondamment la possibilité de renvoyer, dans la convention organisatrice, aux différents droits cantonaux, voire au droit fédéral, sans jamais se référer une seule fois au principe de la réserve de la loi formelle, ni à celui de la territorialité du droit.

1167 *Une conséquence du principe de « souveraineté coopérative » ?* – De manière générale, la science juridique suisse de même que la pratique se désintéressent de la question de la constitutionnalité des renvois dynamiques au droit de la Confédération, d'un canton ou d'une commune que contiennent les conventions intercantonales et intercommunales.

Le fait que la doctrine helvétique n'a encore jamais, à notre connaissance, pris la peine de distinguer les « renvois législatifs conventionnels » des « normes de rattachement conventionnelles » – en soi parfaitement constitutionnelles (*supra* 556 ss et N 948 ss) – témoigne d'une certaine indifférence envers les problèmes constitutionnels que pose le développement du « droit intercantonale public ». Cette indifférence fait probablement écho à l'évolution – définitivement incontestable – que connaissent le principe de « souveraineté » cantonale et celui d'autonomie communale. Le concept même de « souveraineté » ou d'« autonomie » ne doit plus être compris au sens classique du terme, c'est-à-dire comme le droit d'exercer certaines fonctions étatiques sur un territoire donné à l'exclusion de tout autre État. Il convient de le compléter par une composante coopérative selon laquelle les collectivités publiques ont besoin les unes des autres pour réaliser leurs tâches et exercer leurs compétences (*supra* N 277 ss et 302).

1168 *La « déterritorialisation » du principe de souveraineté ?* – À y regarder de plus près, la reconnaissance « tacite » de l'application extraterritoriale de règles de droit édictées par des collectivités voisines esquisse une autre évolution de la notion de souveraineté en droit constitutionnel suisse. Elle laisse présager d'une définition « fonctionnelle », et non plus « territoriale », de la souveraineté cantonale ou de l'autonomie communale. Le développement de la collaboration intercantonale et intercommunale semble forcer les autorités suisses à concevoir la souveraineté cantonale ou l'autonomie communale non plus en lien avec l'espace physique sur lequel celle-ci s'exerce traditionnellement, mais en fonction des activités que les cantons et les communes exercent ou non, le cas échéant pour le compte d'autres cantons ou d'autres communes. Sur un plan juridique et législatif, on voit émerger – ou se concrétiser – une lente et progressive « déterritorialisation » de la production du droit²⁶.

Cette évolution est nouvelle en droit public alors même que le droit privé s'est depuis longtemps reconnu une vocation extraterritoriale²⁷. Elle constitue

²⁶ BESSON (2006), N 4.

²⁷ Voir GALLO (2013), p. 33.

assurément l'objet d'une étude à part entière que nous renonçons évidemment à mener encore dans la présente thèse.

Conclusion générale

Arrivé au terme de notre étude portant sur l'organisation régionale conventionnelle en Suisse, nous devons nous demander si nous avons atteint les objectifs auxquels nous nous proposons d'arriver en introduction : déterminer les éventuelles règles générales limitant ou régissant les organisations mises en place par les cantons et par les communes et évaluer, sur cette base, la pratique adoptée dans ce domaine d'un point de vue juridique.

1169

Nous pouvons assurément commencer par ce premier constat : dans notre étude, nous avons pu développer et systématiser de nombreuses règles générales que les cantons et les communes devraient respecter lorsqu'ils entendent organiser, par le biais de conventions intercantionales ou intercommunales, l'exécution d'une tâche publique ou l'exercice d'une fonction étatique en commun. De telles règles, déduites principalement de la Constitution fédérale et des constitutions cantonales, concernent, entre autres, la définition des tâches publiques ou des fonctions « régionalisables », la délégation de compétences législatives ou financières à un organe régional, le mode de désignation des autorités judiciaires intercantionales, la procédure de modification des conventions organisatrices ou, alors, l'octroi et l'aménagement de droits politiques régionaux.

1170

L'avantage de l'approche constitutionnaliste positiviste que nous avons adoptée est de nous avoir permis de prendre de la hauteur et de fixer des principes juridiques applicables aux diverses problématiques diverses que nous venons de mentionner, même en l'absence de règles constitutionnelles claires régissant l'organisation régionale conventionnelle. Malheureusement, cette hauteur se traduit quelquefois par un manque de précision, voire une certaine incertitude, compte tenu de l'ouverture des normes constitutionnelles autour desquelles nous avons bâti notre thèse.

Au regard de l'ouverture des normes constitutionnelles touchées par le développement de la collaboration régionale, un deuxième constat s'impose de lui-même. L'analyse des règles prévalant en matière d'organisation intercommunale complète et enrichit assurément celle des règles régissant l'organisation

1171

intercantonale. Cette approche comparée apporte un éclairage intéressant et pertinent sur les limites – mais surtout sur les possibilités – de la collaboration intercantonale, laquelle suit, de fait, la voie tracée par la collaboration intercommunale. Elle a notamment permis de mettre en lumière le fait que la doctrine part certaines fois de présupposés juridiques faux – ou du moins incohérents – en matière de collaboration intercantonale.

1172 Nous avons aussi pu mettre en exergue le fait que les cantons et les communes ne font pas toujours grand cas du cadre constitutionnel fédéral et cantonal existant lorsqu'ils s'organisent de manière régionale ou lorsqu'ils proposent, concrètement, un mode d'organisation régionale. Cette négligence du cadre constitutionnel, qui constitue le troisième et dernier constat de cette thèse, trouve *a priori* plusieurs explications.

De nombreux projets de collaboration sont élaborés et menés à bien par des spécialistes sectoriels qui se préoccupent peu des questions juridiques fondamentales qui peuvent se poser. Une fois qu'un accord est trouvé entre les cantons et les communes appelées à collaborer, les autorités politiques éviteront quant à elles de mettre le doigt sur les éventuels problèmes constitutionnels que pose le projet, sauf lorsqu'elles entendent le « couler ». Quant aux juristes, après avoir longtemps cherché à définir les limites que devait respecter, dans son principe, la collaboration régionale, en particulier intercantonale, ils semblent aujourd'hui adopter une conception pragmatique et accepter une application parfois (très) souple de principes constitutionnels centraux, tels que celui de l'égalité des droits politiques, celui de la territorialité des lois et celui de la réserve de la loi formelle.

1173 Finalement, nous concluons par un aveu d'humilité couplé de l'habituel vœu de chaque thésard.

Nous ne doutons pas que les personnes appelées à parcourir la présente thèse, tout comme d'autres intéressées par la question de la collaboration intercantonale et intercommunale (s'il en existe), puissent constater que notre thèse présente de multiples imperfections. Sur un plan matériel en particulier, bien que volumineuse, l'étude effectuée ne traite pas de l'ensemble des questions que pose l'organisation régionale conventionnelle. Elle se contente en outre d'aborder cette forme particulière de collaboration intercantonale et intercommunale sous un angle purement juridique, coupant parfois les « cheveux en quatre », sans examiner de manière critique l'opportunité et l'utilité réelle de cette collaboration d'un point de vue politique, financier et économique. Nous tenons toutefois à souligner que l'aspect juridique, que les acteurs politiques ont précisément tendance à négliger, peut être considéré comme le « parent pauvre » de cette thématique. Nous espérons ainsi avoir réussi à combler une

infime partie de cette lacune et souhaitons susciter, peut-être, d'autres recherches, voire des débats sur le sujet de l'organisation régionale conventionnelle.