Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 103 (1984)

Artikel: Le fédéralisme

Autor: Knapp, Blaise

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895865

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 31.03.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Le fédéralisme

Rapport présenté par BLAISE KNAPP

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Table des matières

Table des Textes cités 281

Introduction et délimitation du sujet 291

Chapitre Ier: Les fondements du fédéralisme 294

Section I: La position des cantons dans la Confédération 294

A. L'origine du fédéralisme en Suisse 294

a) la période antérieure à 1798 294

b) de 1798 à 1848 295

1. l'Helvétique 295

2. l'Acte de Médiation 296

3. le Pacte fédéral 297

4. la Constitution de 1848 298

c) conclusion 299

B. Le fédéralisme et la décentralisation 300

a) les avis doctrinaux 300

b) l'autonomie administrative 301

c) la souveraineté cantonale 301

d) l'autonomie cantonale 306

C. Les cantons, organes de la Confédération 307

D. Conclusion 308

Section II: Les cantons, protection et expression des minorités 308

A. Le Conseil des Etats 310

B. Une clé de répartition des compétences 311

C. Le référendum constitutionnel 312

Chapitre II: La puissance publique originaire des cantons et ses limites . . 314

Section I: Les compétences cantonales et leurs limites 315

A. Les compétences cantonales 315

a) les compétences cantonales quant à l'objet 316

1. les compétences disparues 316

2. les compétences évanescentes 316

3. les compétences véritables 318

4. les compétences déléguées, restituées ou maintenues 319

b) les compétences quant aux personnes et quant au lieu 321

1. quant à l'espace 321

2. quant aux personnes 322

c) conclusion 323

B. La primauté de la loi et les conflits de loi 323

a) la validité formelle du droit cantonal 324

b) la validité matérielle du droit cantonal 325
c) conclusion 327
C. Les immunités fédérales 328
Section II: Quelques limites particulières aux compétences cantonales . . 330
A. Les compétences fédérales «par nature» 330
a) les règles dégagées par le Tribunal fédéral 330
b) les autres cas 333
c) conclusion 335
B. Les règles accessoires 336
C. Les facteurs d'unification de fait des droits cantonaux 338
D. Les finances cantonales 340
a) les ressources fiscales 340
b) les autres ressources autonomes 342
c) les subventions fédérales 342
d) conclusion 344
Section III: Conclusion générale 345

Chapitre III: Les cantons exécutent le droit fédéral 346
Section I: Les réglementations fédérales détaillées et les réglementations de principe 347
A. Le pouvoir de faire exécuter la loi fédérale par les cantons 347
B. Le degré de précision des règles fédérales 348
a) unité de règle et unité de pratique 348
b) le pouvoir d'édicter des circulaires 349
c) conséquences sur le fédéralisme d'exécution 351
C. Conclusion 352
Section II: Les modalités de l'exécution du droit fédéral par les cantons . 352
A. L'organisation des pouvoirs 353
a) l'obligation de désigner des autorités cantonales compétentes . . 353
b) l'obligation de créer des institutions ou établissements 355
c) l'obligation de créer des instances de recours cantonales 356
d) l'obligation de confier des tâches aux communes 357
e) les communes destinataires directes du droit fédéral 358
f) la désignation d'autorités cantonales compétentes par la loi fédérale 359
1. des agents publics cantonaux 359
2. le Conseil d'Etat 360
B. La procédure 362
a) la procédure non contentieuse 363
1. quelques modalités 363
2. l'approbation fédérale des actes 365
b) la procédure contentieuse 367
1. la qualité pour recourir 367
2. les délais 367
3. l'objet du recours 368
4. le pouvoir des juges 368
5. les procédures complètes 368
i) la procédure de recours cantonale pour l'impôt fédéral direct 369
ii) la procédure de recours cantonale en matière d'assurance-vieillesse et survivants 369

c) conclusion 370
C. Les droits et les devoirs des autorités cantonales 371
a) le devoir de légiférer 371
1. le principe 371
2. le devoir de soumettre à approbation 372
3. le devoir de communiquer 373
b) le devoir de prendre des mesures matérielles 374
c) le devoir et le pouvoir de prendre des décisions 375
1. en général 375
2. la décision définitive 376
3. la décision soumise à approbation fédérale 377
4. la décision préparée par le canton et prise par la Confédération 377
5. le droit d'être entendu dans une décision fédérale 378
6. le droit et le devoir d'imposer des charges à des tiers 380
7. le droit à une information de la part de l'autorité fédérale . . 381
D. Le financement de l'exécution du droit fédéral par les cantons 382
a) la gratuité 382
b) l'exemption d'impôts 383
c) le pouvoir de prélever des contributions 383
d) les tarifs fédéraux 385
e) le paiement des services rendus 386
f) les prestations des cantons 388
E. La collaboration, l'entraide et le règlement des conflits 389
a) le règlement des conflits 390
b) l'entraide entre la Confédération et les cantons 391
c) la collaboration intra-cantonale 392
d) l'entraide intercantonale 393
F. Les moyens d'action des cantons 394
a) des agents publics 394
1. quant au choix 394
2. quant aux conditions d'emploi 395
3. quant à la responsabilité 395
4. la double autorité 396
b) le devoir cantonal de surveillance 398
c) le droit de recours d'une autorité administrative cantonale 399
d) les pouvoirs de contrainte 401
e) le pouvoir de sanction 402
f) la poursuite pénale 403
g) l'utilisation de l'armée 404
G. La responsabilité des cantons 405
H. Les moyens de contrôle de la Confédération 406
a) en général 406
b) le pouvoir d'approuver une décision ou une réglementation . . . 407
c) le droit d'édicter des circulaires 408
d) le droit à l'information 408
e) la standardisation 409
f) le pouvoir d'enquête et d'inspection 409
g) les sanctions contre les agents publics défaillants 411
h) le droit de recourir 412
i) le droit de la Confédération de se substituer aux cantons défaillants 413
Section III: Les relations financières entre la Confédération et les cantons . 415

A. Les finances et le fédéralisme 415
a) la subvention uniquement fédérale 415
b) les subventions cantonales et fédérales 416
c) le contrôle fédéral 417
B. Les comptes Confédération – cantons 418
a) les flux financiers 418
b) le pourquoi des flux 419
1. les recettes cantonales en vertu de la législation fédérale 419
i) les remboursements et subventions 419
ii) les parts cantonales 419
2. la péréquation financière 421
3. les conséquences sur le fédéralisme 422
4. les versements des cantons 422
C. Le comment des flux financiers 423
Section IV: De quelques réalités 423
Thèses 427
Thesen 429

Table des textes cités

ABRIS, Loi fédérale sur les constructions de protection civile (loi sur les ***), du 4 octobre 1963: RS 520.2

ABSINTHE, Loi fédérale sur l'interdiction de l'***, du 24 juin 1910: RS 817.451

ADOPTION, Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'***, du 28 mars 1973: RS 211.221.36

AGENCES D'ÉMIGRATION, Loi fédérale concernant les opérations des ***, du 22 mars 1888: RS 935.31

AGRICULTURE, Loi fédérale sur l'amélioration de l'*** et le maintien de la population paysanne, du 3 octobre 1951: RS 910.1

AGRICULTURE, Ordonnance concernant l'ASSURANCE contre les accidents professionnels et la prévention des accidents dans l'***, du 9 mars 1954: RS 917.1

AGRICULTURE, Loi fédérale sur les CRÉDITS D'INVESTISSEMENT dans l'*** et l'aide aux exploitations paysannes, du 23 mars 1962: RS 914.1

AGRICULTURE, Ordonnance sur les CRÉDITS D'INVESTISSEMENT dans l'*** et l'aide aux exploitations paysannes, du 15 novembre 1972: RS 914.11

ALCOOL, Loi fédérale sur l' ***, du 21 juin 1932: RS 680

ALCOOL, Arrêté fédéral relatif à la Loi fédérale sur l'***, du 20 juin 1980: RS 680.0

ALLOCATIONS FAMILIALES, Loi fédérale sur les *** dans l'agriculture, du 20 juin 1952: RS 836.1

ALLOCATIONS FAMILIALES, Arrêté du Conseil fédéral fixant les CONTRIBUTIONS DES CANTONS au titre des *** aux travailleurs agricoles et aux paysans de la montagne, du 21 mai 1954: RS 836.12

AMÉLIORATIONS FONCIÈRES, Ordonnance concernant l'octroi de subsides en faveur des *** et des bâtiments ruraux (Ordonnance sur les améliorations foncières), du 14 juin 1971: RS 913.1

AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, Loi fédérale sur l'***, du 22 juin 1979: RS 700

AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, Ordonnance sur l'***, du 26 août 1981: RS 700.1

AMENDES D'ORDRE, Loi fédérale sur les *** infligées aux usagers de la route, du 24 juin 1970: RS 741.03

ANIMAUX, Loi fédérale sur la protection des ***, du 9 mars 1978: RS 455

ANIMAUX, Ordonnance sur la protection des ***, du 27 mai 1981: RS 455.1

ARMÉE, Arrêté de l'Assemblée fédérale concernant l'administration de l'*** suisse, du 30 mars 1949: RS 510.30

ARSENAUX, Ordonnance concernant la fourniture, le service des intérêts et l'amortissement de l'outillage des *** cantonaux, du 22 décembre 1956: RS 514.211

ASILE, Loi fédérale sur l'***, du 5 octobre 1979: RS 142.31

ASILE, Ordonnance sur l'***, du 12 novembre 1980: RS 142.311
ASSISTANCE, Loi fédérale sur la compétence en matière d'*** des personnes dans le besoin, du 24 juin 1977: RS 851.1
ASSURANCE-ACCIDENT, Loi fédérale sur l'***, du 20 mars 1981: RS 832.20
ASSURANCE-CHÔMAGE, Loi fédérale sur l'*** obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982: RS 837.0
ASSURANCE-INVALIDITÉ, Loi fédérale sur l'***, du 19 juin 1959: RS 831.20
ASSURANCE-INVALIDITÉ, Règlement sur l'***, du 17 janvier 1961: RS 831.201
ASSURANCE-MALADIE, Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 13 juin 1911: RS 832.01
ASSURANCE-MALADIE, Ordonnance IV sur l'*** concernant la reconnaissance pour l'assurance-maladie des certificats cantonaux de capacité délivrés aux CHIROPRATICIENS, du 15 janvier 1965: RS 832.156.4
ASSURANCE-MALADIE, Ordonnance VII sur l'*** concernant l'autorisation donnée aux LABORATOIRES d'exercer leur activité à la charge de l'assurance maladie, du 29 mars 1966: RS 832.156.6
ASSURANCE-MALADIE, Ordonnance VI sur l'*** concernant l'autorisation donnée au PERSONNEL PARAMÉDICAL de pratiquer à la charge de l'assurance-maladie, du 11 mars 1966: RS 832.156.1
ASSURANCE-MILITAIRE, Loi fédérale sur l'***, du 20 septembre 1949: RS 833.1
ASSURANCE-VIEILLESSE, Loi fédérale sur l'*** et survivants, du 20 décembre 1946: RS 831.10
ASSURANCE-VIEILLESSE, Règlement sur l'*** et survivants, du 31 octobre 1947: RS 831.101
ASSURANCE-VIEILLESSE, Ordonnance fixant les CONTRIBUTIONS DES CANTONS à l'*** et survivants et à l'assurance-invalidité, du 21 novembre 1973: RS 831.191.2
BANQUE NATIONALE, Loi fédérale sur la ***, du 23 décembre 1953: RS 951.11
BÉTAIL, Ordonnance instituant une contribution aux FRAIS des détenteurs de *** de la région de montagne et de la région préalpine des collines, du 2 décembre 1974: RS 916.313.1
BÉTAIL, Ordonnance sur la VENTE du ***, du 18 juin 1979: RS 916.301.1
BIENS CULTURELS, Loi fédérale sur la protection des *** en cas de conflit armé, du 6 octobre 1966: RS 520.3
BOURSES D'ÉTUDES, Loi fédérale sur l'allocation de subventions pour les dépenses des cantons en faveur des ***, du 19 mars 1965: RS 416.0
BREVETS, Loi fédérale sur les *** d'invention, du 25 juin 1954: RS 232.14
BRODERIE, Arrêté fédéral sur l'organisation du FONDS DE SOLIDARITÉ de la *** suisse au métier à navette, du 23 juin 1948: RS 934.23
CARTELS, Loi fédérale sur les *** et organisations analogues, du 20 décembre 1962: RS 251
CARTES FÉDÉRALES, Ordonnance réglant l'utilisation des *** et des plans cadastraux, du 12 décembre 1977: RS 510.622
CASIER JUDICIAIRE, Ordonnance sur le ***, du 21 décembre 1973: RS 331
CATASTROPHE, Ordonnance du Département militaire fédéral réglant le recours à des moyens militaires en cas de *** dans le pays, du 20 septembre 1976: RS 510.213
CAUTIONNEMENT, Arrêté fédéral tendant à encourager les coopératives de *** des arts et métiers, du 22 juin 1949: RS 951.24
CHASSE, Loi fédérale sur la *** et la protection des oiseaux, du 10 juin 1925: RS 922.0
CHEMINS DE FER, Loi fédérale sur les ***, du 20 décembre 1957: RS 742.101

CHEMINS DE FER FÉDÉRAUX, Loi fédérale sur les ***, du 23 juin 1944: RS 742.31
CINÉMA, Loi fédérale sur le ***, du 28 septembre 1962: RS 443.1
CIRCULATION ROUTIÈRE, Loi fédérale sur la ***, du 19 décembre 1958: RS 741.01
CIRCULATION ROUTIÈRE, Ordonnance réglant L'ADMISSION des personnes et des véhicules à la ***, du 27 octobre 1976: RS 741.51
CIRCULATION ROUTIÈRE, Arrêté fédéral concernant le RECENSEMENT de la *** et son renouvellement périodique, du 30 novembre 1964: RS 431.741.1
CIRCULATION ROUTIÈRE, Ordonnance sur les RÈGLES de la ***, du 13 novembre 1962: RS 741.11
CODE CIVIL suisse, du 10 décembre 1907: RS 210
CODE DES OBLIGATIONS, du 30 mars 1911: RS 220
CODE PÉNAL SUISSE, du 21 décembre 1937: RS 311.0
CODE PÉNAL SUISSE, Ordonnance 1 relative au ***, du 13 novembre 1973: RS 311.01
CODE PÉNAL MILITAIRE, du 13 juin 1927: RS 321.0
COMMUNICATION, Ordonnance réglant la *** des DÉCISIONS PÉNALES prises par les autorités cantonales, du 14 novembre 1979: RS 312.3
CONCURRENCE, Loi fédérale sur la *** déloyale, du 30 septembre 1943: RS 241
CONJONCTURE, Loi fédérale réglant l'observation de la *** et l'exécution d'enquêtes sur la conjoncture, du 20 juin 1980: RS 951.95
CONSTITUTION FÉDÉRALE de la Confédération suisse, du 29 mai 1874: RS 101
CONVENTION COLLECTIVE, Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la *** de travail, du 28 septembre 1956: RS 221.215.311
DÉFENSE, Loi fédérale sur les organes directeurs et le Conseil de la ***, du 27 juin 1969: RS 501
DÉFENSE GÉNÉRALE, Ordonnance sur l'instruction en matière de ***, du 18 décembre 1974: RS 501.2
DENRÉES ALIMENTAIRES, Loi fédérale sur le commerce des *** et de divers objets usuels, du 8 décembre 1905: RS 817.0
DENRÉES ALIMENTAIRES, Ordonnance sur les *** et les objets usuels, du 26 mai 1936: RS 817.02
DÉSENDETTEMENT, Loi fédérale sur le *** de domaines agricoles, du 12 décembre 1940: RS 211.412.12
DIOXYDIAMINOARSENOBENZÈNE, Arrêté du Conseil fédéral instituant le contrôle du ***, de ses dérivés et d'autres combinaisons organiques arsénicales trivalentes, du 17 décembre 1951: RS 812.112
DOUANES, Loi fédérale sur les ***, du 1er octobre 1925: RS 631.0
DROIT D'AUTEUR, Loi fédérale concernant le *** sur les œuvres littéraires et artistiques, du 7 décembre 1922: RS 231.1
DROIT PÉNAL, Loi fédérale sur le *** administratif, du 22 mars 1974: RS 313.0
DROITS D'EAU, Règlement concernant le calcul des redevances en matière de ***, du 12 février 1918: RS 721.831
DROITS D'ENTRÉE, Arrêté fédéral concernant l'EMPLOI de la part des *** sur les carburants destinée aux constructions routières, du 23 décembre 1959: RS 725.116.2
DROITS D'ENTRÉE, Ordonnance concernant la RÉPARTITION de la part des *** sur les carburants affectée à des contributions générales et à la péréquation financière au titre des constructions routières, du 5 juin 1978: RS 725.116.25
DROITS POLITIQUES, Loi fédérale sur les ***, du 17 décembre 1976: RS 161.1
DROITS POLITIQUES, Ordonnance sur les ***, du 24 mai 1978: RS 161.11

DROITS POLITIQUES, Ordonnance sur les *** des Suisses à l'ÉTRANGER, du 25 août 1976: RS 161.51
DROITS DE TIMBRE, Loi fédérale sur les ***, du 27 juin 1973: RS 641.10
DROITS DE TIMBRE, Arrêté fédéral relatif à la Loi fédérale sur les ***, du 20 juin 1980: RS 641.100
EAUX, Loi fédérale sur la police des ***, du 22 juin 1877: RS 721.10
EAUX, Loi fédérale sur la PROTECTION des *** contre la pollution, du 8 octobre 1971: RS 814.20
EAUX, Ordonnance générale sur la PROTECTION des ***, du 19 juin 1972: RS 814.201
EAUX, Ordonnance sur la PROTECTION des *** contre les LIQUIDES pouvant les altérer, du 28 septembre 1981: RS 814.226.21
ECONOMIE, Arrêté fédéral instituant une aide financière en faveur des régions dont l'*** est menacée, du 6 octobre 1978: RS 951.93
ECONOMIE FORESTIÈRE, Loi fédérale concernant des crédits d'investissement pour l'*** en montagne, du 21 mars 1969: RS 921.91
ECONOMIE LAITIÈRE 1977, Arrêté fédéral sur l'***, du 7 octobre 1977: RS 916.350.1
ECONOMIE LAITIÈRE, Ordonnance sur le SERVICE D'INSPECTION et de consultation en matière d'***, du 22 novembre 1972: RS 916.351.1
EMPLOI, Loi fédérale sur le service de l'***, du 22 juin 1951: RS 823.11
EMPLOI, Règlement d'exécution I de la Loi fédérale sur le service de l'***, du 21 décembre 1951: RS 823.111
ENERGIE ATOMIQUE, Loi fédérale sur l'utilisation pacifique de l'*** et la protection contre les radiations, du 23 décembre 1959: RS 732.0
ENERGIE ATOMIQUE, Arrêté fédéral concernant la loi sur l'***, du 6 octobre 1978: RS 732.01
ENFANTS, Ordonnance réglant le placement d'***, du 19 octobre 1977: RS 211.222. 338
ENTRAIDE, Loi fédérale sur l'*** internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale), du 20 mars 1981: RS 351.1
EPIDÉMIES, Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les ***), du 18 décembre 1970: RS 818.101
EPIZOOTIES, Loi fédérale sur les ***, du 1er juillet 1966: RS 916.40
EPIZOOTIES, Ordonnance relative à la Loi fédérale sur les mesures à prendre pour combattre les ***, du 15 décembre 1967: RS 916.401
EQUIPEMENT, Ordonnance sur l'*** des troupes, du 25 novembre 1974: RS 514.10
ETABLES, Ordonnance instituant le régime de l'autorisation pour la construction d'***, du 25 août 1981: RS 916.016
ETAT-CIVIL, Ordonnance sur l'***, du 1er juin 1953: RS 211.112.1
ETRANGER, Arrêté fédéral sur l'acquisition d'IMMEUBLES par des personnes domiciliées à l'***, du 23 mars 1961: RS 211.412.41
ETRANGER, Ordonnance d'exécution de l'Arrêté fédéral concernant l'acquisition d'IMMEUBLES par des personnes domiciliées à l'***, du 21 décembre 1973: RS 211.412.411
ETRANGERS, Arrêté du Conseil fédéral concernant la compétence des AUTORITÉS de police des ***, du 13 mars 1964: RS 142.202
ETRANGERS, Arrêté du Conseil fédéral concernant la déclaration du DÉPART des ***, du 21 janvier 1971: RS 142.212
ETRANGERS, Ordonnance du Département fédéral de justice et police limitant le NOMBRE des ***, du 17 octobre 1979: RS 142.210

ETRANGERS, Ordonnance limitant le NOMBRE des *** qui exercent une activité lucrative, du 22 octobre 1980: RS 823.21
ETRANGERS, Ordonnance sur le REGISTRE central des ***, du 20 octobre 1982: RS 142.215
ETRANGERS, Loi fédérale sur le SÉJOUR et l'établissement des ***, du 26 mars 1931: RS 142.20
ETRANGERS, Règlement d'exécution de la Loi fédérale sur le SÉJOUR et l'établissement des ***, du 1er mars 1949: RS 142.201
ETRANGERS, Tarif des TAXES perçues en application de la Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des ***, du 30 décembre 1955: RS 142.241
EXPLOITATION AGRICOLE, Ordonnance instituant des contributions à l'*** du sol dans des conditions difficiles, du 16 juin 1980: RS 910.21
EXPLOSIFS, Loi fédérale sur les substances explosibles (loi sur les ***), du 25 mars 1977: RS 941.41
EXPROPRIATION, Loi fédérale sur l'***, du 20 juin 1930: RS 711
EXPROPRIATION, Ordonnance du Tribunal fédéral concernant les demandes d'indemnités formulées en vertu de l'art. 15 de la Loi fédérale sur l'***, du 22 mai 1931: RS 711.2
FERMAGES AGRICOLES, Loi fédérale sur le contrôle des ***, du 21 décembre 1960: RS 942.10
FINANCES, Loi fédérale sur le Contrôle fédéral des ***, du 28 juin 1967: RS 614.0
FORCES HYDRAULIQUES, Loi fédérale sur l'utilisation des ***, du 22 décembre 1916: RS 721.80
FORÊTS, Arrêté fédéral concernant la participation de la Confédération à la reconstitution des *** atteintes par le CHANCRE DE L'ÉCORCE du châtaignier, du 21 décembre 1956: RS 921.514
FORÊTS, Loi fédérale concernant la haute surveillance de la Confédération sur la POLICE des ***, du 11 octobre 1902: RS 921.0
FORÊTS, Arrêté du Conseil fédéral concernant la PROTECTION des ***, du 16 octobre 1956: RS 921.541
FORMATION PROFESSIONNELLE, Loi fédérale sur la ***, du 19 avril 1978: RS 412.10
GARANTIES, Loi fédérale sur les *** politiques et de police en faveur de la Confédération, du 26 mars 1934: RS 170.21
IMPÔT, Loi fédérale sur l'*** anticipé, du 13 octobre 1965: RS 642.21
IMPÔT, Ordonnance d'exécution de la Loi fédérale sur l'*** ANTICIPÉ, du 19 décembre 1966: RS 642.211
IMPÔT, Règlement d'exécution de l'Arrêté du Conseil fédéral concernant un *** fédéral sur les BOISSONS, du 27 novembre 1934: RS 641.411.1
IMPÔT, Arrêté du Conseil fédéral instituant un *** sur le CHIFFRE D'AFFAIRES, du 29 juillet 1941: RS 641.20
IMPÔT, Arrêté du Conseil fédéral sur la perception d'un *** fédéral DIRECT, du 9 décembre 1940: RS 642.11
IMPÔT, Ordonnance relative à l'IMPUTATION FORFAITAIRE d'***, du 22 août 1967: RS 672.201
INDEMNISATION, Loi fédérale sur les demandes d'*** envers l'étranger, du 21 mars 1980: RS 981
INDICATION, Loi fédérale concernant l'** du poids sur les gros colis destinés à être transportés par bateau, du 28 mars 1934: RS 832.311.18
INSTALLATIONS ÉLECTRIQUES, Loi fédérale concernant les *** à faible et à fort courant, du 24 juin 1902: RS 734.0

INVESTISSEMENTS, Loi fédérale sur l'aide en matière d'*** dans les régions de montagne, du 28 juin 1974: RS 901.1

JEUX, Ordonnance concernant l'exploitation des *** dans les kursaals, du 1er mars 1929: RS 935.53

LAIT, Arrêté de l'Assemblée fédérale concernant le ***, les produits laitiers et les graisses comestibles (Arrêté sur le statut du lait), du 29 septembre 1953: RS 916.350

LOCATIF, Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur ***, du 30 juin 1972: RS 221.213.1

LOGEMENTS, Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de ***, du 4 octobre 1974: RS 843

LOGEMENT, Loi fédérale concernant l'amélioration du *** dans les RÉGIONS DE MONTAGNE, du 20 mars 1970: RS 844

LOGEMENT, Ordonnance concernant l'amélioration du *** dans les RÉGIONS DE MONTAGNE, du 13 janvier 1971: RS 844.1

LOTERIES, Loi fédérale sur les *** et les paris professionnels, du 8 juin 1923: RS 935.51

MALADIES RHUMATISMALES, Loi fédérale concernant l'allocation de subventions pour la lutte contre les ***, du 22 juin 1962: RS 818.21

MALADIES TRANSMISSIBLES, Ordonnance sur la déclaration des *** de l'homme, du 17 juin 1974: RS 818.141.1

MARQUES, Loi fédérale concernant la protection des *** de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles, du 26 septembre 1890: RS 232.11

MATERIEL DE GUERRE, Ordonnance concernant l'administration du ***, du 10 novembre 1953: RS 514.21

MENSURATION CADASTRALE, Ordonnance sur la ***, du 12 mai 1971: RS 211.432.2

MÉTAUX PRÉCIEUX, Loi fédérale sur le contrôle du commerce des *** et des ouvrages en métaux précieux, du 20 juin 1933: RS 941.31

MÉTAUX PRÉCIEUX, Règlement d'exécution de la Loi fédérale sur le contrôle du commerce des *** et des ouvrages en métaux précieux, du 8 mai 1934: RS 941.311

MÉTAUX PRÉCIEUX, Ordonnance sur les TAXES du contrôle des ***, du 4 novembre 1981: RS 941.319

MÉTROLOGIE, Loi fédérale sur la ***, du 9 juin 1977: RS 941.20

MODÈLES, Loi fédérale sur les dessins et *** industriels, du 30 mars 1900: RS 232.12

NATIONALITÉ SUISSE, Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la ***, du 29 septembre 1952: RS 141.0

NATURE, Loi fédérale sur la protection de la *** et du paysage, du 1er juillet 1966: RS 451

NAVIGATION AÉRIENNE, Loi fédérale sur la ***, du 21 décembre 1948: RS 748.0

NAVIGATION INTÉRIEURE, Loi fédérale sur la ***, du 3 octobre 1975: RS 747.201

NAVIGATION MARITIME, Loi fédérale sur la *** sous pavillon suisse, du 23 septembre 1953: RS 747.30

NOMS, Arrêté du Conseil fédéral concernant les *** des lieux, des communes et des gares, du 30 décembre 1970: RS 510.625

ORGANISATION JUDICIAIRE, Loi fédérale sur l'***, du 16 décembre 1943: RS 173.110

ORGANISATION MILITAIRE de la Confédération suisse, du 12 avril 1907: RS 510.10

ORGANISATION, Loi fédérale sur l'*** des PTT, du 6 octobre 1960: RS 781.0
PAIN, Arrêté du Conseil fédéral sur le ravitaillement en *** en cas de mobilisation de guerre, du 12 mars 1973: RS 531.111.11
PARC NATIONAL, Loi fédérale sur le *** suisse dans le canton des Grisons (loi sur le ***), du 19 décembre 1980: RS 454
PASSEPORTS, Ordonnance relative aux ***, du 17 juillet 1959: RS 143.2
PÊCHE, Loi fédérale sur la ***, du 14 décembre 1973: RS 923.0
PÊCHE, Ordonnance relative à la Loi fédérale sur la ***, du 8 décembre 1975: RS 923.01
PEREQUATION FINANCIÈRE, Loi fédérale concernant la *** entre les cantons, du 19 juin 1959: RS 613.1
PEREQUATION FINANCIÈRE, Ordonnance réglant la *** au moyen des PARTS CANTONALES aux produits de l'impôt de défense nationale et de l'impôt anticipé, du 8 décembre 1980: RS 613.13
POU DE SAN JOSÉ, Ordonnance sur la lutte contre le ***, le feu bactérien et les viroses des arbres fruitiers présentant un danger général, du 28 avril 1982: RS 916.22
POURSUITE, Loi fédérale sur la *** pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889: RS 281.1
POURSUITE, Loi fédérale réglant la *** pour dettes contre les communes et autres COLLECTIVITÉS DE DROIT PUBLIC cantonal, du 4 décembre 1947: RS 282.11
POURSUITE, Ordonnance No 1 pour l'exécution de la Loi fédérale sur la *** pour dettes et la faillite. Règlement sur les FORMULAIRES et les registres à employer en matière de poursuite pour dettes et de faillite et la comptabilité, du 18 décembre 1891: RS 281.31
POURSUITE, Tarif des FRAIS applicables à la Loi fédérale sur la *** pour dettes et la faillite, du 7 juillet 1971: RS 281.35
POURSUITE, Ordonnance No 3 pour l'exécution de la Loi fédérale sur la *** pour dettes et la faillite. Arrêté du Conseil fédéral concernant la STATISTIQUE des poursuites et des faillites, du 21 novembre 1893: RS 281.34
PRESTATIONS COMPLEMENTAIRES, Loi fédérale sur les *** à l'assurance vieillesse, survivants et invalidité, du 19 mars 1965: RS 831.30
PRESTATIONS COMPLEMENTAIRES, Ordonnance sur les *** à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, du 15 janvier 1971: RS 831.301
PROCÉDURE ADMINISTRATIVE, Loi fédérale sur la ***, du 20 décembre 1968: RS 172.021
PROCÉDURE CIVILE, Loi fédérale de *** fédérale, du 4 décembre 1947: RS 273
PROCÉDURE PÉNALE, Loi fédérale sur la ***, du 15 juin 1934: RS 312.0
PROCÉDURE PÉNALE ADMINISTRATIVE, Ordonnance sur les frais et indemnités en ***, du 25 novembre 1974: RS 313.32
PROPRIÉTÉ, Loi fédérale sur le maintien de la *** foncière rurale, du 12 juin 1951: RS 211.412.11
PROTECTION CIVILE, Loi fédérale sur la ***, du 23 mars 1962: RS 520.1
PROTECTION CIVILE, Ordonnance sur la ***, du 27 novembre 1978: RS 520.11
PROTECTION CIVILE, Ordonnance sur les CONTRÔLES dans la ***, du 12 avril 1972: RS 521.5
PROTECTION CIVILE, Ordonnance sur le PERSONNEL D'INSTRUCTION de la *** dans les cantons, du 1er septembre 1964: RS 523.1
RECENSEMENT FÉDÉRAL, Loi fédérale concernant un nouveau *** et son renouvellement périodique, du 3 février 1860: RS 431.112

RECENSEMENT FÉDÉRAL, Ordonnance sur le *** de la population en 1980, du 6 février 1980: RS 431.112.1
RECRUTEMENT, Ordonnance concernant le ***, du 20 août 1951: RS 511.11
REGISTRE, Loi fédérale sur le *** des BATEAUX, du 28 septembre 1923: RS 747.11
REGISTRE DES BATEAUX, Ordonnance d'exécution de la Loi fédérale sur le ***, du 24 mars 1924: RS 747.111
REGISTRE, Ordonnance sur le *** du COMMERCE, du 7 juin 1937: RS 221.411
REGISTRE, Tarif des ÉMOLUMENTS en matière de *** du COMMERCE, du 3 décembre 1954: RS 221.411.1
REGISTRE FONCIER, Arrêté fédéral allouant une SUBVENTION EXTRAORDINAIRE aux cantons du Tessin, du Valais et des Grisons pour l'établissement du *** fédéral, du 25 juin 1946: RS 211.432.15
REGISTRE, Tarif des émoluments du *** des RÉGIMES MATRIMONIAUX, du 18 mars 1960: RS 211.214.511
RESPONSABILITÉ, Loi fédérale sur la *** de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (loi sur la responsabilité), du 14 mars 1958: RS 170.32
ROUTES, Arrêté du Conseil fédéral concernant les *** de grand transit, du 2 septembre 1970: RS 741.272
ROUTES NATIONALES, Loi fédérale sur les ***, du 8 mars 1960: RS 725.11
ROUTES NATIONALES, Ordonnance sur les ***, du 24 mars 1964: RS 725.111
SÉRUMS, Arrêté du Conseil fédéral concernant le contrôle des *** et des vaccins employés dans la médecine humaine, du 17 décembre 1931: RS 812.111
SERVICE D'ORDRE, Ordonnance sur le recours à la troupe pour assurer le ***, du 17 janvier 1979: RS 121
SIGNALISATION ROUTIÈRE, Ordonnance sur la ***, du 5 septembre 1979: RS 741.21
SPORTS, Loi fédérale encourageant la gymnastique et les ***, du 17 mars 1972: RS 415.0
SPORTS, Ordonnance sur l'enseignement de la gymnastique et des *** dans les écoles professionnelles, du 14 juin 1976: RS 415.022
SPORT, Ordonnance du Département militaire fédéral concernant JEUNESSE et ***, du 10 novembre 1980: RS 415.31
STATISTIQUE, Arrêté fédéral concernant le relevé *** des naissances, décès, mariages, divorces et déclarations de nullité de mariage, du 17 septembre 1875: RS 431.111
STATISTIQUES, Loi fédérale concernant des relevés *** sur les ÉCOLES, du 27 juin 1973: RS 431.411.1
STATISTIQUE, Ordonnance sur les relevés à titre d'essai destinés à une *** PENITENTIAIRE, du 8 juillet 1981: RS 431.341
STATISTIQUE, Ordonnance concernant la *** fédérale sur l'état annuel de la POPULATION, du 5 novembre 1980: RS 431.113
STUPEFIANTS, Loi fédérale sur les ***, du 3 octobre 1951: RS 812.121
SURENDETTEMENT, Ordonnance visant à prévenir le *** des biens-fonds agricoles, du 16 novembre 1945: RS 211.412.121
SURFACES AGRICOLES, Ordonnance concernant l'établissement des *** utiles dans les communes n'ayant pas été l'objet d'une mensuration cadastrale, du 6 juillet 1977: RS 910.19
TAXE D'EXEMPTION, Loi fédérale sur la *** du service militaire, du 12 juin 1959: RS 661
TAXE D'EXEMPTION, Règlement sur la *** du service militaire, du 20 décembre 1971: RS 661.1

TÉLÉPHÉRIQUES, Ordonnance sur les *** servant au transport de personnes sans concession fédérale et sur les téléskis, du 22 mars 1972: RS 743.21
TOXIQUES, Loi fédérale sur le commerce des ***, du 21 mars 1963: RS 814.80
TOXIQUES, Tarif des ÉMOLUMENTS prévus par la Loi fédérale sur les ***, du 30 juin 1976: RS 814.861
TRANSPORT, Ordonnance d'exécution II de la Loi fédérale sur le service des postes (Ordonnance sur les concessions de *** par AUTOMOBILES), du 4 janvier 1960: RS 744.11
TRANSPORT, Loi fédérale sur les installations de *** par CONDUITES de combustibles ou de carburants liquides ou gazeux (loi sur les installations de transport par conduites), du 4 octobre 1963: RS 746.1
TRAVAIL, Loi fédérale sur le *** dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail), du 13 mars 1964: RS 822.11
TRAVAIL, Ordonnance I concernant la loi sur le *** (ordonnance générale), du 14 janvier 1966: RS 822.111
TRAVAIL, Loi fédérale sur les mesures préparatoires en vue de combattre les CRISES et de procurer du ***, du 30 septembre 1954: RS 823.31
TRAVAIL, Loi fédérale sur le *** à DOMICILE, du 12 décembre 1940: RS 822.31
TRAVAIL, Ordonnance sur la DURÉE du *** et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (ordonnance sur les chauffeurs), du 6 mai 1981: RS 822.22
TRAVAIL, Ordonnance III concernant l'exécution de la Loi fédérale sur le *** dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (hygiène et prévention des accidents dans les ENTREPRISES INDUSTRIELLES), du 26 mars 1969: RS 822.113
TRAVAIL, Loi fédérale sur le *** dans les FABRIQUES, du 18 juin 1914: RS 821.41
TROLLEYBUS, Loi fédérale sur les entreprises de ***, du 29 mars 1950: RS 744.21
TUBERCULOSE, Loi fédérale sur la lutte contre le TUBERCULOSE, du 13 juin 1928: RS 818.102
UNIVERSITÉS, Loi fédérale sur l'aide aux ***, du 28 juin 1968: RS 414.20
VÉHICULES, Ordonnance concernant la construction et l'équipement des *** routiers, du 27 août 1969: RS 741.41
VÉRIFICATION, Ordonnance sur les taxes de ***, du 25 juin 1980: RS 941.298.1
VIANDES, Ordonnance fédérale sur le CONTRÔLE des ***, du 11 octobre 1957: RS 817.191
VIANDE, Ordonnance fixant des effectifs maximums pour la PRODUCTION de *** et d'œufs, du 26 août 1981: RS 916.344
VINS, Ordonnance sur le COMMERCE des ***, du 12 mai 1959: RS 817.421
VIN, Ordonnance sur la viticulture et le placement des produits viticoles (STATUT du ***), du 23 décembre 1971: RS 916.140
VIN ARTIFICIEL, Loi fédérale prohibant le *** et le cidre artificiel, du 7 mars 1912: RS 817:425
VITICULTURE, Arrêté fédéral instituant des mesures en faveur de la ***, du 22 juin 1979: RS 916.140.1
VOYAGEURS DE COMMERCE, Loi fédérale sur les ***, du 4 octobre 1930: RS 943.1
VOYAGEURS DE COMMERCE, Règlement d'exécution de la Loi fédérale sur les ***, du 5 juin 1931: RS 943.11

Introduction et délimitation du sujet

Lorsque le comité de la Société suisse des juristes nous a proposé de rédiger un rapport sur le fédéralisme en Suisse, nous avons un peu hésité à accepter cette tâche; celle-ci nous paraissait, en effet, insurmontable. Comment exprimer en quelque 100 pages les règles, les vœux et les espoirs que le concept soulève? La réponse est simple: ce n'est pas possible sans élaguer, sans choisir une ligne générale d'approche limitée certes, mais relativement négligée jusqu'ici. Aussi nous sommes-nous dit que si le comité de la Société suisse des juristes avait choisi de faire préparer un rapport sur un tel sujet par un Romand versé plutôt dans le droit administratif, il s'attendait à ce que ces deux caractéristiques de l'auteur soient reflétées dans le texte à préparer.

C'est pourquoi notre rapport tentera de prendre la position d'un canton comme point de départ. Il faudra, dès lors, montrer quels sont, pour un canton, les fondements du fédéralisme. Ce sera ainsi la tâche d'un premier chapitre que de montrer tout d'abord que les cantons préexistent à la Confédération et, surtout, qu'ils disposent, aujourd'hui encore, de deux des attributs essentiels de la souveraineté: le droit prioritaire d'imposition et le monopole du pouvoir de contrainte. Il faudra, ensuite, rappeler que le fédéralisme, au moins dans certains de ses aspects est un système de protection des minorités de toute sorte qui constituent la Suisse: ce n'est peut-être pas seulement le fait d'un hasard si certaines lois fédérales considérées comme directement contraires aux convictions ou aux intérêts (voire même à la politique) de certaines régions ne sont que peu ou mal appliquées.

Dans un deuxième chapitre, nous montrerons les limites des compétences cantonales, limites qui ne résultent d'ailleurs pas uniquement des compétences fédérales telles qu'elles sont inscrites dans la Constitution.

Dans un troisième chapitre qui sera l'essentiel de notre rapport, nous essaierons de dire ce que signifie, concrètement, la

formule «les cantons exécutent le droit fédéral». C'est dans ce contexte aussi que nous souhaitons dire quelques mots des relations financières entre la Confédération et les cantons et que nous serons amenés à exposer brièvement le rôle éminent que jouent, dans ce pays, les réunions informelles.

Enfin, nous conclurons notre propos par quelques remarques générales.

Nous ne dirons notamment rien des compétences fédérales, sujet qui a déjà largement été traité, des garanties fédérales – sauf en ce qui concerne leur origine – des conflits de juridictions, des conflits de règles en droit public.

Fidèle à nos habitudes, nous avons estimé que ce rapport devait tenir compte de la pratique et que, surtout, nous devions savoir, dans la mesure du possible, comment les relations administratives entre la Confédération et les cantons fonctionnaient et étaient ressenties. C'est pourquoi nous avons adressé un bref questionnaire à la chancellerie d'Etat de quelques cantons choisis en raison de leur spécificité: les cinq cantons romands, le Tessin, Berne, Zurich, les Grisons et Appenzell Rhodes intérieures. Malheureusement l'un d'entre eux ne nous a pas répondu; un autre a fait état d'une décision, bien regrettable, de la conférence des chanceliers d'Etat tendant à ne plus répondre à des enquêtes de ce genre. Deux autres nous ont prié de prendre contact directement avec les services pour obtenir les renseignements demandés; nous l'avons fait et avons été aimablement accueillis. En revanche, les chanceliers des cantons de Zurich, Berne, Fribourg, Grisons, Vaud, Neuchâtel et Jura nous ont remis les réponses de chacun des départements cantonaux – voire même de chacune des divisions de ceux-ci.

Nous voudrions ici leur exprimer notre très vive gratitude. Nous sommes, en effet, persuadé que le droit administratif ne peut être une science dogmatique posant des principes par rapport auxquels la pratique est louée ou est condamnée. Ses origines administratives ou judiciaires en font un droit mouvant qui ne peut être compris que dans sa réalité quotidienne. La doctrine a pour rôle essentiel de faire la synthèse des pratiques et ainsi de contribuer à créer une certaine unité des vues et des conceptions pour résoudre des problèmes concrets. Sans accès à des renseignements sur la réalité, la doctrine risquerait rapidement de n'être qu'un exercice de style abstrait ou fondé uniquement sur la pathologie administrative telle que la révèle la jurisprudence.

Enfin, nous voudrions remercier ici Messieurs DANIEL PEREGRINA, BÉNÉDICT FONTANET, ANTOINE THÉLIN et MARC-HARALD VUILLÉTY, assistants, de leur aide précieuse dans les recherches documentaires indispensables à la rédaction de notre rapport [1] ainsi que M. GÉRARD HERTIG, chef de travaux, de ses commentaires pertinents sur de premiers projets.

[1] Nous avons délibérément choisi de nous référer plus à la législation qu'à la doctrine et à la jurisprudence, faute d'espace; que les auteurs non cités nous pardonnent, nous n'avons choisi que ceux qui avaient traité les problèmes étroits retenus par nous.

Chapitre Ier: Les fondements du fédéralisme

Le thème de notre étude, comme nous l'avons défini, exclut, par principe, les problèmes relatifs au rôle des administrés dans la défense du fédéralisme. Nous partons donc de l'idée que le fédéralisme est une forme d'organisation sociale. Peu importe qui peut s'en prévaloir, de quelle manière et, le cas échéant, quelle est la sanction de la violation du fédéralisme. En particulier, nous ne pensons pas que le fédéralisme soit une règle de droit. Il est un principe d'organisation de l'Etat. Comme tel, il entraîne plusieurs conséquences juridiques définies par le droit positif.

Cela étant, il convient, dans une première section, de montrer l'origine du fédéralisme en Suisse, ses racines historiques, puis, les différences existantes entre le fédéralisme et la décentralisation, enfin, la place des cantons dans l'organisation de la Confédération elle-même.

Dans une seconde section, moins institutionnelle, il faudra montrer pourquoi en Suisse un régime unitaire et centralisé ne pourrait pas fonctionner mais heurterait tous les cantons, les grands comme les petits, les citadins comme les campagnards, les cantons du plateau et les cantons de la montagne.

Section I: La position des cantons dans la Confédération

A. L'origine du fédéralisme en Suisse

a) la période antérieure à 1798

L'origine du fédéralisme en Suisse nous paraît remonter à l'organisation même des pouvoirs pendant la période médiévale, dans les pays germaniques.

C'est ainsi que l'une des origines de l'alliance des trois futurs cantons (qui s'appellaient eux-mêmes les gens et les Landsge-

meinden) d'Uri, de Schwytz et d'Unterwald a été la nécessité de réaffirmer qu'ils se soutiendraient mutuellement et qu'ils n'accepteraient pas de juges extérieurs à leur pays, afin de maintenir et de conserver leur existence et leur indépendance.

Cette première alliance comprend déjà les traits essentiels du futur régime politique suisse. On y trouve, en effet, l'affirmation de l'indépendance vis-à-vis d'un pouvoir «extérieur», la reconnaissance de l'individualité des communautés, l'aide mutuelle et la garantie mutuelle de l'existence de chacune des communautés.

Le Pacte de Brunnen du 9 décembre 1315 confirme ces tendances. Celles-ci seront d'ailleurs à la base de toutes les alliances conclues par la suite avec d'autres communautés devenues, peu à peu, avec les années, des membres de la Confédération, des pays alliés et des pays sujets.

Ainsi, pendant plus de cinq siècles, le territoire de l'actuelle Confédération suisse a été morcelé politiquement, socialement, quant à ses structures. Il n'y a eu, à la tête de ce que l'on a appelé le «Corps helvétique», aucune autorité centrale permanente autre qu'une Diète se réunissant temporairement et composée de délégués des cantons. On ne pouvait donc pas parler d'Etat central, ni même d'Etat suisse.

Il s'impose enfin de souligner que, durant toute cette période, les cantons étaient tous germanophones, y compris le canton de Fribourg dont la classe dirigeante était d'origine sinon de culture germanique.

b) de 1798 à 1848 [2]

1. l'Helvétique

La fin du XVIIIe siècle coïncide avec l'expansion des idées (et des armées) révolutionnaires françaises.

Il est évident que les idées ainsi véhiculées ont fait leur chemin en Suisse aussi et que les intellectuels et les personnes écartées du pouvoir ont été séduits par les règles du droit naturel, par le

[2] Sur cette période, on consultera notamment, les ouvrages de E. His, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, 3 vol., 1920 à 1938; J. Dierauer, Histoire de la Confédération suisse, Traduction A. Reymond, 1911–1918; J. J. Blumer, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, 1891; J. Bluntschli, Geschichte des schweizerischen Bundesrechts, 1875; M. Bridel, Précis de droit constitutionnel public suisse, 1965; Jean-François Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, 3 volumes, 1967/1982.

principe de l'égalité de traitement, par celui de la liberté, par celui du choix des dirigeants par le peuple et en son sein (ou du moins d'un certain peuple), par celui enfin de l'unité d'une patrie.

Une tentative de créer, sous l'influence française, un Etat unitaire en Suisse a, dès lors, été faite par la Constitution du 12 avril 1798: la République helvétique est un Etat un et indivisible.

Sa structure se composait de cantons, districts, communes et sections de communes, aux fins des élections, de la juridiction et de l'administration. Il n'en résultait cependant aucune frontière: les anciens pays alliés et sujets deviennent, en règle générale, des cantons en tant que subdivisions administratives.

Ainsi, à une mosaïque reconnue comme telle succède un panneau monocolore au plan de l'organisation des pouvoirs. En revanche, la composition de la population de l'ancien corps helvétique est modifiée: elle est certes unifiée mais elle est en même temps rendue composite par l'absorption, sur un pied d'égalité, de francophones et d'italophones dans une communauté très largement germanophone.

2. l'Acte de Médiation

Lorsque Napoléon Bonaparte qui souhaitait que «l'espace helvétique» cesse d'être politiquement instable, envisagea la modification du régime politique en Suisse, quelques éléments subsistèrent malgré tout de l'Helvétique car ils correspondaient à des nécessités de l'époque. Ainsi, un embryon d'Etat central a subsisté par la suite; le pouvoir central se trouva cependant réduit à une Diète composée de représentants des cantons et un exécutif très simplifié en raison notamment de «nombreuses plaintes sur le coût de l'appareil administratif fédéral» [3]. Le besoin d'une certaine organisation commune avait d'ailleurs déjà été ressenti par le passé notamment du côté des cantons-villes [4]. Cependant, les autres cantons s'y étaient toujours refusés par crainte de se trouver mis en minorité; de même, l'extension territoriale de la Confédération n'a, à quelques détails près, pas été modifiée par la suite.

Le 13 février 1803, Napoléon Bonaparte remit aux représentants suisses à Paris un Acte dit Acte de Médiation.

[3] E. HIS (note 2), vol. I, p. 87.
[4] E. HIS (note 2), vol. I, p. 78 et 79.

Cet Acte a ceci de particulier qu'il a été rédigé après que des sénateurs français avaient été chargés de «déterminer si la Suisse, constituée fédérale par nature, pouvait être retenue sous un gouvernement central autrement que par la force». La réponse à cette question ayant été négative, l'Acte établit la Constitution de 19 cantons (les 23 cantons actuels moins ceux du Valais, de Neuchâtel, de Genève et du Jura) et une Constitution fédérale.

Ainsi, après l'Acte de Médiation, la Suisse est redevenue un Etat à tendance fédérative. Le lien est infiniment plus lâche entre les cantons qu'en 1798. Il est cependant beaucoup plus étroit qu'avant cette date. En effet, dorénavant, les cantons sont tous organisés sur un même modèle; ils ont des organes identiques; ils sont liés entre eux tous par un seul et même Acte et non plus par une multitude d'alliances partielles. A cette époque, on peut, indubitablement, parler d'une tentative de créer un véritable Etat.

3. le Pacte fédéral

Le Pacte du 7 août 1815 franchit la dernière étape: on revient à l'époque précédant 1798. Les cantons (mais ils sont dorénavant 22) redeviennent les seuls Etats[5]: il n'y a plus d'Etat central. Entre les cantons il n'y a qu'une alliance unique par laquelle ceux-ci se garantissent – par une règle bien dans l'esprit du temps – leurs libertés, leur indépendance, leur sécurité envers l'étranger ainsi que l'ordre à l'intérieur; ils se garantissent en outre leur constitution et leur territoire.

Les commentateurs disent que le Pacte de 1815 – comme d'ailleurs l'Acte de Médiation (ce qui nous paraît plus douteux)[6] – a créé une Confédération d'Etats[7].

On relèvera parmi les traits caractéristiques du droit public suisse de cette époque que l'exécution des décisions – qui n'étaient cependant pas encore des lois – de la Diète incombaient à nouveau aux seuls cantons, qu'en conséquence, les agents publics cantonaux avaient une influence décisive sur la façon dont ces décisions étaient traduites dans les faits et que la «fonction publique fédérale» était composée, en tout et pour

[5] E. His (note 2), vol. II, p. 160.
[6] E. His (note 2), vol. I, p. 99, note 52; J. J. Blumer (note 2), p. 55; J.-F. Aubert (note 2), No 28.
[7] E. His (note 2), vol. II, p. 161.

tout, d'un chancelier et d'un greffier nommés pour deux ans à la majorité absolue des cantons présents à la Diète [8].

Quant aux cantons eux-mêmes, ils étaient libres à nouveau de s'organiser comme ils l'entendaient: la forme de leur constitution et de leurs structures ne leur était plus dictée, sous réserve qu'une constitution cantonale ne pouvait être garantie par les autres cantons (et non pas par la Confédération) que si elle avait été adoptée par l'organe suprême du canton et dans le respect de certains principes fixés par le Pacte lui-même [9].

On aura constaté ainsi qu'en quelque 17 ans, la Suisse a passé par quatre régimes politiques allant de l'absence de tout pouvoir central à une centralisation totale pour revenir, par étapes, à un système de Confédération.

4. la Constitution de 1848

Dès les années 1830, l'opinion prévalut que le régime en place ne correspondait plus aux besoins actuels: il convenait que le lien entre les cantons fût plus étroit et que les cantons se fondissent davantage dans un tout.

Lorsqu'en 1848, la Diète entreprit la rédaction d'une nouvelle Constitution, il semble bien que trois tendances aient existé [10]: un courant fédéraliste voulait simplement que l'on renforçât un peu la Confédération; un courant radical plaidait pour la création d'un Etat unitaire; un courant, majoritaire, suggérait une voie moyenne selon laquelle on ne changerait rien aux cantons et à leurs pouvoirs mais on créerait au-dessus d'eux une fédération qui disposerait de la souveraineté.

C'est ce dernier courant qui l'emporta. Il n'est peut-être pas sans intérêt de relever que M. JAMES FAZY en était un des chauds partisans, son origine genevoise l'emportant sur ses convictions radicales [11].

Les cantons purent aussi continuer à déterminer leurs organes et leurs structures dans le cadre de la Constitution fédérale. Leurs constitutions étaient garanties par la Confé-

[8] E. HIS (note 2), vol. II, p. 176/7.
[9] E. HIS (note 2), vol. II, p. 195.
[10] E. HIS (note 2), vol. III, p. 219 et ss.
[11] E. HIS (note 2), vol. III, p. 220 ainsi que DIERAUER (note 2), vol. V, p. 935.

dération dans la mesure où elles respectaient les règles imposées par la Constitution fédérale. Cette règle est en vigueur aujourd'hui encore.

c) conclusion

Il est maintenant temps de conclure l'exposé historique que nous voulions faire figurer ici. Il nous a permis de dégager un certain nombre de traits fondamentaux du fédéralisme en Suisse que nous aimerions indiquer ici:

Premièrement, en Suisse, l'origine historique et sociale de la Fédération actuelle est le canton (les communes ont, parfois, aussi précédé les cantons mais, nous le verrons, leur position par rapport à ceux-ci n'est, aujourd'hui, pas comparable). Des cantons existent depuis près de 700 ans; la Fédération véritable avec un pouvoir central autonome de celui des cantons n'a été créée qu'il y a environ 135 ans. On ne peut, dès lors, pas comprendre le «phénomène suisse» sans tenir compte de cette réalité. Ceux qui ont voulu l'ignorer s'y sont brûlés les doigts.

Deuxièmement, en Suisse, les cantons ont joué un rôle central dans le développement de la Confédération; en particulier, ce sont eux et leurs représentants qui, à tous les stades, ont participé à l'élaboration et à l'adoption des documents fondamentaux régissant les structures du «Corps helvétique».

Troisièmement, les divers régimes politiques successifs ont apporté, chacun, des éléments dont des traces subsistent encore aujourd'hui; le nombre des cantons, leurs territoires, les langues cantonales et nationales, l'organisation du Parlement sont des produits de l'Histoire.

Quatrièmement, le but original de la Confédération a été et reste d'affirmer l'indépendance «nationale» d'un groupe de pays qui se garantissent mutuellement aide et solidarité. Il y a là un sentiment de communauté envers les tiers qui demeure l'un des traits essentiels d'une Fédération.

Cinquièmement, la Suisse a, depuis la fin du 18e siècle, été ballottée entre le souci de préserver les singularités de chacun de ses composants et le besoin d'efficacité qui requiert une unification. L'équilibre entre ces deux pôles, aussi essentiels l'un que l'autre, n'a été trouvé qu'au prix de compromis toujours renouvelés.

C'est, sans doute, cette nécessité du compromis qui explique le mieux la naissance et le développement de la Suisse; il faut être uni, s'allier, s'entraider, mais il ne faut pas, pour autant, perdre

son âme et sa vérité: le fédéralisme qui confie à un pouvoir central certaines responsabilités mais laisse aux éléments constitutifs un rôle essentiel est, en l'état actuel de la société en Suisse, une solution correspondant relativement bien encore aux besoins de ce pays.

B. Le fédéralisme et la décentralisation

a) les avis doctrinaux

Selon la théorie générale de la classification des formes de l'Etat, la Confédération est une institution bien caractérisée. Elle n'est pas un Etat mais une alliance sans souveraineté, dotée, le cas échéant, d'organes communs; elle est pourvue uniquement des pouvoirs qui lui confèrent les Etats membres qui, eux seuls, sont souverains [12].

Le véritable Etat se diviserait, lui, en deux groupes: les Etats unitaires centralisés et les autres Etats; ces derniers comprendraient deux sous-groupes: les fédérations et les Etats décentralisés.

On considère parfois, que la différence entre la Fédération et l'Etat décentralisé est uniquement fonction du degré d'autonomie reconnu aux parties constitutives [13].

Cependant certains auteurs ajoutent que la différence entre un Etat fédéral et un Etat décentralisé résiderait en ce que, dans le premier et dans lui seul, les cantons participent à la création de la volonté de l'Etat fédéral – et notamment à la décision quant à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons [14]. En d'autres termes, dans l'Etat fédéral, les parties constitutives auraient le droit de décider si et dans quelle mesure elles consentent à s'amputer elles-mêmes.

Ce dernier point de vue est certainement exact sur le plan formel. Un canton participe – d'ailleurs de façon bien indirecte puisque sa voix correspond à celle de la majorité des citoyens qui a le droit de vote dans le canton et qui s'est exprimée – au vote

[12] J.-F. AUBERT (note 2), No 514.

[13] Z. GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949, p. 46.

[14] E. HIS (note 2), vol. III, p. 218; M. BRIDEL (note 2), p. 111; EUGÈNE BOREL, Etudes sur la souveraineté et l'état fédéral, 1886, p. 171 et ss; J.-F. AUBERT (note 2), Nos 27 et 521; Z. GIACOMETTI (note 13), p. 47 souligne qu'ainsi les cantons exercent la «compétence de la compétence» (ce qui ne peut pas être le cas des communes dans les cantons en raison de l'art. 6 lettre c) Cst).

sur la revision de la Constitution fédérale. En revanche, ce point de vue ne nous paraît pas correspondre à toute la réalité; en particulier, il ne rend pas compte des faits tels qu'on les connaît en Suisse.

b) l'autonomie administrative

Une administration ne peut être décentralisée que parce qu'une loi de l'Etat a prévu l'existence, les structures et les pouvoirs de l'institution décentralisée. C'est aussi une loi de l'Etat qui dit quels seront le degré d'autonomie de l'institution, le champ de son autonomie, ses responsabilités financières. C'est toujours une loi de l'Etat qui peut mettre fin à l'existence de l'institution décentralisée.

Ainsi, une commune n'existe que parce que l'Etat la reconnaît; elle est dirigée dans le cadre de règles fixées par l'Etat; elle est régie par un exécutif et un législatif communaux élus en principe selon des règles cantonales; la commune, sous réserve de quelques pouvoirs propres concernant des tâches d'intérêt local, n'a que les tâches et les pouvoirs dont l'Etat s'est déchargé sur elle; elle a la personnalité juridique – alors que d'autres collectivités décentralisées ne l'ont pas ou ne l'ont que partiellement –; elle est donc indépendante de l'Etat; en revanche, elle ne dispose que de l'autonomie – c'est-à-dire du pouvoir de prendre des décisions ou d'adopter des arrêtés en n'étant soumise qu'à un contrôle de la légalité de ses actes – dans le cadre de ses tâches propres ou déléguées et dans la mesure prévue par l'Etat. La commune peut avoir la pleine autonomie financière, mais, le plus souvent, elle ne prélève des impôts que dans le cadre prévu par le droit cantonal. Elle ne recourt à l'emprunt qu'avec l'autorisation, voire la caution du canton. Enfin, une commune n'a aucun pouvoir de se défendre contre sa suppression éventuelle, tant que la procédure prévue à cette fin a été respectée.

c) la souveraineté cantonale

Si l'on examine, ensuite, la situation d'un canton par rapport à la Confédération, on ne peut manquer d'être frappé des différences fondamentales que cette relation comporte par rapport à ce qui vient d'être décrit [15].

[15] Z. GIACOMETTI (note 13), p. 44/5 est d'avis totalement différent, pour lui, la distinction n'est que quantitative.

Il est vrai que le canton, comme la commune est une collectivité à base territoriale, et, partant, regroupe un certain nombre de personnes habitant sur un certain territoire.

Mais les dissemblances sont, pour le reste, aujourd'hui, évidentes.

Le canton *préexiste* à la Confédération; certes, il n'existe juridiquement que parce que la Constitution le reconnaît [16], cependant, cette reconnaissance a eu lieu – sauf pour le canton du Jura où il s'est agi de corriger une erreur historique – au moment même où la Confédération a été créée, ainsi que nous l'avons montré. En d'autres termes, il est vrai que la Confédération reconnaît les cantons, mais elle ne le fait que parce que ceux-ci l'ont entendu ainsi [17]. De plus, comme la Confédération garantit le territoire des cantons selon l'article 5 de la Constitution, le territoire a été défini à l'origine et ne peut être modifié qu'avec l'accord du canton en cause. En effet, à défaut, la Confédération imposerait un territoire à un canton, ce qu'elle ne peut faire, dès lors que précisément elle garantit le territoire cantonal.

Les tâches des cantons ne sont pas seulement des tâches limitées d'intérêt local. Ils accomplissent toutes les activités et ont tous les pouvoirs qui n'ont pas été transférés à la Confédération. En d'autres termes, selon l'art. 3 Cst, le canton est en principe responsable de la gestion du bien public. Il a la puissance publique originaire (c'est-à-dire le pouvoir de prendre des décisions obligatoires et de les faire exécuter, sans y avoir été autorisé par un tiers), dans la mesure où cette puissance n'a pas été conférée par la Constitution à la Confédération et dans la mesure où son exercice n'a pas été confié à une entité décentralisée. En d'autres termes, il y a deux puissances publiques originaires en Suisse: celle de la Confédération dans son domaine et celle des cantons dans le leur.

On pourrait peut-être nous objecter que la source de tous les pouvoirs, en Suisse, est la Constitution fédérale et que, partant, si les cantons ont des tâches, ce n'est que parce que l'art. 3 Cst prévoit qu'ils ont les compétences que la Confédération n'a pas. Ce serait cependant là manier le paradoxe. En effet, l'art. 3 Cst signifie exactement le contraire. Il est une règle qui concerne les compétences de la Confédération; ce serait favoriser l'interpré-

[16] Z. GIACOMETTI (note 13), p. 41.

[17] Dans un sens voisin, J.-F. AUBERT (note 2), No 592; d'avis opposé, Z. GIACOMETTI (note 13), p. 41.

tation logique contre l'interprétation historique que de prétendre en tirer uniquement les compétences cantonales.

Les cantons *organisent, en principe, librement* leurs structures étatiques et en sont maîtres; par exemple, les élections cantonales et les droits populaires cantonaux sont régis par le droit cantonal. Sur ces points, aussi, les cantons ne sont pas entièrement souverains quant aux solutions qu'ils adoptent car ils doivent respecter le droit fédéral. Ainsi, l'art. 6 Cst exige que pour qu'une constitution cantonale puisse être garantie par la Confédération, elle ne doit pas violer certaines règles fédérales. Ainsi, le Tribunal fédéral intervient fréquemment dans des affaires concernant des élections et votations cantonales.

Ainsi, enfin, la législation fédérale impose parfois aux cantons de créer certaines structures ou de ne nommer, comme agents d'exécution du droit fédéral, que des personnes ayant certaines caractéristiques. Pour l'essentiel, néanmoins, on retiendra que les cantons décident de leur organisation.

Si les cantons ont indubitablement l'indépendance, c'est-à-dire la personnalité juridique, il faut examiner s'ils ne jouissent que de l'*autonomie* ou si, dotés d'une puissance publique originaire, ils sont *souverains*.

La souveraineté se définit comme l'exercice d'une puissance suprême sur un territoire donné emportant monopole de représentation des habitants (ou des seuls ressortissants) de ce territoire envers les autres pouvoirs souverains.

Il ne peut, dès lors, y avoir qu'une seule institution détentrice de la souveraineté par rapport au territoire «Suisse». Ce détenteur est la Confédération selon l'art. 8 Cst. Les compétences résiduelles des cantons figurant à l'art. 9 Cst ne subsistent que pour des tâches locales et sont des survivances historiques (parfois d'ailleurs bien utiles si l'on songe aux arrangements passés au sujet de l'imposition des frontaliers dans la région genevoise). Les cantons n'ont, dès lors, pas la souveraineté internationale; la souveraineté, qualifiée de puissance suprême, ne pouvant être divisée, ils n'ont pas non plus la souveraineté interne au sens usuel de ce terme.

Dans les relations internes, on l'a vu, les cantons jouissent d'une certaine puissance publique originaire [18]. Il va de soi que cette puissance publique n'est valablement exercée que dans le cadre du droit. Ceci emporte que des règles cantonales ne peuvent être valablement énoncées que dans la mesure où elles

[18] En ce sens déjà J. J. BLUMER (note 2), p. 217 et ss.

respectent les règles valablement énoncées par d'autres autorités, elles-mêmes compétentes. En d'autres termes, une règle cantonale n'est valable que si elle émane d'un organe compétent, si elle a été édictée selon la procédure prévue et si elle n'est pas contraire à une autre règle valablement édictée par une autre autorité compétente.

On relèvera néanmoins que les conflits de compétence opposant la Confédération aux cantons sont, sans doute pour des raisons politiques (on ne plaide pas contre la Confédération ou contre un autre canton) très rares.

La règle n'est cependant pas dépourvue de sanction. En effet, dans la réalité des choses, les citoyens se font les gardiens des droits – et du droit – de la Confédération devant le Tribunal fédéral en invoquant que le droit cantonal viole leurs droits constitutionnels et notamment «le principe de la force dérogatoire du droit fédéral» [19].

Ainsi, les restrictions à la «souveraineté» des cantons pourraient bien dépendre, en réalité, d'une jurisprudence fédérale prononcée par des juges qui ont ainsi le devoir de faire œuvre politique.

On sait, en effet, que les lois cantonales, pour elles-mêmes ou à l'occasion d'une décision les appliquant, peuvent être entreprises devant le Tribunal fédéral au motif qu'elles violeraient des libertés individuelles, seraient contraires à d'autres règles fédérales ou seraient arbitraires. Il est évident que le Tribunal fédéral se trouve, face à un recours de cette sorte, pris entre son devoir de faire respecter le droit fédéral (notamment les libertés individuelles et l'interdiction de l'arbitraire), son devoir de protéger les citoyens et son obligation (résultant, elle aussi de la Constitution) de ne pas empiéter plus qu'il n'est nécessaire – devrait-on dire indispensable? – dans la «souveraineté» des cantons en matière législative. Les solutions retenues jusqu'ici par le Tribunal fédéral, selon lesquelles il n'annulera pas une législation cantonale susceptible d'une interprétation conforme au droit fédéral, y compris l'interdiction de l'arbitraire, découlent d'un sain équilibre entre ces diverses obligations de la juridiction fédérale suprême.

De même, le juge fédéral peut être saisi de la question de savoir si une décision prise en application d'une loi cantonale viole une liberté publique, est arbitraire ou n'est pas compatible avec d'autres règles du droit fédéral. S'il adopte une attitude

[19] Par la voie du recours de droit public fondé sur l'art. 2 DT.

centralisatrice, il examinera les moyens invoqués librement et selon un canon unique et rigide, ne laissant aucune place à une latitude pour les cantons. S'il est plus favorable aux cantons, il distinguera entre les violations des droits constitutionnels qu'il sanctionnera toujours parce qu'elles portent atteinte au noyau dur de ces droits et les mesures sur la constitutionalité desquelles on peut hésiter et qu'il ne sanctionnera que si elles sont insoutenables.

Ainsi, dans ce domaine aussi, le juge fédéral devra peser les libertés individuelles et la souveraineté des cantons que la Constitution fédérale garantit tous les deux à son article 5.

Nous dirons donc que le canton est quasiment souverain – sous réserve de l'arbitraire – dans les domaines où il a la puissance publique originaire, à la condition qu'il ne viole pas le droit fédéral[20].

Mais c'est surtout en *matière fiscale* que la «souveraineté» cantonale s'est le mieux maintenue. Les cantons sont les patrons de leur fiscalité quant au genre des impôts qu'ils entendent prélever, quant à l'assiette qu'ils entendent leur donner, quant aux contribuables qu'ils veulent soumettre à la perception et quant au taux des contributions à prélever. Cette «souveraineté» n'est, une fois encore pas absolue.

En effet, ici encore, comme membres d'une Fédération, les cantons doivent respecter le droit fédéral, notamment le monopole de la Confédération de prélever certains impôts. En outre, les impôts ne peuvent, selon la jurisprudence fédérale, être valablement perçus que s'ils ne sont pas arbitrairement agencés et s'ils sont prévus par une loi formelle. Enfin, la double imposition est interdite (art. 46 al. 2 Cst). Les cantons empruntent, en revanche, librement, sans autorisation fédérale.

Les cantons enfin disposent seuls des *forces de police*. Ceci a pour conséquence que les décisions fédérales et les lois fédérales elles-mêmes qui impliquent le recours à la force publique – à des fins d'enquête ou d'exécution – ne peuvent être effectivement appliquées dans un canton que si les autorités cantonales y consentent – peu importe ici qu'elles puissent y être forcées par diverses manières –. Il y a là un pouvoir qui va bien au-delà d'un simple pouvoir d'autonomie: disposer non seulement d'une partie de la puissance publique originaire, mais aussi de tous les moyens – sauf, à moins d'une délégation contraire, l'armée[21] –

[20] Dans un sens voisin, M. BRIDEL (note 2), p. 117.

[21] Voir E. HIS (note 2), vol. III, p. 220; J. DIERAUER (note 2), vol. V, p. 935.

de mettre en œuvre cette puissance, c'est avoir un rôle quasiment souverain.

Enfin, les cantons ne peuvent *être supprimés* sans leur accord. En effet, en l'état actuel de la Constitution fédérale, la Confédération garantit aux cantons leur territoire, leur souveraineté (dans les limites de l'art. 3) et leur constitution. Abolir un canton revient à refuser ces garanties alors que, précisément, elles sont prévues. Ce n'est, dès lors, que si les cantons ont, par eux-mêmes, changé leur territoire et leur constitution que la Confédération peut changer l'objet de sa garantie, en substituant le nouvel état à l'ancien. La puissance publique originaire des cantons et l'impossibilité de les supprimer sans leur accord individuel interdisent de ne les considérer que comme des entités autonomes; celles-ci sont une création d'une collectivité supérieure, dotée de pouvoirs délégués.

En *conclusion,* il nous paraît manifeste qu'en Suisse la distinction entre un Etat unitaire décentralisé et le fédéralisme va au-delà de la simple constatation que les cantons participent à la revision de la Constitution. C'est plus précisément dans l'existence, en Suisse, d'une puissance publique originaire cantonale que réside l'élément irréductible à une description de la Confédération comme un Etat unitaire fortement décentralisé; il n'y a jamais eu décentralisation alors qu'il y a eu centralisation partielle.

d) l'autonomie cantonale

Si, dans un certain nombre de domaines, la Confédération non seulement légifère mais encore prend des décisions, voire même parfois les exécute par des agents fédéraux (par exemple les douanes, les postes, les Chemins de Fer), dans de nombreux autres domaines, la Confédération légifère et charge les cantons de décider et d'exécuter concrètement les lois – parfois même la Confédération n'utilise pas tout son pouvoir mais se borne à fixer des principes dans le cadre desquels les cantons doivent, en outre, légiférer –. Dans ces domaines, les cantons ne sont donc pas entièrement libres; ils exécutent des ordres venus d'ailleurs [22].

Dans cette mesure, les cantons ne disposent pas d'une puissance publique originaire; leur puissance découle de la loi

[22] Il s'agit là du fédéralisme d'exécution que certains (p. ex. A. BIÉRI, Vollzugsföderalismus, 1979, p. 32) qualifient de compétence déléguée; dans le même sens déjà Z. GIACOMETTI (note 13), p. 109 et 125.

fédérale et, partant, elle est une puissance déléguée ou dérivée. Dans cette mesure aussi, les cantons ne jouiront, au mieux, que de l'autonomie. Une telle autonomie se comparera à celle dont bénéficient les collectivités décentralisées telles que les communes. C'est à l'examen de cette autonomie que nous consacrerons l'essentiel de notre rapport.

C. Les cantons, organes de la Confédération

Si les cantons suisses sont dotés d'une puissance publique interne parallèle à celle de la Confédération et s'ils ont un rôle dans l'exécution des lois fédérales, les cantons sont aussi, collectivement, des organes de l'Etat fédéral [23].

Le rôle collectif des cantons, en temps qu'organes de la Confédération, se marque dans le fait qu'une revision constitutionnelle exige, pour que la proposition devienne Constitution, l'approbation de la majorité du peuple et de la majorité des cantons. Ainsi, les cantons font partie de l'organe constituant en Suisse selon l'art. 123 Cst. Ceci signifie que les cantons individuels n'ont guère de poids dans la décision; ce n'est que leur majorité qui peut infléchir l'adoption ou le refus d'une nouvelle disposition constitutionnelle. Nous sommes, dès lors, loin du droit de veto caractéristique des institutions interétatiques ou des confédérations.

En outre, les cantons ont, collectivement à nouveau, c'est-à-dire à huit, le pouvoir – d'ailleurs jamais utilisé – de demander qu'une loi adoptée par le Parlement soit soumise au referendum (art. 89 Cst); ils ont en outre, mais, cette fois, à titre individuel, le pouvoir de présenter une initiative tendant à l'adoption d'une loi ou d'une règle constitutionnelle (art. 93, 119 et 121 Cst).

L'inutilité de la demande de referendum par les cantons s'explique: il faudrait obtenir l'accord de huit cantons dans des délais très courts. Le peuple peut, plus facilement, par 50 000 signatures valables de citoyens suisses, lui aussi provoquer le vote referendaire; enfin, le vote est un vote du peuple seul, les cantons ne pouvant s'opposer à des lois fédérales.

Enfin, comme dans des Etats, même centralisés, les cantons servent de circonscriptions électorales (pour la répartition et l'élection des membres du Conseil National – 200 membres – et pour l'élection des conseillers aux Etats – 46 membres, c'est-à-

[23] A ce sujet, voir p. ex., J.-F. AUBERT (note 2), Nos 594 et ss.

dire 2 par canton –). Cette utilisation des cantons ne présente aucune particularité, sous réserve que les cantons déterminent librement le mode d'élection des conseillers aux Etats.

D. Conclusion

Si l'on s'interroge sur la position des cantons dans la Confédération suisse, on remarquera, à notre sens, d'abord que la Confédération est un fruit de l'Histoire; elle a pour fins l'union et la mise en commun de communautés diverses préexistantes qui veulent faire une partie du chemin ensemble mais ne veulent pas se fondre dans un tout.

Sur un plan juridique, on dira que les cantons ont perdu l'essentiel de leur souveraineté internationale mais que, dans les relations internes, ils ont conservé – dans les limites de la réglementation fédérale à laquelle ils ont consenti – une grande part de la puissance publique interne. Dans cette mesure, les cantons ne peuvent être assimilés à des communautés décentralisées; en revanche, en tant qu'ils ne sont que les agents d'exécution d'une législation dont, une fois encore, ils ont admis – au moins collectivement – que la Confédération soit chargée, les cantons sont des collectivités autonomes, décentralisées, qui ressemblent beaucoup à toutes les autres collectivités décentralisées.

Pour user d'une formule, les cantons sont à la fois des Etats sans souveraineté externe et des collectivités décentralisées; ce serait une grave erreur que d'oublier l'un ou l'autre de ces deux visages des cantons. Ce n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si, à l'exception des constitutions récentes de Nidwald, de St-Gall et d'Argovie, toutes les autres indiquent qu'elles régissent des Etats souverains, sous réserve du droit fédéral. Ce n'est sans doute pas non plus un hasard si dans leurs relations avec les tiers les cantons (et surtout les cantons latins) s'intitulent «République et canton» ou «Etat».

Section II: Les cantons, protection et expression des minorités

La Suisse, chacun le sait, n'a unité ni de langue, ni de culture, ni de religion, ni d'activité économique. On parle de Suisse alémanique, de Suisse romande, de Suisse italienne, voire de Suisse romanche. On parle de traditions germaniques, de traditions latines; on parle de régions protestantes et de régions catho-

liques; enfin, on distingue, les régions de l'horlogerie, celles du textile, celles de la machine outil, celles de la chimie ainsi que les régions de l'agriculture de plaine et de l'agriculture de montagne.

Il est évident qu'une telle mosaïque, groupée sur un si petit territoire, ne peut se fondre, sans violence, en une unité. Mais une communauté sur certains points – du plus en plus nombreux d'ailleurs en raison des facilités des communications – est souhaitable et possible. Il y a cependant une limite à ne pas franchir: les minoritaires, par rapport à la solution envisagée, puis retenue, ne doivent pas se sentir opprimés. Il faut, malgré sa perte d'intensité dans certaines régions, respecter le lien très profond que les citoyens ressentent avec leur canton et ses habitudes.

Le lien rattachant les habitants à leur canton s'est récemment distendu, à notre avis, pour deux raisons principales:

Le premier élément est de nature culturelle: l'Histoire en général mais aussi l'histoire suisse et l'histoire locale ne sont plus guère enseignées; si l'on ne sait plus pourquoi il y a des Genevois et des Saint-Gallois, on ne voit pas très bien pourquoi les uns et les autres seraient régis par des règles différentes;

Le second élément est de nature plus sociologique; alors que certains cantons – notamment les cantons agricoles et montagnards – sont encore peuplés en majorité de personnes y ayant droit de cité depuis longtemps, dans d'autres cantons – et ce sont les régions urbaines vers lesquelles les migrations ont lieu – les «autochtones» sont largement minoritaires (p. ex., les Genevois représentent environ ¼ de la population); il va sans dire que les nouveaux arrivés d'autres cantons n'ont pas les mêmes attachements aux traditions locales que les autochtones.

Curieusement, cependant, le sentiment de «minorités» ne disparaît pas pour autant. Tous les habitants, par exemple, de Nidwald, de Genève ou de Zurich sont d'accord pour dire que leur canton est un «cas spécial». Peut-être est-ce parce qu'en Suisse on se définit par ce qui distingue plus que par ce qui unit.

C'est pourquoi, globalement, il nous paraît, que si des facteurs très puissants tendent à une unification des règles, des us et des coutumes, d'autres vont en sens inverse.

Cela étant, le sentiment minoritaire doit pouvoir s'exprimer. L'Histoire montre qu'un bon équilibre social exige, en effet, que le minoritaire ne soit pas toujours, partout et en tout le minoritaire. Il faut parfois qu'il puisse imposer ses vues en étant majoritaire. Ce renversement de position devrait, si possible, avoir lieu dans un cadre institutionnel. La seule institution existante

et adaptée à cette fin est le canton. C'est dans ce cadre que le minoritaire fédéral va devenir le majoritaire cantonal. C'est dans ce cadre aussi qu'il pourra faire valoir ses particularismes.

Mais il ne suffit pas que les minorités aient une sorte de champ clos où elles peuvent s'ébattre et s'ébrouer. Il faut encore que des mesures soient prises pour que cet espace de liberté des minorités ne soit pas réduit par des règles nouvelles mises en place par la majorité. Il faut donc institutionnaliser la protection des minorités.

Il nous paraît que trois institutions relevant du fédéralisme ont, en Suisse, un rôle de protection des minorités: le Conseil des Etats, le principe de la répartition des compétences et le referendum constitutionnel.

A. Le Conseil des Etats

Il est à la mode aujourd'hui de reprocher au Conseil des Etats un caractère conservateur et un caractère non démocratique. Le Conseil des Etats serait conservateur en raison de son mode d'élection: cantonal, et, en général, au scrutin majoritaire; il serait anti-démocratique parce que les cantons les moins peuplés y seraient représentés par autant de conseillers que les cantons les plus peuplés. En d'autres termes, on fait au Conseil des Etats les mêmes griefs que ceux qui sont adressés aux (deuxièmes) Chambres dans les Etats unitaires.

Même si ces reproches ne sont pas sans une certaine pertinence, le Conseil des Etats doit se distinguer du Conseil National. Les deux Conseils ne peuvent ni ne doivent avoir le même rôle. Le second représentant le «peuple fédéral», il est souhaitable que le premier représente les peuples cantonaux (comparer les art. 72 et 80 Cst).

Ceci signifie que si le peuple cantonal diffère, dans sa composition, ses orientations politiques, religieuses ou autres du peuple fédéral, cette divergence peut et doit être reflétée dans la députation du canton au Conseil des Etats. Dans cette optique, une élection selon le système proportionnel, imposée aux cantons par le droit fédéral, mettrait très largement en cause l'utilité du Conseil des Etats.

La composition actuelle du Conseil des Etats doit, en outre, être maintenue pour une raison de simple mathématique. Chacun sait que le Conseil National compte 200 membres, mais on ignore généralement que, selon la dernière répartition, les 5

cantons de Zurich (35), Berne (29), Soleure (7), Bâle-Ville (6), Bâle-Campagne (7) et Argovie (14) représentent, ensemble 98 membres (si le Jura n'avait pas été créé, ses deux députés auraient dû être ajoutés à la députation bernoise!) alors que les six cantons romands et le Tessin n'ont que 56 conseillers nationaux. Il est vrai que les conseillers nationaux d'un même canton sont parfois divisés par les options des partis auxquels ils appartiennent. Il n'empêche pas que 56 personnes ont un poids moindre par rapport à la moitié de l'assemblée que 14 conseillers aux Etats n'en ont par rapport à 10!

Il n'y a, dès lors, aucun doute que le Conseil des Etats, institution typique du fédéralisme, est un garant essentiel des minorités. Il est vrai que le souci de protéger les minorités fait nécessairement entorse au principe démocratique «un homme, une voix» [24]. Mais il faut choisir. Veut-on l'écrasement de la minorité par la majorité ou veut-on certain équilibre [25]?

B. Une clé de répartition des compétences

Une autre protection des minorités est de définir clairement quels domaines relèvent de la Confédération.

Ce n'est, en effet, que dans ces domaines qu'en principe, la majorité du peuple, seule consultée dans un referendum législatif, pourra imposer sa volonté à la minorité. C'est là le système retenu à l'art. 3 Cst.

Une telle clé de répartition des compétences ne peut cependant être rigide. En effet, d'une part, à notre sens, la Confédération doit pouvoir disposer de certaines compétences dont un exercice divergent par les cantons n'aurait aucun sens (p. ex., l'acquisition d'immeubles par les étrangers, la radio-télévision). D'autre part, même dans les domaines relevant de la Confédération, les cantons et, partant, les minorités ont encore le pouvoir d'intervenir grâce à la procédure de consultation et grâce au rôle du Conseil des Etats.

[24] Sur la pérennité de ce dilemme qui correspond aussi au conflit villes-campagnes, voir déjà les débats de 1848 rapportés par E. His (note 2), vol. III, p. 219 et ss et J. J. Blumer (note 2), p. 153 et ss.

[25] Il est aussi certain que le Conseil des Etats n'est pas le moyen adéquat de protéger les minorités politiques qui ne sont pas simultanément majoritaires dans un canton; peut-être de telles minorités sont-elles «protégées» par l'élection du Conseil National à la proportionnelle, mais il n'est pas certain que ce soit le cas.

Ainsi, une clé de répartition des compétences est un moyen de protéger les minorités surtout dans la mesure où elle définit les champs laissés à la souveraineté cantonale.

En outre, l'usage que la Confédération fait de ses compétences peut laisser une plus ou moins grande latitude de mouvement aux cantons, selon que la Confédération légifère complètement et exécute seule sa loi, qu'elle légifère complètement mais laisse les cantons exécuter la loi ou qu'elle ne légifère que partiellement et les laisse exécuter toute la loi.

C. Le referendum constitutionnel

Le referendum constitutionnel fédéral est un élément essentiel de la protection des minorités. En effet, la règle selon laquelle la Constitution ne peut être revisée que si la proposition de revision obtient la double majorité du peuple (fédéral) et des cantons empêche que les décisions ne soient, de fait, prises en Suisse par les cinq grands cantons et demi-cantons du nord-ouest, en fonction et conformément aux seuls intérêts de ces cantons.

Cette crainte n'est pas totalement irraisonnée. Si l'on étudie les résultats des récoltes de signatures à l'appui des initiatives constitutionnelles des cinq dernières années (1979 à 1983), on constate, dans l'immense majorité des cas, que les initiatives populaires recueillent la plus grande part de leurs signatures dans les cinq grands cantons alémaniques. Ceci s'explique certes aussi par des raisons de commodité et de simplicité pour récolter les adhésions. Mais cela s'explique aussi, à l'évidence, par le fait que les problèmes traités par les initiatives concernent avant tout les régions urbaines et industrielles. En d'autres termes, le débat politique est dominé par les préoccupations économiques et sociales des villes. On verra une seule exception dans le cas de l'initiative «pour le droit à la vie» qui a réuni 227472 signatures dont seulement 70666 émanent des cinq cantons industriels choisis et 61945 des cantons latins.

Si l'institution de la double majorité n'existait pas, on pourrait craindre que très rapidement non seulement le débat politique mais aussi la société toute entière soient dominés par les préoccupations citadines, au dépens des particularismes locaux.

Dans cette mesure, au moins, le referendum constitutionnel empêche qu'une Suisse diverse ne soit régie que par des règles établies par des citadins industriels.

L'institution du contre-projet aux initiatives populaires remplit la même fonction: il devrait permettre de trouver des réponses aux problèmes posés qui soient mieux adaptées aux besoins de l'ensemble du pays.

On nous opposera peut-être que l'institution du contre-projet est parfois aussi détournée du but ainsi décrit et que les divergences entre le vote du peuple et celui des cantons sont inadmissibles. Ce sont là des problèmes qui ne relèvent pas essentiellement du fédéralisme.

Sur le premier point, nous remarquerons néanmoins que l'abus est toujours condamnable.

Sur le second point, nous avons à nouveau affaire au conflit entre le principe fédéraliste et le principe démocratique, entre la protection des minorités et le droit de la majorité.

On nous permettra cependant de dire que les divergences montrent que la matière n'est, en général, pas au nombre de celles pour lesquelles une unification s'impose dans toute la Suisse, soit parce que la solution proposée est tenue pour inadéquate, soit parce que le problème ne se pose pas dans les mêmes termes partout.

La réponse à un échec dû au manque des solutions rejetées de la double majorité pourrait bien se trouver dans la reprise par les seuls cantons où elles ont été acceptées. Il n'y aurait alors aucune objection juridique à une telle solution. En effet, la matière et sa solution ne font pas partie des compétences fédérales – puisque précisément peuple et cantons ont refusé qu'elles en soient –; elles ne peuvent en principe pas davantage être contraires à la Constitution fédérale puisqu'elles devaient en faire partie, sous réserve que leur introduction dans la Constitution n'ait pas précisément eu pour but de déroger à une règle constitutionnelle antérieure.

Ainsi, la minorité fédérale peut devenir majoritaire dans un canton déterminé. C'est là l'un des traits essentiels du fédéralisme.

Chapitre II:
La puissance publique originaire des cantons et ses limites

A notre sens, nous l'avons dit, les cantons disposent de la puissance publique interne originaire dans les domaines qui n'ont pas été attribués à la Confédération. Dans ces secteurs, ils ont le pouvoir de mettre en vigueur, selon les procédures qu'ils jugent appropriées, les règles qu'ils souhaitent. Cependant, la liberté d'agir des cantons n'est pas illimitée.

En effet, selon un principe général du droit, une règle de droit n'est valable que si elle a été édictée par un organe (ou organisme) compétent quant au lieu, quant aux personnes et quant à la matière, que si elle a été édictée selon une procédure correcte et que si la solution qu'elle retient est compatible avec les règles valablement énoncées par d'autres collectivités ou établissements publics dans le cadre de leurs propres compétences.

Ce principe est appelé principe de la primauté du droit. Il s'applique aux cantons comme il s'applique aux Etats eux-mêmes.

Nous allons donc montrer tout d'abord quelle sont les compétences des cantons dans le cadre de leur puissance publique originaire; ce thème a déjà été assez souvent débattu et traité. Nous pourrons donc être relativement brefs, au moins quant aux principes en cause.

Dans un second temps, nous tirerons les conséquences, quant à l'action des cantons, du principe de la primauté du droit.

Dans un troisième temps, nous montrerons que le bon fonctionnement de la Confédération exige que celle-ci jouisse d'une immunité particulière dans les cantons.

Ce seront là les objets de notre première section.

Dans une seconde section, nous examinerons quelques limites moins connues des compétences cantonales: il s'agira de ce que nous appelons les compétences «par nature» de la Confédération, des «règles accessoires» à une réglementation fédérale, des unifications de fait et des limites futures à cet attribut

principal de l'indépendance cantonale qu'est la souveraineté fiscale.

Nous ne traitons donc pas ici de la situation dans laquelle les cantons exécutent le droit fédéral.

Section I: Les compétences cantonales et leurs limites

De façon tout à fait classique, une entité administrative, quelle qu'elle soit, ne peut valablement légiférer, juger, prendre des décisions et les exécuter que si elle a compétence pour le faire. Cela est vrai de l'ONU, du Conseil de l'Europe, de la Confédération, des cantons, de la commune, d'un hôpital public ou d'une université.

Les compétences des cantons suisses résultent implicitement du système de la Constitution fédérale: l'art. 3 Cst fixe le principe: les cantons conservent les compétences que la Constitution n'accorde pas à la Confédération.

A. Les compétences cantonales

Par «compétence», nous entendons le pouvoir d'agir dans un domaine économique et social, lorsque le besoin s'en fait sentir, c'est-à-dire lorsque l'intérêt public exige une intervention de l'Etat.

Cette intervention pourra vêtir la forme d'une loi, mais parfois n'être qu'un simple fait matériel – construction d'une route, d'une digue, d'un pont, d'un canal – toutes activités concrètes que l'Etat entreprend pour accomplir des tâches dont il doit se charger dans l'intérêt général.

Selon le principe de la légalité (l'Etat ne peut et ne doit agir que si une loi valable l'y autorise), la compétence pour adopter une loi entraîne nécessairement concrètement que des décisions, des jugements et des mesures d'exécution soient prises. En conséquence, normalement, la compétence pour légiférer comprend la compétence pour donner effet, pour exécuter la loi.

Les actes matériels de l'Etat peuvent, eux, être commandés par une loi (p. ex. construction d'une école pour exécuter la loi sur l'instruction publique) mais ils peuvent aussi résulter de la nature des choses comme la construction d'une salle du Grand Conseil ou d'une route cantonale.

Il résulte du système des art. 3 et 5 Cst que compétences cantonales et compétences fédérales ne peuvent se définir que les unes par les autres; en effet, l'art. 3 Cst maintient les compétences cantonales, sous réserve des compétences fédérales et l'art. 5 Cst garantit le respect de ce partage par la Confédération.

a) les compétences cantonales quant à l'objet

1. les compétences disparues

Il est traditionnel d'opposer les compétences exclusives de la Confédération à l'absence de compétences cantonales. On dit, généralement, que, dès qu'une telle compétence a été attribuée à la Confédération, les cantons ne peuvent plus légiférer ou agir en la matière[26]; leurs lois seraient en outre caduques aussitôt après l'entrée en vigueur de l'art. Cst nouveau. Ce type de compétences nous a cependant toujours paru un peu fictif. En effet, si cette catégorie de compétences existait vraiment, il y aurait, dès l'adoption de la règle constitutionnelle fédérale, un vide juridique inconcevable et inacceptable (sauf à admettre que la Confédération ait pu préparer d'avance, du droit fédéral ou qu'une règle de droit fédéral transitoire maintienne le droit cantonal en vigueur!).

Dès lors une telle prétendue compétence exclusive de la Confédération ne peut plus exister aujourd'hui dans cette définition là.

Il est, en revanche, parfaitement concevable qu'un nouvel article constitutionnel comprenne une règle d'application directe, c'est-à-dire pouvant servir de base à des décisions administratives sans qu'il soit besoin de légiférer. Alors, effectivement, le droit cantonal perd aussitôt toute validité. Mais une telle règle n'est pas une véritable règle de répartition des compétences. Elle est une limite à la substance du droit cantonal, comme n'importe quelle autre règle fédérale.

2. les compétences évanescentes

On distingue ensuite les compétences cantonales concurrentes aux compétences fédérales. Ces compétences ne sont pas abolies de par l'introduction de la règle constitutionnelle attribuant compétence à la Confédération. Les cantons peuvent continuer

[26] Voir J.-F. AUBERT (note 2), No 686; Z. GIACOMETTI (note 13), p. 100 à 103.

à agir comme si rien ne s'était produit. Mais le champ dans lequel les cantons peuvent intervenir souverainement se réduit peu à peu, au fur et à mesure que la législation fédérale se met en place. On parle alors de compétences cantonales législatives concurrentes temporaires.

En revanche, dans l'exécution de ces lois fédérales, on peut distinguer la compétence cantonale d'exécution durable et l'absence de compétence d'exécution. Il y a compétence d'exécution durable lorsque le canton, ayant peu à peu perdu toute puissance publique originaire, ne devient qu'un exécutant de la loi fédérale. Il ne fixe plus la règle mais il décide, juge et exécute conformément à une réglementation édictée ailleurs. Il y a absence totale ou partielle d'exécution cantonale lorsque le canton n'est même plus l'exécutant de la législation fédérale: les agents fédéraux interviennent seuls, à tout ou partie des stades de l'exécution de la loi.

On dit, enfin, que les cantons ont des compétences législatives concurrentes durables dans des domaines où la Confédération ne peut édicter que des principes ou n'a qu'une haute surveillance. Dans ce domaine, la Confédération fixe les règles générales minimum du jeu; les cantons doivent respecter ce minimum mais peuvent aménager comme ils l'entendent le reste de la partie. Nous nous trouvons ici dans un système d'harmonisation et non plus d'unification de la législation.

Si la distinction entre les concepts est claire, elle est infiniment plus délicate en pratique. On songera p. ex., au luxe de détails que comporte la législation fédérale sur la forêt adoptée sur la base d'un art. 24 Cst qui confie à la Confédération «le droit de haute surveillance sur la police des forêts», le pouvoir de concourir au reboisement des régions où les torrents prennent leur source ainsi que de décréter les mesures nécessaires à la conservation des forêts existantes. On pensera aussi à la véritable circulaire d'application de la loi sur l'aménagement du territoire que constitue «l'étude relative à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire» publiée par le Département fédéral de Justice et Police[27], étude d'ailleurs pleine d'intérêt, qui, selon sa propre préface, «devrait permettre d'éclaircir» certains «points de la loi qui, conformément à la Constitution, se borne à énoncer des principes».

On songera aussi au projet de loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes qui comporte 75

[27] Berne 1981.

art. et un message de 300 pages[28]. Cette loi doit harmoniser la législation des cantons et des communes en ne laissant aux cantons que le choix des barèmes, des taux et des montants exonérés (art. 42quinquiès Cst).

Tout est dès lors question de savoir jusqu'où va l'harmonie et où commencent d'une part la cacophonie et d'autre part, l'unisson.

La distinction entre les deux types de compétences est, pour le moins, en pratique, incertaine.

3. les compétences véritables

Très simplement, à notre sens, les cantons sont vraiment compétents partout où aucune autre institution publique ne l'est. Cette affirmation découle du principe de la primauté de la loi aux termes duquel une autorité ne peut agir que si aucune autre n'y est autorisée. Le canton a le pouvoir d'agir lorsque la Confédération ne le peut pas, lorsqu'elle ne le peut que partiellement, lorsqu'elle a la compétence d'agir mais qu'elle ne l'a pas utilisée (il y a là une sorte de substitution du canton à la Confédération pour éviter un vide juridique), lorsqu'aucune institution supra-nationale, voire même simplement internationale ne le peut, enfin, lorsque aucune entité inférieure au canton n'a reçu compétence du canton ou, même parfois, de la Confédération.

Ainsi, le canton a une compétence à la fois originaire et subsidiaire. Elle est originaire puisque c'est de lui (ou plutôt de l'ensemble des cantons) que partent les compétences attribuées à d'autres institutions; elle est subsidiaire puisque le canton ne peut valablement agir que si personne d'autre n'a le pouvoir de le faire.

On distingue ainsi, parmi les compétences subsidiaires et, selon une terminologie qui ne nous satisfait guère, les compétences parallèles et les compétences exclusives des cantons.

On dit qu'il y a compétence parallèle lorsque le même objet peut être réglementé par la Confédération et par le canton. Les exemples typiques en la matière sont les subventions et les impôts; une même activité peut être subventionnée (ou taxée) par la Confédération et par le canton.

Mais on nomme aussi «compétence parallèle» d'un canton le pouvoir d'intervenir du canton dans un domaine de l'activité

[28] FF 1983 III 1.

humaine déjà soumis à une réglementation fédérale, à la condition que l'intérêt public au nom duquel le canton agit ne soit pas le même que celui qui justifie une intervention fédérale. En d'autres termes, et c'est en cela que le terme de parallèle n'est peut-être pas très satisfaisant, une même activité humaine peut être régie par des règles relevant de la compétence cantonale *et* de la compétence fédérale. Cette dualité de réglementations ne pose alors pas un vrai problème de partage des compétences mais un problème de convergence et de compatibilité des règles énoncées par la Confédération et par le canton.

Enfin, on dit qu'il y a compétence exclusive des cantons dans les domaines où la Confédération ne peut pas intervenir du tout. Le terme n'est ici pas non plus parfaitement adapté.

En effet, une telle exclusivité n'existe pas vraiment. D'une part, en tout état de cause, l'art. 102 chiffre 10 Cst impose au Conseil fédéral un devoir général de veiller à la sécurité intérieure de la Confédération et au maintien de la tranquilité et de l'ordre. D'autre part, le canton est certes seul compétent, mais la substance de la réglementation qu'il adopte est limitée par le droit fédéral. Dès lors affirmer que certains domaines relèvent uniquement du canton n'est possible que si l'on ne s'en tient qu'au seul problème de la validité formelle des actes cantonaux.

4. les compétences déléguées, restituées ou maintenues

Il peut se produire que la Confédération réserve, dans sa législation, des compétences cantonales [29].

Ce faisant, la Confédération peut laisser à un canton le choix entre plusieurs solutions proposées par le droit fédéral (p. ex., la réserve successorale des frères et sœurs et son extension); dans ce cas, le canton n'exerce qu'une compétence bien délimitée: l'unification totale n'a pas été possible, il a fallu tenir compte des traditions locales.

La Confédération peut, aussi, de façon quelque peu ostentatoire, réserver la législation cantonale en général (art. 6 et 703 CCS); dans ce cas, le canton n'acquiert rien, la règle fédérale est inutile.

La Confédération peut, enfin, réserver le droit cantonal en admettant des règles différentes de celles prévues par la loi

[29] Voir p. ex. Z. GIACOMETTI (note 13), p. 118 et ss.

fédérale; le canton conserve alors une partie de sa compétence et peut poser des règles spécifiques.

Cette réserve peut être pure et simple, voire même n'avoir qu'un caractère déclaratoire:

l'art. 83 de la loi fédérale sur les droits politiques; les art. 15 et ss de la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale; les art. 44 et ss de l'ordonnance du Conseil fédéral sur la prévention du surendettement des biens-fonds agricoles; l'art. 19 de la loi sur la concurrence déloyale au sujet des opérations de liquidation et opérations analogues; l'art. 22 de la loi sur la concurrence déloyale concernant la police du commerce et les contraventions dans ce domaine; l'art. 4 al. 3 de la loi sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique; l'art. 105 de la loi sur la circulation routière en ce qui concerne le droit d'imposer les véhicules à moteur et de prélever des taxes à leur propos; l'art. 3 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant les routes de grand transit; l'art. 71 lettre c de la loi sur le travail; l'art. 21 al. 3 de l'assurance-maladie; enfin, diverses dispositions de la loi sur la pêche.

Le droit fédéral peut réserver un droit cantonal plus strict:

p. ex., l'art. 3 de l'ODFJP, limitant le nombre des étrangers et l'art. 5 de l'ACF concernant la déclaration du départ des étrangers (au sujet des refus d'autorisation de séjour pour les personnes âgées de plus de 60 ans sans activité lucrative); l'art. 3 de l'OCF réglant le placement des enfants (pour la protection des mineurs placés hors de leur foyer); l'art. 20 de la loi sur la protection de la nature (pour la protection des plantes et des animaux rares); l'art. 66 de l'OCF sur la protection des animaux (pour le contrôle du dopage des animaux dans les compétitions sportives); l'art. 83 de l'OCF concernant les constructions et l'équipement des véhicules à moteur (quant à la fréquence des contrôles des dits véhicules lorsque ceux-ci sont en circulation depuis plus de trois ans); l'art. 488 de l'OCF sur le contrôle des denrées alimentaires «si cette compétence est expressément réservée par l'ordonnance»; l'art. 118 de l'OCF sur le contrôle des viandes (dans la mesure où cette ordonnance le réserve); l'art. 23 de la loi sur les épidémies (pour les vaccinations obligatoires ou volontaires gratuites contre d'autres maladies que celles définies par la Confédération); l'art. 2 de la loi sur l'assurance-maladie et accidents (pour le champ d'application de cette assurance); les art. 1 et 2 de l'arrêté fédéral instituant des mesures en faveur de la viticulture (pour le champ d'application de cet arrêté et pour les restrictions aux autorisations de cépage admis dans les régions); l'art. 16 de la loi sur les loteries et les paris professionnels (quant à la possibilité d'instituer des restrictions plus sévères pour admettre des loteries d'utilité publique).

Enfin la réserve peut porter sur un droit cantonal plus généreux que la législation fédérale;

p. ex., les art. 5 et 7 de la loi sur les droits politiques (pour le vote par correspondance ou par procuration et pour le vote anticipé); l'art. 703 du Code civil (pour les majorités pour les améliorations foncières); l'art. 5 de l'OCF réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (quant aux exigences médicales des candidats au permis de conduire); l'art. 35 de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques (quant au rôle des offices cantonaux de conciliation); l'art. 83 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (quant au

maintien d'institutions cantonales d'AVS excluant les cotisations d'employeurs); l'art. 24 de la loi sur les allocations familiales en agriculture (quant à une augmentation du montant des allocations); l'art. 34 de la loi sur les loteries et les paris professionnels (quant à l'autorisation de paris professionnels sur les courses).

Ces solutions variées constituent une manière de retenue fédérale dans l'unification du droit de fond, voire dans celle du droit de procédure.

Inversément, la Confédération devra parfois unifier des domaines annexes à la matière qui relève expressément de sa compétence (règles accessoires empiétant sur un domaine en principe cantonal), voire même encore unifier des règles de procédure (notamment en ce qui concerne l'exécution du droit fédéral).

On remarquera d'ores et déjà que, dans la mesure où un canton ne fait que reproduire une règle fédérale ou ne fait qu'exécuter, fût-ce par un acte normatif, une obligation que la législation fédérale lui impose en ne lui laissant aucune autonomie quant à la solution à retenir, le canton n'édicte pas du droit cantonal mais bien du droit fédéral[30]. Dès lors, les recours devant le Tribunal fédéral relatifs à l'inobservation de telles règles de droit prétendûment cantonal sont ceux dont l'objet est un acte fondé sur le droit fédéral et le moyen, la violation du droit fédéral: le recours est donc le recours de droit administratif[31].

b) les compétences quant aux personnes et quant au lieu

Les cantons sont des entités de droit public à base territoriale. Ils ont, en outre, comme des Etats, des ressortissants ou des citoyens. Le champ d'application des compétences cantonales ne se définit donc pas seulement quant à la matière mais aussi quant à l'espace et quant aux personnes.

1. quant à l'espace

La législation cantonale ne peut avoir d'effet que jusqu'à la frontière. Aucun acte cantonal de souveraineté étatique n'est possible ou admissible hors du canton faute de compétence territoriale. Les questions mettant en cause d'autres cantons

[30] P. ex. ATF 107 Ia 339 *Guigoz.*
[31] P. ex. ATF 105 Ib 35 *Zehnder;* 106 Ib 29 *Comité d'action N. 14.*

doivent recevoir réponse dans une réglementation dépassant l'ordre cantonal. Il ne peut s'agir que du droit fédéral ou du droit inter-cantonal. Aucune autorité cantonale n'a le pouvoir de régler, de manière obligatoire pour un autre canton, un éventuel conflit de compétences tel qu'un excès territorial des pouvoirs d'un canton (p. ex., une usine d'épuration des eaux a des effets nocifs hors d'un canton; cette usine est indispensable au fonctionnement normal du canton; les effets nocifs sur les voisins entraîneraient donc dans le canton l'expropriation selon le droit cantonal des droits de voisinage; le canton peut-il, selon sa propre loi, exproprier le voisin extra-cantonal? Doit-il, dans l'exercice de son droit souverain, plaider devant les tribunaux du canton voisin? Doit-il ou peut-il invoquer la loi fédérale sur l'expropriation?) [32].

Dans un conflit entre Etats, ces problèmes se résolvent, éventuellement, par un accord international.

Dans une fédération, les principes fondamentaux de la fidélité au lien fédéral et de la garantie des souverainetés réciproques (art. 3 Cst) font que si la compétence cantonale s'arrête à la frontière (voir aussi l'action de la gendarmerie et de la police), les conflits doivent être réglés par la négociation entre cantons ou par un acte fédéral. En effet, la Confédération a, par définition, et sans que la Cst n'en fasse expressément une tâche fédérale, le droit et le devoir de résoudre les conflits entre cantons notamment, aujourd'hui, les conflits de compétences. Cette obligation est très souvent remplie, lorsque les cantons exécutent le droit fédéral, par des règles fédérales expresses sur les conflits de compétences. Les moyens de satisfaire à ce devoir ne sont, en revanche, pas prévus dans la Constitution lorsque les cantons ne sont pas les exécutants du droit fédéral, sauf à l'art. 46 al. 2 Cst; seul le Tribunal fédéral est à la disposition des cantons (art. 113 al. 1 ch. 2 Cst)... pour autant que l'un d'eux le saisisse.

2. quant aux personnes

La législation cantonale régit les personnes qui se trouvent sur territoire cantonal et celles qui y ont des activités. En outre, le droit cantonal s'applique hors des frontières cantonales dès qu'il s'agit de règles liées à la personne et à son statut, p. ex. les

[32] Voir la solution retenue aux art. 56 à 58 de la loi sur la protection de l'environnement.

législations sur la nationalité ou le droit de cité cantonaux. Dans le champ d'application relatif aux personnes, la possibilité d'une application extra-cantonale des normes existe en principe, contrairement à la règle concernant le champ d'application spatial du droit cantonal. Mais cette possibilité est limitée par la compétence fédérale de régler les conflits de compétences entre cantons. En particulier, les cantons ne peuvent étendre le champ d'application de leurs législations à leurs ressortissants vivant hors du canton que sous réserve de la souveraineté des autres cantons et du droit fédéral. Un canton peut imposer des obligations et conférer des droits à ses ressortissants à l'étranger sous réserve du seul droit international. Il peut agir de même envers ses ressortissants résidant en Suisse sous réserve de respecter les règles de conflits posées par le droit fédéral, notamment la garantie de la souveraineté cantonale inscrite à l'art. 5 Cst, le principe de la souveraineté fédérale, les art. 43 et 46 al. 2 Cst. Sur territoire cantonal, en revanche, le canton doit respecter l'art. 60 Cst; cependant, si le droit fédéral interdit que des tarifs différents soient appliqués dans des établissements de droit public aux résidents confédérés d'un canton selon qu'ils en sont ou non ressortissants, cette disposition n'empêche pas que tous les ressortissants du canton, quel que soit leur lieu de résidence à l'étranger, puissent bénéficier d'un même tarif.

c) conclusion

On aura ainsi constaté que, quant à l'objet, la compétence cantonale est limitée par la compétence fédérale, ainsi que par les pouvoirs d'autres institutions publiques. Quant à l'espace, elle s'arrête aux frontières cantonales. Quant aux personnes, elle vise toutes les personnes ayant contact avec le canton et, sous réserve de la compétence des autres cantons et des règles fédérales relatives aux conflits de compétence, les ressortissants cantonaux hors du canton.

B. La primauté de la loi et les conflits de loi

Le principe de la primauté de la loi [33] exige tout d'abord le respect des compétences valablement attribuées à autrui. Nous venons d'examiner cette question. Il requiert, en outre, d'avoir

[33] Sur ce principe: A. GRISEL, Droit administratif suisse, 1970, p. 160 et ss; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 2e édition, 1982, No 63.

révérence pour les règles et décisions valablement édictées par d'autres autorités. En d'autres termes, les cantons ne doivent pas seulement ne pas empiéter sur des compétences tierces, ils doivent aussi s'en tenir aux règles adoptées par les tiers en vertu de leurs propres compétences.

Cela est vrai envers la Confédération et le droit fédéral dans son ensemble, mais cela est exact aussi envers les réglementations d'institutions fédérales, cantonales ou communales indépendantes, voire même simplement autonomes. Le principe de la primauté de la loi ne s'applique cependant qu'à l'égard des règles valablement édictées. On ne saurait, en effet, attendre d'un canton, agissant dans le cadre de sa souveraineté, qu'il respecte des règles non valables. L'autorité cantonale peut – voire doit – donc contrôler, à titre incident, la validité des règles qu'elle doit respecter [34]. Il s'agit là d'un moyen pour le canton de défendre la sphère de ses compétences. Cependant, ce principe connaît une exception majeure: une loi fédérale ou un arrêté de portée générale, même parfaitement illicite, lie toutes les autorités fédérales et cantonales autres que le législateur fédéral et le constituant selon l'art. 113 al. 3 Cst; il y a là une atteinte au fédéralisme que seule la préséance donnée à la volonté populaire, exprimée le cas échéant par un referendum législatif, permet d'expliquer et de légitimer.

a) la validité formelle du droit cantonal

Les règles posées par les cantons, dans le cadre de leurs compétences doivent avoir été adoptées et édictées selon une procédure correcte. Il s'agit là de l'exigence bien connue de la validité formelle des actes juridiques.

En règle générale, dans les domaines où ils ne se contentent pas d'exécuter le droit fédéral, les cantons définissent eux-mêmes quelles sont les autorités compétentes quant au lieu et quant à la matière pour légiférer, juger, décider et exercer la contrainte. Les règles cantonales déterminent, en outre, les dispositions applicables au processus de décision, à la composition de l'autorité et au rôle des administrés; elles indiquent enfin

[34] Nous avons cependant des hésitations sur le fait que des tribunaux cantonaux puissent isolément, librement et sans recours déclarer que des ordonnances du Conseil fédéral ne sont pas conformes à la loi fédérale ou à la Constitution ou aussi déclarer que des lois cantonales violent des ordonnances du Conseil fédéral.

la forme que doivent revêtir les actes pour être valables (règles sur la publication, sur la promulgation, sur la notification) et exécutoires (p. ex., effet d'un recours éventuel).

En principe, les cantons sont libres – encore une fois en tant qu'ils n'exécutent pas le droit fédéral – dans le choix de ces règles de forme.

Le droit fédéral limite cependant par des règles expresses ou tacites le nombre des solutions que les cantons peuvent donner à des problèmes de pure procédure.

Les règles de procédure cantonale sont circonscrites d'une manière générale par l'art. 4 Cst tel qu'il a été interprété par le Tribunal fédéral et, d'une manière plus spécifique, par l'art. 6 Cst. En outre, les procédures faisant appel à une intervention du peuple sont aussi régies par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits populaires, jurisprudence dans laquelle le Tribunal use, en principe, d'un plein pouvoir d'examen.

La limite générale du choix des solutions cantonales est l'interdiction de l'arbitraire. En d'autres termes, une règle cantonale de procédure ne doit pas être incohérente ou dépourvue de sens ou de but; en particulier, elle ne doit pas être chicanière.

L'art. 6 al. 2 Cst oblige les cantons à garantir l'exercice des droits politiques d'après les formes républicaines. Cette règle signifie dès lors que les citoyens doivent pouvoir participer, au moins à l'adoption des lois par la démocratie directe ou par l'élection de parlementaires.

Ces limites sont très générales. Il est néanmoins bon de se souvenir que, même dans des domaines où les cantons paraissent avoir la plus grande liberté pour régler leur propre vie politique, cette liberté n'est pas totale: certaines règles fédérales l'emportent en cas de conflits sur les règles cantonales. L'art. 2 DT, le principe de la fidélité fédérale exigent, en effet, qu'en cas de divergences inconciliables, le droit fédéral l'emporte sur le droit cantonal. Le principe de la primauté de la loi ne dit pas autre chose: une règle cantonale contraire au droit fédéral n'est pas valable.

b) la validité matérielle du droit cantonal

Il ne suffit pas qu'une règle soit adoptée par un canton compétent, dans le respect de règles de procédure conformes au droit fédéral pour que la règle cantonale soit elle-même valable.

Il faut, en outre, qu'elle soit au fond conforme au droit de fond fédéral [35].

Les principes que nous venons de dégager quant à la validité des règles de procédure cantonales et à la solution de conflits éventuels avec le droit fédéral, s'appliquent aussi à la validité matérielle des règles du droit cantonal.

Les limites à la liberté des cantons quant au choix qu'ils peuvent faire sur la manière d'exercer leurs compétences sont par définition infiniment plus larges lorsque des solutions concrètes sont en cause. Néanmoins, le principe fondamental reste le même: le droit cantonal ne peut – sauf autorisation de la Confédération – mais alors l'exception du seul fait qu'elle est prévue cesse d'en être une – contenir valablement aucune règle contraire du droit fédéral.

On remarquera néanmoins que, si un canton, agissant dans un domaine de sa compétence, édicte une règle contradictoire avec une règle valable de la Confédération dans un domaine de la compétence de celle-ci, le sort de la règle cantonale ne sera pas nécessairement et toujours la nullité [36]. En effet, si la règle cantonale prévoit p. ex. une subvention différente de celle instaurée par la législation fédérale (compétences parallèles), il n'y a aucun conflit: le canton subventionne et la Confédération aussi [37]. Si une règle cantonale prévoit une solution moins stricte que la règle fédérale sur le même objet mais a un but d'intérêt public différent [38]: la loi fédérale est seule applicable, la loi cantonale n'est pas nulle: elle est sans effet [39]. Si la règle canto-

[35] Tel n'est pas le cas de M. IMBODEN, pour qui le conflit du droit fédéral et du droit cantonal est toujours un conflit de compétences; Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht kantonales Recht» 1942, reproduit dans: Staat und Recht, 1971, p. 132.

[36] En ce sens pourtant, ATF 78 I 213 *Koch;* W. BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3e édition, 1931, p. 823; Z. GIACOMETTI (note 13), p. 96; J.-F. AUBERT (note 2), Nos 643 et ss; W. BURCKHARDT, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, reproduit dans: Aufsätze und Vorträge, 1970, p. 206.

[37] Voir aussi les systèmes de double autorisation décidée à des titres différents selon la loi cantonale et la loi fédérale, en matière atomique (JAA 1981, No 40, Office fédéral de l'économie énergétique); art. 8 de la loi sur le travail; art. 13 de la loi sur les abris.

[38] Sur l'importance de la confluence de l'objet réglementé et du but poursuivi par la règle, dans l'application de la règle «droit fédéral brise droit cantonal» p. ex., ATF 102 Ib 288, *division fédérale de police,* J.-F. AUBERT (note 2), No 661.

[39] En ce sens, si l'on admet notre prémisse qu'il y a conflit de règles et non pas conflit de compétences, M. IMBODEN, (note 35), p. 136.

nale prévoit une solution plus stricte que la loi fédérale, elle n'est nulle que si elle poursuit le même but d'intérêt public que la loi fédérale[40].

En conséquence, du droit cantonal adopté par un canton dans le cadre de ses compétences, ne sera nul pour contrariété avec le droit fédéral de fond que si l'application du droit cantonal empêche l'application du droit fédéral, si les deux règles sont exclusives l'une de l'autre ou, encore, si l'application du droit cantonal empêche la Confédération d'accomplir ses tâches.

Ainsi le droit fédéral que le droit cantonal valable à la forme doit respecter est composé des règles constitutionnelles directement applicables (libertés publiques notamment) des règles législatives, des actes individuels et concrets, du droit international conventionnel et coutumier, des silences qualifiés de la législation fédérale, voire même aussi de règles inconstitutionnelles mais contenues dans des lois fédérales ou arrêtés fédéraux de portée générale[41].

On relèvera, enfin, que les cantons doivent aussi respecter, toujours en vertu du principe général et fédéral de la primauté de la loi, les règles établies dans le domaine de leur autonomie par les autorités communales ou des institutions de droit cantonal, selon les procédures prévues.

Ainsi, curieusement, un principe de droit fédéral protège les communes et oblige les cantons envers elles.

c) conclusion

En conclusion, on constate que les cantons en soi compétents ne peuvent adopter de règles cantonales que sous réserve de respecter une procédure compatible avec le minimum exigé par le droit fédéral; encore faut-il que les règles ainsi valablement adoptées ne contredisent ni n'empêchent l'application du droit fédéral, valable lui aussi, dûment interprété... en dernière instance par le Tribunal fédéral, c'est-à-dire par un organe fédéral.

Ceci revient à remarquer que les domaines laissés à la souveraineté totale des cantons ont tendance à se rétrécir.

[40] Voir sur le problème, p. ex., ATF 107 Ia 288/9 *Unione cantonale associazioni venatorie*.

[41] Art. 113 al. 3 Cst.

C. Les immunités fédérales

On pourrait penser que si les cantons ont adopté des règles pleinement valables, ces règles sont aussi opposables à la Confédération, à ses subdivisions administratives et aux autres cantons.

Tel n'est cependant pas le cas. En effet, la Confédération et ses subdivisions administratives sont au bénéfice d'immunités qui leur permettent de ne pas être soumises à des réglementations cantonales.

Ces immunités sont, pour la plupart, inscrites dans les lois fédérales. En cela, elle constituent des règles de droit matériel: une loi cantonale qui n'excluerait pas la Confédération de son champ d'application serait contraire au droit fédéral, empêcherait celle-ci d'accomplir ses tâches et, partant, serait nulle.

On citera ici notamment:

– les règles relatives aux immunités de poursuite et au statut fiscal des membres des autorités principales de la Confédération; à l'exemption des impôts – sauf sur les immeubles du patrimoine financier – cantonaux et des assurances cantonales pour la Confédération, ses établissements, entreprises et fondations non personnalisées et au pouvoir de police dans les bâtiments fédéraux selon la loi sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération; l'exemption des taxes pour les vivres et liquides destinés aux troupes, l'exemption d'impôts pour les propriétés fédérales militaires, l'inapplicabilité des règles sur les autorisations de construire cantonales pour les ouvrages militaires (art. 154 de la loi d'organisation militaire); l'exemption des impôts et taxes sur les véhicules utilisés à des fins militaires (art. 165 de la même loi); le droit de ne respecter que «dans la mesure où elles sont compatibles avec la législation fédérale et les nécessités de la construction et de l'exploitation des Chemins de Fer» les règles cantonales de police des constructions, du feu et de l'hygiène publique (art. 18, al. 3 de la loi sur les Chemins de Fer); l'exemption des règles sur les heures d'ouverture et de fermeture des services nécessaires des Chemins de Fer sis sur le domaine du Chemin de Fer «dans la mesure où des besoins de l'exploitation ferroviaire et du trafic l'exigent» (art. 39 de la même loi); le droit d'utiliser gratuitement le domaine public pour l'établissement des lignes téléphoniques et télégraphiques (art. 5 à 7 de la loi sur les installations électriques à faible et à fort courant); l'exemption d'impôts des Chemins de Fer Fédéraux, à la seule exception des immeubles ne servant pas à l'exploitation et l'exemption de l'assurance incendie cantonale pour leurs biens mobiliers (pour les biens immobiliers, l'exception résulte déjà de la loi sur les garanties) (art. 6 de la loi sur les Chemins de Fer Fédéraux); le droit d'utiliser gratuitement le domaine public pour l'installation des boîtes aux lettres, des distributeurs automatiques, des cabines téléphoniques et autres installations semblables des PTT (art. 6 de la loi sur l'organisation des PTT); par une extension très large, l'exemption des impôts – sauf sur le patrimoine immobilier privé – des caisses-maladies reconnues, c'est-à-dire subventionnées – (art. 1er LAMA) par la Confédération (art. 31 de la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents); l'exemption d'impôts en faveur des véhicules automobiles de la Confédération

«employés à son service» et des cycles de celle-ci (art. 105 de la loi sur la circulation routière); enfin, l'exemption des impôts en faveur de la caisse nationale d'accidents sauf pour la fortune immobilière de celle-ci non affectée directement à la gestion de l'assurance ou au placement de ses réserves (art. 67 de la loi sur l'assurance-accidents).

Devant cette masse d'exemptions, la question se pose, à l'évidence, de savoir si ces règles sont un indice d'un principe plus général selon lesquel la Confédération échapperait à la loi cantonale «dans la mesure où les nécessités de l'activité fédérale l'exigent». Le Tribunal fédéral a récemment, avec raison, tranché en ce sens[42]. Le droit cantonal ne doit pas entraver le bon fonctionnement de la Confédération; mais celle-ci ne demandera une exception ou une immunité que lorsque la demande est nécessaire. Nous trouvons là une application du principe de la proportionnalité.

En revanche, les exemptions fiscales ne peuvent être admises que par une règle expresse. C'est d'ailleurs bien pourquoi, à l'exception de deux règles concernant la police des constructions, d'une règle concernant des garanties pénales et d'une règle sur l'ouverture des magasins, les autres dispositions précitées traitent uniquement de problèmes fiscaux.

Enfin, on relèvera que la Confédération, en tant qu'elle agit comme détentrice de la puissance publique, ne peut être citée devant des tribunaux cantonaux. Les recours en annulation contre des décisions administratives d'autorités fédérales sont soumis à la loi sur la procédure administrative et à la loi d'organisation judiciaire fédérale. Les expropriations ont lieu selon une procédure fédérale spéciale. Les actions en responsabilité sont régies par l'art. 10 de la loi sur la responsabilité de la Confédération; enfin, les litiges surgissant entre la Confédération et les cantons relèvent de la réclamation de droit public selon l'art. 83 de la loi d'organisation judiciaire fédérale.

On peut ainsi conclure que la Confédération jouit «dans l'exercice de ses fonctions» de l'immunité fiscale et de l'immunité de juridiction par rapport aux cantons. Plus généralement, elle bénéficie du droit d'exécuter des tâches *au besoin* contre la volonté cantonale. Ainsi l'esprit fédéral a les moyens juridiques de l'emporter sur l'esprit local. Il n'est pas certain que ces moyens suffisent toujours dans les faits.

[42] ATF 103 Ia 341 *Conseil d'Etat (?) du canton de Genève.*

Section II: Quelques limites particulières aux compétences cantonales

Si nous ne souhaitons pas reprendre ici ce qui a été excellement écrit par des constitutionnalistes distingués, nous aimerions néanmoins traiter de quelques cas dans lesquels on peut s'interroger sur le tracé de la ligne des compétences cantonales.

A. Les compétences fédérales «par nature»

a) les règles dégagées par le Tribunal fédéral

Nous avons déjà examiné ailleurs comment la jurisprudence du Tribunal fédéral a pour effet d'unifier les droits cantonaux[43]. Nous sommes persuadés que le Tribunal fédéral ne doit procéder à une telle unification que lorsque cela est indispensable à une bonne application du droit fédéral. Il ne peut ni ne doit centraliser ce que le constituant a laissé aux cantons. Cela étant, nous devons aussi admettre que la limite de ce qu'exige le droit fédéral n'est pas toujours aisée à tracer.

Ainsi, le respect de l'art. 103 OJF concernant la qualité pour recourir en recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral exige-t-il vraiment que les règles cantonales sur la qualité pour recourir devant des instances cantonales soient abrogées pour les recours impliquant l'application du droit fédéral et soient remplacées en dehors de toute disposition légale fédérale ou cantonale à ce sujet par une qualité pour agir identique à celle de l'art. 103 OJF? La même question se pose concernant le transfert de la notion de «qualité de partie» au sens de l'art. 6 LPA aux procédures non contentieuses régies, à la forme, par le droit cantonal, alors même que le droit de fond est fédéral[44].

Si la réponse à ces questions et à d'autres semblables doit être positive, le champ d'application des lois fédérales sur l'organisation judiciaire et sur la procédure administrative va comprendre, de fait, des procédures cantonales qui implicitement, voire même explicitement (art. 1er LPA), sont exclues de leur champ d'application.

[43] Le recours de droit public, RDS 1975 II 207 et ss.

[44] Voir ATF 108 Ib 93/5 *Hiestand;* ceci conduit à une «administration sur la place publique» dès qu'un tiers pourrait être «touché» voir même seulement «intéressé» par une future décision.

On peut très sérieusement se demander s'il appartient à un Tribunal de porter des atteintes aussi sévères à la souveraineté des cantons, surtout lorsque le législateur fédéral ne l'a pas fait.

Cette interrogation ne peut pas recevoir une réponse simple. En effet, le Tribunal fédéral, par nature, doit veiller au respect du droit fédéral et, notamment, de règles fédérales très indéterminées telles que les libertés publiques, les principes constitutionnels régissant le droit public et les règles minimums de la procédure dont le respect permet seul d'échapper au grief de l'arbitraire.

Bien entendu aussi, comme tout tribunal, le Tribunal fédéral a tendance à affiner et à élargir sa jurisprudence. Composé en grande partie d'anciens juges cantonaux qui ont, durant toute leur carrière, eu pour tâche d'appliquer le droit sans limitation quant à leur pouvoir d'examen et de censure, il aura tendance à procéder à un libre examen de la conformité du droit cantonal avec le droit fédéral, et, partant, à n'admettre dans chaque cas qu'une seule solution.

Certes, on nous dira que les jugements ne font loi qu'entre les parties. Mais cela n'est même juridiquement que partiellement vrai (on songera, p. ex., aux litiges en matière de droits politiques[45] ou à ceux portant directement sur la validité d'une loi cantonale). En outre, en fait, il est évident, que, le droit constitutionnel et administratif étant un droit d'origine essentiellement judiciaire, les solutions retenues par la jurisprudence et singulièrement par celle du Tribunal fédéral dans un cas devront être aussi retenues dans d'autres.

Mais, il est tout à fait essentiel que, tout en assurant la pleine unité du droit en Suisse, le Tribunal fédéral n'oublie pas que la Constitution garantit aussi aux cantons leur souveraineté et qu'il appartient au législateur, après le constituant, de décider jusqu'où celle-ci doit être restreinte. L'efficacité du droit fédéral ne doit pas empêcher les cantons de sauvegarder leur législation et leurs compétences. Si l'on préfère, le Tribunal fédéral devrait plus se demander si une solution cantonale est compatible avec le droit fédéral que s'interroger sur *la solution* conforme à la grande efficacité du droit fédéral.

Dans ce domaine, il ne suffit pas que le Tribunal fédéral se considère comme lié en principe par les décisions de l'organe

[45] La limite nous paraît avoir été, à cet égard, atteinte dans l'arrêt *Bohnet*, ATF 107 Ia 218, en particulier, 223, où le Tribunal fédéral a déclaré qu'une interprétation de la loi cantonale électorale conforme à son texte devait être écartée au nom de la mission du Tribunal fédéral de protéger les minorités.

cantonal suprême (le Parlement) p. ex. dans l'interprétation de règles relatives aux droits politiques ou par des décisions qui impliquent une connaissance approfondie des circonstances locales. Il conviendrait aussi qu'il reconnaisse davantage la diversité des solutions admissibles dans le cadre de la législation fédérale. Les cantons doivent, en effet, pouvoir adopter les règles les plus adaptées à leurs besoins, à leurs coutumes et à leurs habitudes. P. ex., l'ouverture de cabarets ne doit pas nécessairement répondre aux mêmes exigences dans une grande ville que dans un lieu de repos ou de recueillement. Si ce qui choque en un endroit est admis en un autre, il n'appartient pas à un juge d'uniformiser les mentalités.

Dans le même esprit, et tout en comprenant les vues théoriquement parfaitement justifiées[46] émises par la doctrine à ce sujet[47], nous sommes d'avis que le Tribunal fédéral a raison de ne pas examiner la validité des constitutions cantonales par rapport au droit fédéral. En effet, les incompatibilités les plus grossières, c'est-à-dire les plus arbitraires, n'échapperont pas au Parlement.

Le Tribunal fédéral ne pourrait dès lors intervenir que sur des points secondaires. Mais ceux-ci doivent justement rester dans le cadre de la latitude laissée aux cantons de régler leurs affaires comme ils l'entendent.

Cela dit, il ne faut pas se leurrer: l'équilibre entre ce qu'un juge peut faire et ne doit pas accomplir sera toujours incertain. En général, cet équilibre dépend de la conception que le juge se fait de la séparation des pouvoirs. En outre, en Suisse, il s'y ajoute la conception que le juge se fait du fédéralisme, c'est-à-dire de la liberté des cantons[48].

On retiendra néanmoins qu'en fait les juges fédéraux jouent un rôle important dans la réglementation des relations entre les cantons et les citoyens et définissent ainsi largement le rôle et la portée du droit cantonal par rapport au droit fédéral.

[46] Surtout en ce qui concerne les constitutions cantonales antérieures à 1848 qui n'ont pas été «garanties» expressément par les Chambres fédérales et dont les dispositions inconstitutionnelles ont été abrogées par le jeu de l'art. 2 DT (voir J. J. BLUMER [note 2], p. 227); il s'agit des constitutions des cantons du Tessin (1830) et de Genève (1847).

[47] P. ex., J.-F. AUBERT (note 2), No 583 et ss; Z. GIACOMETTI (note 13), p. 134; Y. HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, vol. I, 1980, p. 198; W. BURCKHARDT (note 36), p. 71.

[48] A ce sujet, voir P. CAVIN, ancien Président du Tribunal fédéral, Remarques sur le pouvoir des juges dans: Mélanges M. Regamey, 1980, p. 25 et ss.

On remarquera que, contrairement à ce que l'on a souvent écrit [49], le pouvoir des juges fédéraux de créer – ou de dégager – du droit fédéral ainsi que sa justification constitutionnelle résultent du deuxième chapitre de la Constitution (art. 110 ss Cst). En particulier, l'unification minimum des droits de procédure [50] cantonaux par l'adoption de standards de base n'est prévue nulle part expressément dans la Constitution: elle est une conséquence de la compétence fédérale implicite d'énoncer des droits fondamentaux. Elle est fédérale «par nature».

Ceci nous conduit à constater que les dispositions cantonales prises dans le cadre des compétences cantonales ne sont valables que si elles respectent aussi les règles fédérales émises dans le cadre de compétences fédérales implicites y-compris notamment le pouvoir d'édicter des règles contraignantes pour les cantons.

La seule justification de ces compétences fédérales implicites est l'efficacité du droit fédéral et le bon fonctionnement de la Confédération. On constate ainsi que, dans certains domaines, pour que la Confédération puisse accomplir ses tâches de façon complète, il ne suffit pas seulement d'empêcher que le droit cantonal entrave l'application du droit fédéral, il faut en outre que les règles applicables par les cantons soient «unifiées».

b) les autres cas

On peut s'interroger si le cas du Tribunal fédéral est unique ou s'il existe d'autres compétences législatives fédérales non expressément inscrites dans la Constitution comme telles.

Les compétences implicites ne sont guère appréciées et, traitant du fédéralisme sous l'optique d'un canton, nous ne pouvons que partager la plus grande méfiance envers ce phénomène.

Mais le réalisme commande que l'on reconnaisse l'existence d'un droit fédéral édicté sans base de compétence expresse, notamment afin que des règles fédérales reposant, elles, sur une base constitutionnelle puissent être appliquées. Néanmoins, ce droit fédéral complémentaire ne devrait pas empiéter plus qu'il n'est nécessaire sur le domaine cantonal: il s'agit là encore du principe de la proportionnalité.

[49] P. ex., J.-F. AUBERT (note 2), Nos 615 et ss; Z. GIACOMETTI, (note 13), p. 73.

[50] A cet égard, une unification minimum ne peut être, à notre avis, la simple extension à d'autres cantons d'une règle admise dans certains cantons, même si ces derniers cantons représentent la majorité des cantons suisses.

On doit ainsi considérer que, par nature, certains actes ne peuvent émaner que de la Confédération: il s'agit de règles telles que la définition du drapeau suisse. De même, des normes permettant de faire face à une situation d'urgence nationale ou à un état de nécessité ne peuvent être que le fait de la Confédération même si aucune règle de compétence expresse allant au-delà de l'art. 89bis Cst relatif à la procédure en matière d'urgence n'existe.

Le problème devient plus délicat lorsque se pose la question de savoir si, au-delà de ces situations très particulières, certaines questions ne relèvent pas, par nature et pour des raisons d'évidence du droit fédéral.

La réponse peut paraître nette si l'on s'en tient au dogme: il ne saurait être question de telles situations. Et pourtant! la Confédération n'a-t-elle pas, par nature, seule, la compétence de trancher les conflits entre les cantons dans tous les domaines? Cette compétence n'est pourtant nulle part expressément prévue, elle est tirée de principes généraux tels que la fidélité fédérale ou la garantie de l'existence des cantons. Mais, cette tâche de résoudre les conflits n'implique-t-elle pas aussi que, pour éviter les conflits, la Confédération unifie certaines parties du droit, fixe certaines règles de comportement pour les cantons, ou détermine un droit des conflits intercantonaux?

Si l'on poursuit la réflexion, qu'en est-il de l'arrêté fédéral sur l'acquisition des immeubles par les étrangers? Ces règles relèvent sans aucun doute du droit public. On a reproché à la Confédération de les avoir édictées sans aucune compétence à cette fin [51]. Mais l'un des arguments avancés à l'appui de la thèse de la compétence fédérale est que les cantons n'auraient pas pu édicter de telles règles [52]. Ceci revient donc à dire que les règles de l'arrêté sont par nature des règles fédérales. Ainsi formulé, l'argument ne convainc pas complètement, d'autant plus que les modalités variées d'application de l'arrêté montrent que les cantons ne l'accueillent pas tous avec le même empressement, selon qu'ils sont ou non principalement visés par ces dispositions. En revanche, la compétence fédérale peut être fondée de façon beaucoup plus satisfaisante si l'on prétend que, par

[51] Voir le Message du Conseil fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, du 25 octobre 1972 (FF 1972 II 1264, note 1).

[52] Message du Conseil fédéral concernant l'institution du régime de l'approbation pour le transfert de biens-fonds à des personnes à l'étranger, FF 1960 II 1269/70.

nature, on ne verrait pas les étrangers être interdits d'acquisition de biens immobiliers en certains cantons et autorisés en d'autres. Dès lors, seule une réglementation uniforme permet de répondre de façon satisfaisante à un besoin réel concernant le statut des étrangers en Suisse.

Si nous avançons encore un peu, on peut s'interroger sur la question de savoir si des domaines tels que la navigation aérienne, la navigation maritime, la circulation automobile, les chemins de fer ne devraient pas, par nature même déjà, avoir été tenus pour des domaines qui ne peuvent être que fédéraux. On imaginerait, en effet, mal 26 réglementations cantonales différentes de la navigation maritime suisse. Les nécessités de la vie s'opposent à une telle multiplicité. Ceci nous paraît signifier que, pour certaines tâches techniques où les frontières cantonales sont franchies à tout moment et, pour ainsi dire, par nécessité, la Confédération devrait avoir le pouvoir de légiférer, même en l'absence de règles de compétence expresse et même hors de la situation de nécessité.

Ces domaines ne devraient naturellement pas être multipliés et des précautions devraient être prises pour que les compétences ainsi exercées puissent être soumises à la sanction populaire; il conviendrait, peut-être, lors d'une revision de la Constitution, de réfléchir à un moyen d'associer, obligatoirement, le peuple à l'adoption des règles fédérales les plus fondamentales dans de tels domaines.

Un critère permettant de déterminer ce cercle de compétences «par nature» [53] pourrait être la nécessité de réglementer l'utilisation de moyens techniques dont l'emploi implique nécessairement le franchissement des frontières cantonales de sorte que la coexistence de législations cantonales divergentes serait une entrave insupportable ou insensée à l'intérêt public, au développement ou à l'utilisation rationnelle de ces techniques.

c) conclusion

Nous parvenons ainsi à la conclusion qu'outre les limites aux compétences cantonales qui résultent de règles constitutionnelles conférant à la Confédération des compétences expresses, les cantons sont privés du pouvoir d'intervenir dans des

[53] Sur les compétences «par nature» et les compétences «implicites» voir p. ex., J.-F. AUBERT (note 2), Nos 632 et ss; Y. HANGARTNER, Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, 1974, p. 78 et ss.

domaines qui, selon ce critère, relèveraient de leurs compétences. Ces restrictions complémentaires sont justifiées par le fait que, par nature, la bonne application du droit fédéral exige des empiétements complémentaires sur les règles cantonales sous forme d'unification des droits cantonaux[54], que, par nature, la solution des conflits de compétences inter-cantonaux relève du droit fédéral, que, par nature, certaines règles ne concernent que la Confédération et ne peuvent être adoptées que par le législateur fédéral[55] et, finalement, que l'équilibre du développement économique, technique et social[56] en Suisse exige, parfois, une unification des droits cantonaux même hors de toute compétence fédérale expresse et de toute situation d'urgence.

Ces compétences implicites «par nature» doivent néanmoins être admises avec un maximum de retenue. En effet, si on les admet trop facilement, on aboutira très rapidement à la fin du fédéralisme.

B. Les règles accessoires

La législation et la jurisprudence fédérale[57] admettent très largement que les compétences des cantons soient amputées non seulement par des règles de fond adoptées dans le cadre d'une compétence fédérale, mais aussi par des règles de pure procédure lorsque la bonne application du droit fédéral est en cause[58].

[54] P.ex., Zb l 1982, p. 124, un arrêt du Tribunal fédéral concernant l'absence du droit et l'épouse suisse d'un ressortissant suisse de conserver son droit de cité cantonal (voir aussi p. 130).

[55] La reconnaissance d'une compétence fédérale par nature serait bien préférable à la «législation» par convention de droit privé plus ou moins imposée par les autorités fédérales (p.ex., la convention No XVI de l'association suisse des banquiers relative au traitement des demandes de renseignement de la SEC des Etats-Unis sur les abus d'informations privilégiées).

[56] On songera aussi au domaine culturel, même si la loi et d'arrêté allouant des aides financières pour la sauvegarde de l'italien et du romanche sont fondés sur l'art. 116 Cst (RS 441.3 et 4).

[57] Voir ATF 103 Ib 148/8 *Korn;* B. KNAPP (note 33), No 410 et ss.

[58] P.ex., en ce sens, Z. GIACOMETTI (note 13), p. 77; la Confédération a toutes les compétences nécessaires pour atteindre le but pour lequel elle a une compétence expresse; dans un sens voisin; W. BURCKHARDT, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, reproduit dans: Aufsätze und Vorträge, 1970, p. 230/1, Y. HANGARTNER (note 53), p. 76.

Peut-on aussi admettre que la bonne application du droit privé ou du droit public fédéral autorise l'adoption de règles complémentaires hors du domaine expressément confié à la Confédération par la Cst?

Si nous reprenons l'exemple de l'arrêté fédéral sur l'acquisition d'immeubles par les étrangers, nous constatons que l'argument principal à l'appui de cette réglementation de droit public a été de dire que l'art. 64 Cst laissait à la Confédération le pouvoir d'adopter des règles accessoires de droit public dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution de la législation fédérale[59]. Cet argument est, indubitablement, pertinent. Cependant, il n'est pas très nouveau. En effet, les règles de droit public accessoire fondées sur l'art. 64 Cst sont assez nombreuses. Certaines imposent aux cantons des réglementations complètes dans des domaines où les cantons sont chargés de l'exécution des lois (p. ex., la tutelle et son organisation, l'état civil et la sienne, le registre foncier et ses règles). D'autres ont une portée plus large et qui nous intéresse davantage ici. Elles servent de fondements à des dispositions pour lesquelles la Confédération n'a aucune autre compétence et dans l'exercice desquelles les cantons n'interviennent pas. Ainsi les règles sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse de par la loi (naissance, adoption, mariage) sont tenues pour des clauses accessoires de droit public rattachées aux règles de droit civil régissant ces institutions de droit de famille[60].

Ainsi, des règles essentielles peuvent être prises par la Confédération sans compétence expresse; ces règles peuvent parfois même obliger les cantons à adapter leur législation cantonale pour qu'ils puissent leur donner effet (l'attribution de la nationalité suisse entraînant l'attribution de la nationalité cantonale p. ex.).

Bien entendu, la question est de savoir jusqu'où la compétence de légiférer, p. ex. en droit privé implique une compétence de légiférer en droit public.

Ici encore, il nous paraît que le critère ne peut être que celui de la nécessité du bon fonctionnement de la Confédération et de la bonne application du droit fédéral ainsi que, par conséquent, le critère de la proportionnalité.

[59] Voir à ce sujet, le Message du Conseil fédéral du 16 novembre 1960 (note 52), FF 1960 II 1266.

[60] Voir l'arrêt du Tribunal fédéral publié dans Zbl 1982, p. 123.

P.ex., la nature des choses, soit la souveraineté fédérale externe exclusive, exige que la Confédération puisse dire qui sont ses ressortissants; c'est indispensable dans les relations internationales. Comme l'acquisition et la perte de la nationalité sont rattachées à des institutions relevant du droit privé, il est assez logique – en l'absence d'autres règles de compétence – de rechercher cette compétence dans les règles de droit civil.

De même, si on a voulu unifier le droit civil en Suisse, il est conforme à la logique que les moyens de constater certains faits relevant du droit civil soient unifiés: il en est ainsi des règles sur les registres du droit civil.

En conclusion, nous considérons que la validité des règles accessoires de droit public édictées en vertu de la compétence fédérale d'adopter des règles de droit civil ne peut être admise qu'avec une certaine prudence. Il faut que l'empiétement sur la compétence cantonale soit indispensable au bon fonctionnement de la législation fédérale et qu'il y ait un lien direct entre la règle de droit public et l'institution de droit privé de laquelle elle dépend ou encore que la compétence fédérale résulte nécessairement de la nature des choses.

En revanche, la situation est fort différente lorsque les cantons sont chargés de l'exécution du droit fédéral. En effet, dans ce cas, les cantons ne sont plus souverains, ils sont de simples agents d'exécution. L'unification «accessoire» sera légitimée par la sauvegarde de l'unité d'un droit voulu unique par la répartition des compétences intervenues dans la Constitution. Cependant, même là, cette unification ne saurait être totale.

C. Les facteurs d'unification de fait des droits cantonaux

Lorsqu'un canton entend adopter une législation dans un domaine particulier du droit public, les experts chargés de rédiger un avant-projet commencent par réunir une documentation sur ce qui se fait ailleurs. Cet ailleurs comprend – outre la République Fédérale d'Allemagne – les autres cantons et la Confédération. Les experts tendent aussi à partir de solutions connues et éprouvées dans les domaines anciens pour régler des domaines nouveaux.

Il va de soi que ces solutions «prêtes à porter» sont «dûment» adaptées aux besoins locaux. Mais, ici encore, il ne faut pas se tromper: le mimétisme est la règle, sauf tradition ancienne et bien établie et sauf équilibre cantonal différent. Le conformisme et le souci de s'en tenir à des solutions reconnues efficaces

tendent à s'établir pour des domaines techniques où la tradition locale n'existe pas.

En outre, les solutions cantonales sont influencées aussi par la jurisprudence et la législation fédérales. On nous permettra ici de prendre un exemple particulièrement frappant. Pendant de nombreuses années, les tribunaux administratifs cantonaux ont interprété les règles concernant la qualité pour agir devant eux en exigeant des requérants qu'ils démontrent avoir été lésés dans un intérêt de droit, selon la vieille règle «pas de droit, pas d'action», inscrite notamment à l'art. 88 OJF. Récemment, en raison de l'art. 103 OJF, mais aussi et surtout en raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle un canton ne peut refuser la qualité pour recourir contre une décision fondée sur le droit public fédéral à une personne qui pourrait saisir le Tribunal fédéral par un recours de droit administratif, dans le cadre de l'art. 103 OJF[61], les tribunaux administratifs cantonaux ont dû admettre que la lésion d'un simple intérêt de fait suffisait à légitimer un recourant dans des affaires relevant du droit public fédéral devant eux. Puis, ce qui devait arriver, arriva: il fut impossible, pratiquement, d'obliger un juge, un avocat et surtout un plaideur à distinguer la qualité pour recourir selon que le droit cantonal ou le droit fédéral est appliqué au fond; comme le droit fédéral reconnaît la qualité pour recourir aussi en cas de violation d'un intérêt de fait, on a étendu cette règle au droit cantonal et on a changé l'interprétation des anciennes règles cantonales sans même que celles-ci ne soient amendées.

D'autres exemples pourraient être donnés. On songera, p. ex., à l'adoption par les cantons de règles sur la procédure administrative non contentieuse. En principe, les cantons sont libres en la matière, mais la législation fédérale leur a imposé le respect de certaines règles lorsqu'ils exécutent le droit fédéral. Le Tribunal fédéral a énoncé des minima. En conséquence, la liberté, en principe totale, se réduit: une définition de la décision administrative, de la «partie», une description du droit d'être entendu et du régime d'accès au dossier doivent nécessairement être identiques tant lorsque le droit administratif fédéral que lorsque le droit cantonal sont appliqués[62].

[61] ATF 103 Ib 147/8 *Korn*.

[62] Sur cette unification larvée par les nécessités de l'application uniforme du droit fédéral et par l'impossibilité d'avoir deux procédures cantonales administratives différentes, A. Kölz/P. Kottusch, Bundesrecht und kantonales Verfahrensrecht, Zbl. 1978, p. 428 à 458.

On assiste aussi à une unification de fait en matière fiscale: dans ces domaines, non seulement l'administration fédérale des contributions est maîtresse du jeu au niveau de la législation fédérale (elle rédige les lois, les ordonnances, des circulaires, ses principaux dirigeants rédigent des commentaires et enseignent ici ou là le droit fiscal), mais ses pratiques influencent les pratiques cantonales. De plus, les conférences des directeurs cantonaux des finances ont poussé à une véritable harmonisation fiscale entre les impôts cantonaux afin de lutter contre la sous-enchère fiscale pratiquée par certains cantons et de faire en sorte que les cantons utilisent mieux et plus leur «potentiel fiscal» – p. ex., par la création d'impôts sur les successions – avant de demander à bénéficier de subventions et de parts de péréquation fédérales [63].

Les conférences des directeurs sont des associations institutionalisées pour la plupart, réunissant les responsables cantonaux des divers secteurs de l'activité administrative. Ce sont des lieux d'échanges, certes, mais aussi de décisions, de recommandations, de coopération confédérale. Elles jouent, notamment, un rôle essentiel dans la coordination de l'exécution des lois fédérales par les cantons. Tout cela est parfaitement légitime et parfaitement nécessaire. Mais de nouveau la question se pose de savoir jusqu'où l'on doit aller dans l'unification.

D. Les finances cantonales

Nous ne voudrions pas terminer ce chapitre sans dire quelques mots de ce qui, à l'heure actuelle, est encore l'un des facteurs essentiels de la souveraineté cantonale: la souveraineté fiscale. Ce thème est d'autant plus important qu'il est au centre des travaux actuels en vue d'une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons.

En principe, les finances cantonales sont assurées par la perception d'impôts et de taxes, par le recours à l'emprunt, par des revenus de droit privé (loyers, successions, legs, etc.). Mais il ne faudrait pas non plus oublier les subventions fédérales et le produit des amendes pénales ou administratives.

a) les ressources fiscales

En ce qui concerne les recettes cantonales autres que les subventions, les cantons devraient pouvoir s'organiser librement.

[63] Sur ce point, A. BIÉRI (note 22), p. 64.

Tel n'est, cependant, pas le cas. En effet, la Constitution fédérale nie très clairement le droit des cantons de prélever certains impôts. Ainsi, les cantons ne peuvent frapper d'impôt ni les objets soumis aux droits de timbre ou à l'impôt anticipé fédéral ni le tabac; ils ne sauraient imposer une charge fiscale de même nature sur les opérations que le droit fédéral exonère (art. 41bis al. 2 Cst); les cantons n'ont pas davantage compétence pour prélever des impôts du même genre sur les chiffres d'affaires que la loi fédérale impose ou exonère au titre de l'impôt sur le chiffre d'affaires ou au titre de l'impôt de consommation spécial sur le chiffre d'affaires ou sur l'importation (pétrole, gaz naturel, bière) (art. 41ter al. 2 Cst). De même, l'art. 46 al. 2 Cst définit la masse et les contribuables imposables par chaque canton. L'art. 49 al. 6 Cst interdit certains impôts ecclésiastiques.

Enfin, selon les règles générales déjà relevées, l'impôt cantonal ne doit ni empêcher l'application du droit fédéral, ni être contraire aux règles de celui-ci, y compris les droits et principes constitutionnels.

S'agissant des contributions publiques autres que les impôts, notamment des taxes causales, certaines règles particulières découlant du droit fédéral restreignent aussi la liberté des cantons. Il s'agit, outre du principe de la légalité qui vaut pour toutes les contributions publiques, du principe de la couverture des frais et de celui de l'équivalence. En particulier, on relèvera que si ces deux dernières règles ne sont pas respectées, le prétendu émolument, la prétendue charge de préférence ou la prétendue taxe compensatoire sont soumis aux mêmes conditions quant à leur validité que celles requises pour les impôts. Ainsi, p. ex., une taxe, prélevée sur des opérations en papiers-valeurs, pour financer une bourse doit être soumise aux règles de l'impôt, si elle s'applique à des contribuables qui n'utilisent pas la bourse, à des opérations qui ne relèvent pas du commerce des titres ou si elle est perçue à des taux qui font que globalement le coût de la bourse est plus que payé; de plus, une telle taxe ne doit pas être contraire au droit fédéral notamment en ce qui concerne le droit de timbre.

On voit ainsi l'extrême complexité du problème de savoir jusqu'où s'étend la souveraineté fiscale cantonale et combien, elle aussi, est soumise à des limitations.

Sur la base de l'art. 42^{quinquiès}, une loi d'harmonisation fiscale entre les impôts directs fédéraux, cantonaux et communaux est en préparation. Pour apprécier les chances que con-

serve la souveraineté fiscale cantonale, on se souviendra que la Confédération «contrôle l'observation de la loi d'harmonisation» mais que «la fixation des barèmes, des taux et des montants exonérés d'impôts en particulier demeurent de la compétence des cantons».

b) les autres ressources autonomes

En revanche, les cantons sont, du point de vue du droit fédéral, entièrement libres de gérer comme ils l'entendent les ressources qu'ils tirent de leur fortune ou de l'emprunt.

Néanmoins, on relèvera qu'un canton pourrait se trouver en état de déficit chronique et ne plus pouvoir faire face à ses obligations. Il n'a, contrairement à un Etat souverain, ni la souveraineté monétaire, ni la possibilité de limiter son «commerce extérieur»; un canton ne pourrait qu'augmenter ses impôts, réduire ses dépenses ou solliciter des subventions fédérales. Cela s'est déjà vu, notamment dans les années 1930.

c) les subventions fédérales

Le financement des tâches cantonales autres que celles de simple exécution ne peut être qu'accessoirement assuré par des subventions fédérales. Celles-ci ne devraient pas, en principe, servir à la couverture des dépenses encourues par le canton dans le cadre de ses propres tâches.

Contrairement aux parts fédérales qui sont une compensation pour la perte d'une partie de la souveraineté fiscale, aux subventions pour compensation de frais encourus en exécution de la législation fédérale, aux subventions pour perte du droit d'imposer les péages routiers (voir art. 36 al. 1er lettre e Cst)[64], les subventions fédérales dont nous parlons ici sont de véritables aides aux cantons pour que ceux-ci accomplissent des tâches qui leur appartiennent.

Qui dit subvention, dit aussi droit – et devoir – de définir le bénéficiaire, l'objet et les modalités de l'octroi et du versement de la subvention. Il dit aussi droit – et devoir – de contrôler l'usage fait de la subvention. Ainsi, par le jeu des subventions, les tâches cantonales propres, autonomes, indépendantes sont soumises à une intervention fédérale qui peut aller très loin. En effet (et là les réponses à notre questionnaire sont très nettes et

[64] W. BURCKHARDT (note 36), p. 219.

unanimes) par le jeu des subventions, les agents de la Confédération acquièrent un pouvoir d'instruction de fait sur les agents cantonaux selon le principe «si tu veux obtenir la subvention, alors tu dois agir de telle ou telle manière et tu ferais bien de t'informer au préalable».

Ainsi, le mode de financement de l'activité cantonale peut modifier totalement une répartition des compétences[65] qui pouvait paraître claire sur la base de l'art. 3 Cst.

C'est en partie en raison de cette vérité selon laquelle pour qu'il y ait souveraineté dans l'activité, il faut qu'il y ait souveraineté dans le financement que la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est devenue difficile à comprendre si l'on passe des principes généraux à la réalité.

Cette constatation a conduit le Conseil fédéral à proposer au Parlement un premier train de mesures pour une «nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons»[66]. Dans dix domaines d'activité, des propositions tendant à mieux cerner le rôle de la Confédération et celui des cantons sont faites: ces projets sont destinés à «contribuer à jeter les bases d'une structure fédérative claire dans notre Constitution et à ouvrir ainsi la voie au renouveau de notre Etat»[67].

Hélas, ce projet tombe au moment où la Confédération doit faire face à des soucis financiers et, comme le Conseil fédéral le dit: «Une nouvelle répartition des tâches concerne au premier chef la politique générale et non la politique financière. Pourtant, comme la majorité des tâches publiques entraîne des dépenses plus ou moins importantes, une modification du partage aura inévitablement des répercussions financières pour chacune des parties ... Etant donné la situation des finances fédérales, la nouvelle répartition des tâches fait aussi partie, à côté d'autres mesures, du programme d'assainissement prévu dans le plan financier de la Confédération pour les années 1981 à 1985»[68].

De fait, le projet traite presque toujours avant tout du problème des flux financiers[69]: les subventions vers les cantons et la participation de ceux-ci au financement de l'AVS sont au cœur du débat. Il est à craindre que celui-ci ne se prolonge puis-

[65] Sur ce point, A. Biéri (note 22), p. 86.
[66] FF 1981 III 705 et ss.
[67] FF 1981 III 711.
[68] FF 1981 III 727.
[69] En ce sens aussi J.-F. Aubert (note 2), No 732bis.

qu'à l'heure où nous écrivons, les Chambres sont loin d'avoir fini de traiter de la question. Il faudra ensuite organiser des referendums constitutionnels dans la mesure où le projet nécessite des revisions de la Constitution.

Pour citer quelques domaines où la Confédération subventionne des tâches dont la réalisation est cantonale, on retiendra notamment les subventions aux cantons universitaires selon la loi d'aide aux universités, les subventions pour les bourses d'études selon la loi sur l'allocation de subventions pour les dépenses des cantons en faveur de bourses d'études; les subventions pour la construction de stations cantonales d'essais agricoles (art. 17 de la loi sur l'agriculture).

On ne confondra pas ce genre d'aides en faveur d'une activité volontairement entreprise par le canton dans le cadre de ses propres compétences avec les subventions dont les cantons bénéficient – comme en jouirait d'ailleurs n'importe quel particulier – du simple fait qu'ils accomplissent une tâche imposée par la loi et la Constitution fédérales. A titre d'exemple de ce second genre de subventions, on citera la subvention de l'art. 28 de la loi sur l'aménagement du territoire en faveur de l'élaboration des plans directeurs et celle des art. 33 et 34 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution, en faveur des constructions exigées pour accomplir la loi et la création de laboratoires destinés à la protection des eaux.

d) conclusion

La souveraineté fiscale des cantons est elle aussi relativement limitée.

D'une part, le financement autonome des activités cantonales doit, de plus en plus, respecter les compétences exclusives de la Confédération. Il doit se plier aux règles et principes constitutionnels. Il ne peut entraver le bon fonctionnement des institutions fédérales. Il est donc dans une situation analogue à toute autre compétence cantonale.

D'autre part, un financement fédéral des activités cantonales, même de celles qui ne sont pas seulement d'exécution du droit fédéral, impose au canton qui veut bénéficier de subventions des charges et des conditions sévères. Ce sont là, sans doute, des restrictions normales au pouvoir cantonal. Cependant, un équilibre doit être maintenu entre la sauvegarde de la liberté des cantons et le souci d'efficacité légitime des autorités fédérales.

Section III: Conclusion générale

Nous avons vu que le fédéralisme doit exister en Suisse pour des raisons historiques et pour que les minorités puissent être protégées. Mais nous venons aussi de constater que, dans la réalité, cette affirmation de principe se vide de sa substance à mesure que le droit fédéral se développe, que des règles générales admises comme la vérité se créent, que l'autorité fédérale veut imposer ses propres valeurs, que les cantons ne financent plus eux-mêmes entièrement leurs activités mais veulent harmoniser leurs règles, voire recevoir des aides.

Il en résulte que, même dans les domaines où les cantons ont la souveraineté, ils ne pourront poursuivre l'expérience fédérale que par une attitude moins servile et plus responsable. Ils devront sauvegarder leurs traditions et leurs coutumes, leurs habitudes et leurs particularités. Dans ce contexte, la Confédération devrait toujours plus accepter des solutions diverses compatibles avec un cadre général commun. Si nous voulions nous exprimer dans les termes plus connus concernant le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, nous dirions que, dans tous les domaines, si l'on veut donner la priorité au principe fédéraliste, la Confédération ne devrait plus unifier que lorsque cela est non pas nécessaire mais bien indispensable à son bon fonctionnement et n'intervenir qu'avec retenue, voire même de manière limitée à l'essentiel dans tous les autres secteurs de l'activité.

Chapitre III:
Les cantons exécutent le droit fédéral

Dans le domaine que nous abordons maintenant [70], les cantons n'ont, en principe, plus aucune compétence pour définir la substance des règles qu'ils doivent appliquer. Ils ne peuvent plus légiférer car toute la matière est régie par le droit fédéral. Les cantons ont reçu le pouvoir de prendre les décisions d'application du droit fédéral [71], de le mettre en œuvre par le moyen d'agents cantonaux et selon des procédures cantonales [72].

On assiste ainsi à un certain paradoxe: les compétences et lois propres aux cantons sont très étroitement liées et limitées par les compétences et règles fédérales; réciproquement, la pratique et l'unité des lois fédérales sont limitées par le fait que les cantons les exécutent. En effet, chacun sait que l'unification du droit n'est rien sans l'unification de son interprétation et de son application.

Dans le présent chapitre, nous exposerons comment ce paradoxe est vécu en Suisse. Nous diviserons notre chapitre en 4 sections: dans la première, nous distinguerons, selon la densité de la réglementation, entre les réglementations fédérales détaillées et les réglementations de principe; dans une seconde section, nous montrerons les modalités de l'application de la législation fédérale, les pouvoirs d'organisation et de décision conférés aux cantons et les contrôles que la Confédération exerce pour éviter un éclatement du droit fédéral prétendûment unifié; dans une troisième section, nous indiquerons les flux financiers entre la Confédération et les cantons et, dans une dernière section, nous nous pencherons sur quelques réalités qui devront tempérer ce que l'exposé juridique peut avoir d'irréaliste.

[70] Z. GIACOMETTI (note 13), n'y consacrait que trois pages (p. 125 à 127).

[71] Sur le caractère informel et peu structuré des règles en la matière: M. IMBODEN, die Ausscheidung der Rechtssetzungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, Mélange M. Bridel, 1968, p. 254.

[72] C'est ce que M. BRIDEL (note 2), p. 176 et ss, appelle la «compétence administrative».

Section I: Les réglementations fédérales détaillées et les réglementations de principe

Quel que soit le type de la compétence fédérale en cause, les règles édictées par la Confédération peuvent être plus ou moins précises, plus ou moins détaillées. Elles peuvent aussi nécessiter un plus ou moins haut niveau d'interprétation et d'appréciation.

Ces différences ont, par définition, une influence sur le rôle de l'autorité chargée d'appliquer la règle et, singulièrement, sur la qualité du fédéralisme, en circonscrivant l'autonomie laissée au canton quant au choix des solutions à retenir.

A. Le pouvoir de faire exécuter la loi fédérale par les cantons

La question de savoir si la Confédération peut faire exécuter les lois fédérales par les cantons[73] se résout de façon simple: la Constitution n'oblige pas la Confédération à réglementer une matière dans tous ses détails lorsqu'il est concevable de laisser place à du droit cantonal. On assiste souvent à un épuisement progressif de la compétence fédérale.

Il est, en conséquence, clair[74] que si la Confédération peut ne pas unifier totalement les règles de fond, elle *peut* aussi laisser aux cantons le pouvoir de prendre des décisions d'exécution; elle n'est pas tenue de créer une administration fédérale. Si la Confédération n'a pas le pouvoir d'unifier le droit au-delà d'un certain minimum, elle *doit* laisser une latitude aux cantons quant à leur législation et, comme les agents fédéraux ne pourraient pas appliquer des droits cantonaux divergents (comparer, à cet égard le fait que même le Tribunal fédéral n'applique en principe pas le droit cantonal en tant que tel), elle doit aussi laisser les cantons prendre des décisions.

Le degré d'unification des règles et des pratiques est, très largement, un problème d'opportunité qui échappe à l'appréciation du juriste: l'autorité législative fédérale est maîtresse de cette question, mais elle doit – ou devrait – respecter le principe

[73] Pour une sorte de présomption en ce sens, R. SCHWEIZER, Rechtssetzungsproblem des Bundes im Hinblick auf den Vollzug durch Kantone, Zbl 1977, p. 6.

[74] Voir aussi, M. BRIDEL (note 2), p. 178/9; J.-F. AUBERT (note 2), No 730 et ss; Z. GIACOMETTI (note 13), p. 105; Y. HANGARTNER (note 53), p. 147.

de la proportionnalité et de la subsidiarité[75]. Dans certains domaines, néanmoins, il est naturel que la Confédération ne puisse rien confier aux cantons: p. ex., la politique monétaire, la politique économique, l'essentiel de la politique étrangère, la politique du commerce international, la politique générale de la défense nationale, la politique agricole ne peuvent pas être régies par des principes différents selon les régions. Ce sont les domaines sur la maîtrise desquels un Etat véritable doit avoir au minimum la maîtrise. Il s'agit peut-être aussi de ce que nous avons appelé les compétences fédérales «par nature».

B. Le degré de précision des règles fédérales

Une réglementation légale unifiée ne signifie pas encore une pratique unifiée.

a) unité de règle et unité de pratique

Dans la mesure où l'unification du droit est souhaitée et où les décisions d'application des lois fédérales ne sont pas prises par une autorité fédérale, les règles contenues dans la loi doivent être précises ou, au besoin, être complétées dans des ordonnances d'exécution qui sont dûment publiées dans le recueil des lois fédérales.

Cependant, ces ordonnances laissent encore une très large place à l'interprétation des termes utilisés et au choix des solutions à retenir dans des cas d'espèce. Autrement dit, des ordonnances ne suffisent pas à assurer une unité complète de l'application du droit fédéral.

Il est, en effet, bien connu[76] que, si l'application de la loi est le fait de nombreux agents, sans lien géographique entre eux, chacun de ces agents tendra à créer sa propre pratique personnelle divergente de celle des autres. Pour éviter cette situation où le hasard de la désignation du fonctionnaire chargé de l'examen d'un dossier influence de façon décisive le sort de ce dossier et pour définir une pratique commune, l'autorité établit des circulaires qui guident les agents et assurent la cohérence des déci-

[75] Sur la relation fédéralisme d'exécution – régionalisation du droit: A. BIÉRI (note 22), p. 35.

[76] Voir notre art. «le rôle de la pratique dans la formation du droit», Travaux de l'Association Capitant, tome XXXIV, à paraître.

sions, à la lumière des expériences de chaque agent, dans le sens voulu par l'autorité de surveillance. Ainsi une pratique cohérente naît de l'édiction d'une circulaire – appelée aussi parfois ordonnance administrative – générale et interprétative, guidant les décisions de nombreux agents d'exécution dans le cadre de la décentralisation, voire du fédéralisme. La création d'une telle pratique est indispensable non seulement pour assurer le respect d'une certaine égalité de traitement mais aussi pour éviter l'éclatement complet d'un droit en principe unifié.

Cela est vrai dans l'administration décentralisée; cela ne peut que l'être encore plus dans un cadre fédéral.

En effet, s'agissant de l'application d'une même règle par 26 services différents, des circulaires administratives seront indispensables. Ce n'est sans doute pas le fait du hasard si les circulaires fédérales les plus nombreuses visent les impôts, notamment l'impôt fédéral direct, et la police des étrangers.

Cependant, en bonne doctrine, on considère que les circulaires n'ont pas de force obligatoire pour les administrés et, partant, aussi, souvent, pour les agents publics. Si tel était vraiment le cas, l'effort d'unification du droit fédéral serait vain. C'est pourquoi nous admettons que les agents publics cantonaux doivent s'en tenir aux circulaires administratives fédérales sauf cas tout à fait exceptionnels: ils doivent, alors, solliciter des instructions précises auprès de l'autorité fédérale.

b) le pouvoir d'édicter des circulaires

On pourrait se demander si le pouvoir d'émettre des circulaires d'application est un pouvoir implicite de l'autorité fédérale ou s'il est droit être prévu expressément.

Il n'est à notre sens pas douteux que si le constituant et le législateur ont voulu l'unification du droit fédéral, ils ont aussi voulu que son application soit unifiée[77]. Il n'est, dès lors, pas nécessaire que la législation fédérale confère expressément à une autorité fédérale le pouvoir d'édicter des instructions générales ou des circulaires[78]: un tel pouvoir fait nécessairement partie des compétences que doit avoir l'autorité responsable de la bonne exécution du droit.

Ceci posé, la question doit être examinée de savoir quel organe fédéral aura compétence pour édicter les circulaires.

[77] Sur l'importance des circulaires A. KÖLZ, Vollzug des Bundesverwaltungsrechts und Behördebeschwerde, Zbl 1975, p. 363/4.

[78] En ce sens, Z. GIACOMETTI (note 13), p. 128; J.-F. AUBERT (note 2), No 790.

Doit-il toujours s'agir du Conseil fédéral qui est responsable de l'exécution des lois fédérales? La loi peut-elle déléguer ce pouvoir à un département ou à un office chargé, en fait, de veiller à l'exécution de la loi? Les règles sur la délégation législative s'appliquent-elles?

A notre sens, il est certain que celui qui a la responsabilité effective de mettre à exécution le droit fédéral, doit aussi avoir le pouvoir de prendre les mesures adaptées à cette fin. Au nombre de ces mesures, nous comptons les circulaires d'exécution.

Si la législation fédérale prévoit parfois qu'une autorité fédérale a le pouvoir d'édicter des instructions, elle ne fait, à notre avis, que constater l'existence d'une règle implicite ou préciser l'organe de l'administration fédérale qui est compétent. Elle ne constitue pas une clause de délégation législative ou administrative.

A titre d'exemples, nous citerons la compétence du:

– *Conseil fédéral:*

pour les procédures électorales pour l'élection du Conseil national (art. 17 de l'ordonnance sur les droits politiques); pour l'exécution de l'ordonnance du registre foncier (art. 116 de ladite ordonnance); pour les signes à donner par la police de la circulation (l'art. 57 de la loi sur la circulation routière et art. 130 de l'ordonnance sur l'admission à la circulation); pour l'exécution de la loi sur le travail (art. 42 de ladite loi);

– *Département fédéral de Justice et Police:*

pour la suspension et la levée de l'expulsion des étrangers (art. 15 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers); pour l'exécution de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (art. 23 du règlement d'exécution); pour le microfilmage et la conservation des registres de l'état civil (art. 5 de l'ordonnance sur l'état civil); pour l'exécution de l'OCF sur la prévention du surendettement des biens-fonds agricoles (art. 46 de ladite ordonnance); pour l'exécution de l'arrêté fédéral concernant l'acquisition d'immeubles par des étrangers (art. 25 de l'ordonnance d'exécution de cet arrêté); pour l'application de l'ordonnance sur la circulation routière (art. 97 de ladite ordonnance);

– *Tribunal fédéral:*

pour l'unité d'application de la loi sur la poursuite et la faillite (art. 15 de ladite loi); pour l'unité de l'application de la loi sur la poursuite et la faillite contre les communes et autres collectivités de droit public cantonal (art. 46 de cette loi);

– *Département fédéral de l'intérieur:*

pour le libellé d'un registre sur les bourses d'études allouées par les cantons (art. 6 de la loi sur l'allocation de subventions pour les dépenses des cantons en faveur de bourses d'études); pour la protection des eaux souterraines (art. 29 de la loi fédérale sur la protection des eaux contre la pollution); pour le plan d'assainissement des eaux cantonal (art. 12 à 14 de l'ordonnance générale concernant la loi sur la protection des eaux);

– *l'Office vétérinaire fédéral:*

pour l'exécution de la loi sur la protection des animaux (art. 33 de ladite loi);

– *l'intendance du matériel de guerre:*

pour l'entretien et la remise en état des réserves (art. 11 de l'ordonnance sur l'équipement des troupes);

l'Office fédéral de la protection civile:

pour des problèmes administratifs et techniques (art. 20 de la loi sur les abris);

l'Office fédéral pour l'industrie, les arts et métiers et le travail:

pour des instructions «dans des cas particuliers» relatifs à l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (art. 32 de ladite ordonnance);

– *l'Office fédéral de l'agriculture:*

pour divers textes concernant l'agriculture et en particulier l'ordonnance sur la vente du bétail (art. 35);

– *l'Administration fédérale des contributions:*

afin que «la taxation soit uniforme sur le territoire suisse» (art. 93 de l'ACF sur la perception d'un impôt fédéral direct); pour la perception et le remboursement de l'impôt anticipé (art. 34 de la loi fédérale sur l'impôt anticipé et l'art. 66 de l'ordonnance d'exécution de cette loi).

c) conséquences sur le fédéralisme d'exécution

De même que l'on a pu définir l'autonomie communale quant aux tâches déléguées aux communes selon la latitude d'appréciation et d'interprétation que le droit cantonal laisse aux autorités communales, de même on peut qualifier d'autonomes les autorités cantonales qui exécutent du droit fédéral laissant place à une appréciation cantonale quant au fond et quant aux solutions à retenir concrètement [79].

Ainsi, si les circulaires d'application enserrent complètement l'autorité cantonale, celle-ci n'est guère plus qu'un service de l'administration fédérale. Si, en revanche, il n'y a aucune circulaire ou si les circulaires sont imprécies, les cantons bénéficient de l'autonomie et un certain fédéralisme limité subsiste.

On fera aussi une certaine distinction selon que les agents cantonaux chargés des tâches fédérales ont le devoir de solliciter des instructions dans des cas individuels non prévus dans la

[79] Sur la nécessité d'une certaine souplesse d'application de la loi fédérale, R. SCHWEIZER (note 73), p. 8.

circulaire et selon qu'ils n'y sont pas tenus. Dans la première hypothèse, les agents sont dans une relation hiérarchique avec l'autorité fédérale, même si, en principe, l'autorité fédérale ne doit pas s'adresser directement à eux; dans la seconde, ils sont soumis à une simple surveillance.

A cet égard, notre enquête nous a montré que, partout, on consulte l'autorité fédérale et on suit ses avis, notamment en matière de subventions. Mais partout aussi, on insiste sur le fait qu'il n'y a aucun devoir de consulter ni de se plier aux avis fédéraux, sauf, bien sûr, lorsque la décision appartient à un agent fédéral.

C. Conclusion

Nous aboutissons ainsi à la conclusion que la liberté des cantons dans l'exécution des lois fédérales sera fonction du pouvoir conféré, par la Cst, au législateur fédéral de réglementer en détail ou non l'exécution de la tâche fédérale, puis fonction de la précision des règles figurant dans la loi et l'ordonnance d'exécution; enfin fonction du pouvoir de l'autorité fédérale réellement responsable de l'exécution de la loi fédérale d'édicter des circulaires et des instructions détaillées obligatoires pour les agents cantonaux voire même d'imposer des solutions dans des cas d'espèce.

Il ne suffit cependant pas d'avoir unifié la réglementation pour qu'elle soit vraiment appliquée uniformément. Il faut encore que les structures administratives nécessaires soient mises en place par les cantons et que l'autorité fédérale ait un pouvoir de contrôle. La mise en place des structures d'accueil relève de la procédure et de l'organisation des pouvoirs. Ces questions se rapportent, en principe, uniquement au droit cantonal. Mais l'autorité fédérale a édicté du droit fédéral accessoire, dans la mesure où l'efficacité de l'action fédérale nécessite l'uniformité cantonale.

Section II: Les modalités de l'exécution du droit fédéral par les cantons

Nous sommes ainsi parvenu au stade où la législation fédérale de substance est en place dans tous les détails jugés opportuns, et où la décision a été prise de laisser aux cantons le soin d'exécuter la loi.

Théoriquement, on pourrait penser que, de même qu'après qu'un service fédéral compétent a été désigné pour gérer une partie de l'activité de la Confédération, aucune mesure complémentaire n'est nécessaire, de même la désignation des cantons comme agents d'exécution devrait être suffisante. Une telle solution serait, à l'évidence, extrêmement respectueuse de la souveraineté cantonale. Elle ne correspond en rien à la réalité juridique telle qu'elle résulte de la lecture de la législation fédérale: la Confédération est intervenue parfois de manière très sévère dans l'organisation des cantons.

A. L'organisation des pouvoirs

a) l'obligation de désigner des autorités cantonales compétentes

Un nombre très important de lois fédérales ont imposé aux cantons de désigner des organes cantonaux compétents pour exécuter tout ou partie des lois fédérales.

Cette obligation n'a aucune portée juridique véritable. En effet, il va de soi que si le canton doit exécuter la loi fédérale – et il ne peut se dérober à ce devoir en raison du principe qu'il doit respecter le droit fédéral – il doit aussi désigner le ou les services, l'autorité ou les autorités qui seront, de fait, chargés de la tâche.

Néanmoins, on rencontre une clause de ce genre dans les dispositions très nombreuses et p. ex., pour nous limiter aux règles figurant dans les lois fédérales:

– art. 15 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (autorité de police des étrangers); art. 7 de la loi sur les droits politiques (bureau électoral cantonal); art. 40 du Code civil (désigner les diverses autorités d'état civil); art. 44 de la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale (diverses autorités pour prendre les nombreuses dispositions et actes imposés par cette loi); art. 3 et 7 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles (autorités pour proposer l'assujettissement à ladite loi et autorité pour prononcer les estimations selon ladite loi); art. 361, 373 et 953 du Code civil (autorité de tutelle et de surveillance; autorité pour prononcer l'interdiction; bureau du registre foncier); art. 927 du Code des obligations et art. 1er de l'ordonnance sur le registre du commerce (création d'un registre du commerce et d'une autorité de surveillance); art. 7 à 20 de la loi permettant d'étendre le champ d'application de la Convention collective de travail (désignation d'une autorité ayant cette compétence); art. 53 de la loi sur le droit d'auteur (désignation d'une autorité pour prendre les mesures conservatoires); art. 11 de la loi sur la concurrence déloyale (autorité compétente pour prendre les mesures conservatoires au titre de cette loi); art. 1 à 4, 13 et 24 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (organisation des offices de poursuite et de faillite); désignation de caisses de dépôt et de consignation; art. 4 de la loi sur la poursuite pour dettes contre les

communes et autres collectivités de droit public cantonal (désignation d'une autorité de poursuite); art. 345, 359, 379 et 394 CPS (désignation des autorités compétentes pour exécuter les décisions judiciaires concernant l'internement, le traitement, l'hospitalisation de délinquants irresponsables); autorités chargées de tenir le casier judiciaire; autorités de patronage; autorités pour exercer le droit de grâce dans des affaires jugées par le canton; art. 341 de la procédure pénale fédérale (désignation d'une autorité compétente pour révoquer le sursis); art. 16 de la loi sur l'entraide pénale internationale (désigner les autorités chargées de se prononcer en cas d'extradition); art. 65 de la loi sur la formation professionnelle (désignation des autorités de formation professionnelle); art. 6 de la loi fédérale sur l'allocation de subventions pour les dépenses des cantons en faveur de bourses d'études (désignation de l'autorité chargée de régler les comptes de subventions de bourses d'études); art. 6 de la loi fédérale concernant un nouveau recensement fédéral et son renouvellement périodique (désigner les autorités compétentes pour procéder au recensement); art. 20 de la loi sur le cinéma (autorité compétente pour autoriser l'ouverture et la transformation des cinémas); art. 18 de la loi sur la protection des animaux (désignation d'une commission de surveillance sur les expériences faites sur les animaux); art. 9 de la loi sur la protection civile (désignation d'un office de la protection civile); art. 4 de la loi sur la protection des biens culturels (désignation d'un office de protection des biens culturels); art. 66 à 68 de l'ACF sur la perception d'un impôt fédéral direct (désignation des autorités chargées d'appliquer la loi); art. 35 de la loi sur l'impôt anticipé (désignation des autorités chargées d'appliquer cette loi); art. 31 de la loi sur l'aménagement du territoire (désignation d'une autorité chargée d'aménager le territoire); art. 15 de la loi sur l'expropriation (désignation d'une autorité pour fixer les indemnités dues en raison de mesures préparatoires); art. 55 et 106 de la loi sur la circulation routière (désignation d'un organe compétent pour ordonner les examens des conducteurs pris de boisson et des autorités cantonales compétentes pour exécuter ladite loi); art. 4 de la loi sur les amendes d'ordre (désignation d'organes de police chargés de prélever les amendes d'ordre); art. 52 de la loi sur les installations de transport par conduites (désignation d'une autorité chargée d'exécuter les tâches cantonales relevant de cette législation); art. 26 de la loi sur la navigation intérieure (désignation d'un service d'alarme pour la navigation intérieure); art. 34 de la loi sur les stupéfiants (désignation d'une autorité et d'une autorité de surveillance pour l'exécution de cette loi); art. 21 de la loi sur les toxiques (désignation des autorités d'exécution); art. 5, 6, 7 et 9 de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires (désignation des inspecteurs des denrées alimentaires, d'une autorité sanitaire et d'un inspectorat des viandes et de celles parmi ces personnes qui bénéficieront d'un rôle de police judiciaire); art. 12 de la loi sur les épidémies (désignation d'un médecin cantonal); art. 19 de la loi sur la lutte contre la tuberculose (désignation des autorités cantonales et des autorités de surveillance); art. 41 de la loi sur le travail (désignation des autorités nécessaires à l'exécution de la loi); art. 17 de la loi sur le travail à domicile (désignation d'autorités compétentes pour l'exécution); art. 3 de la loi sur le service de l'emploi (désignation d'un office cantonal du travail); art. 101bis de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (désignation d'un service chargé de coordonner les mesures d'aide à la vieillesse); art. 55 de la loi sur l'assurance invalidité (institution d'une commission de l'assurance invalidité); art. 6 de la loi sur les prestations complémentaires (désignation des organes chargés de gérer l'application de cette loi); art. 4 de la loi concernant l'indication du poids sur les gros colis destinés à être transportés par bateau

(désignation d'organes d'exécution); art. 5 de la loi sur l'encouragement à la construction de logements (désignation de la collectivité publique responsable de l'équipement); art. 12 de la loi sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (désignation de la collectivité publique chargée de l'assistance et des autorités compétentes); art. 18 de la loi sur l'agriculture (désignation des autorités nécessaires à l'exécution de cette loi); art. 2 et 26 de la loi sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes (désignation des autorités pour l'exécution de cette loi); art. 3 à 6 de la loi sur les épizooties (désignation d'un vétérinaire cantonal, d'un inspecteur du bétail, d'un inspecteur boucher et équarisseur); art. 29 et 55 de la loi sur la pêche (désignation de gardes-pêche et des autorités compétentes destinées à pourvoir à l'exécution de la loi sur la pêche); art. 15 de la loi sur les loteries et les paris professionnels (désignation d'une autorité cantonale pour autoriser les loteries); art. 14 de la loi sur la métrologie (désignation des offices de vérification en métrologie); art. 37 de la loi concernant le contrôle des ouvrages en métaux précieux (désignation d'un bureau de contrôle); art. 42 de la loi sur les explosifs (désignation d'organes d'exécution de cette loi); art. 4 de la loi sur le contrôle des fermages agricoles (désignation d'une autorité pour fixer les fermages agricoles); art. 20 de la loi sur les voyageurs de commerce (désignation d'un office de délivrance des cartes de voyageurs de commerce et d'un office pour entretenir les relations nécessaires avec l'OFIAMT).

b) l'obligation de créer des institutions ou établissements

Plus rarement, mais aussi de façon plus incisive, la législation fédérale impose aux cantons certaines formes quant à la façon dont sera organisée l'instance chargée d'exécuter une loi fédérale. Il ne s'agit plus alors pour le canton de désigner une «autorité compétente», il doit créer un service [80], une école, une caisse.

Le canton conserve le choix quant à la forme exacte qu'il entend donner à l'«instance compétente» mais il n'est plus entièrement libre d'agir. Il ne peut, par exemple, pas confier l'activité à un service; il doit créer des institutions. On peut vraiment s'interroger sur la légitimité de telles exigences en regard de la latitude des cantons.

On donnera comme exemples de ce type d'obligations les cas suivants:

- création de caisses d'amortissement et de fonds de désendettement (art. 39 et 40 de la loi fédérale sur le désendettement des domaines agricoles);
- création d'un établissement pour l'exécution des peines (art. 382 du Code pénal);
- création d'un centre cantonal d'orientation professionnelle, d'un service médical scolaire et d'écoles professionnelles (art. 4, 27 et 32 de la loi sur la formation professionnelle);

[80] Sur l'obligation de prévoir un tel devoir «sans ambiguité», ATF 106 II 286 *Y. S.*

– création d'un mouvement «jeunesse et sport» (art. 8 de la loi sur la gymnastique et le sport);
– création d'un registre cantonal spécial des actes de police et d'administration, et des actes pénaux concernant les conducteurs de véhicules à moteur (art. 123 ss de l'ordonnance sur l'admission à la circulation);
– création de système de protection et d'assistance en matière d'abus de stupéfiants (art. 15a de la loi sur les stupéfiants);
– création d'un service technique de protection des eaux, de police des eaux et d'un service de secours (art. 5 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution);
– création d'un laboratoire cantonal (art. 4 de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires);
– création d'instituts pour prévenir, dépister, traiter les malades de la tuberculose (art. 10 de la loi sur la lutte contre la tuberculose);
– création d'une caisse cantonale de compensation en qualité d'établissement autonome de droit public avec diverses caractéristiques (art. 61 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants);
– création de régions (art. 7 de la loi sur les investissements dans les régions de montagne).

c) l'obligation de créer des instances de recours cantonales

Nous avons recensé une quarantaine de cas dans lesquels des législations fédérales obligent les cantons à créer non seulement des autorités chargées de prendre elles-mêmes des décisions, mais encore à instituer des instances de recours. A cet égard, on pourrait imaginer que les règles fédérales se borneraient à prévoir si les autorités de recours peuvent être internes à l'administration ou si elles doivent être indépendantes de celle-ci.

On aurait ainsi une indication précieuse notamment aux fins de l'art. 105 al. 2 OJF: le Tribunal fédéral ne reverrait, en principe, pas les faits lorsque ceux-ci auraient été établis par un Tribunal cantonal ou par une commission de recours. La notion de commission de recours étant à cette fin une notion fédérale, une unification des recours cantonaux aurait pu se justifier dans cette mesure.

Tel n'est pas le cas. La législation prévoit p. ex., des *instances de plainte* (art. 420 et 956 du Code civil); des instances de recours (art. 3 et 7 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles); une *«juridiction compétente»* pour l'application de l'arrêté fédéral concernant l'acquisition des immeubles par les étrangers (art. 10); un *tribunal pour juger les contestations civiles, statuant en instance cantonale unique* (art. 45 de la loi sur les droits d'auteur; art. 29 de la loi sur les marques; art. 76 de la loi sur les brevets d'invention; art. 42 de la loi sur les cartels); «un *tribunal compétent* pour les affaires de poursuite et de faillite y

compris le séquestre, l'expulsion du fermier ou du locataire et les concordats» (art. 22 de la loi sur la poursuite et la faillite); des *autorités de poursuite et de jugement pénal* et des autorités de poursuite et de jugement pour les enfants et les adolescents (art. 345 et 369 du Code pénal); un *tribunal des assurances* pour les litiges résultant de la loi sur l'assurance-accidents (art. 30bis de la loi sur l'assurance-maladie et accidents) et un *tribunal arbitral* cantonal pour les litiges résultant des relations entre les assureurs, le personnel médical, les laboratoires et les hôpitaux (art. 107 et 57 de la loi); des *autorités de recours* (art. 19 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers; art. 47 de la loi sur l'asile); une *«procédure de recours»* contre les décisions prives (art. 23 de la loi sur l'entraide pénale internationale; art. 68 de la loi sur la formation professionnelle; l'art. 24 de la loi sur la circulation routière; l'art. 38 de la loi sur la navigation intérieure; art. 30 de la loi sur le travail dans les fabriques; art. 41 de la loi sur le travail; art. 85 de la loi sur l'AVS; art. 7 de la loi sur les prestations complémentaires; art. 46 de la loi sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes; art. 4 de la loi sur le contrôle des fermages agricoles); des *commissions de recours* (p. ex., en matière d'impôt fédéral direct, art. 69 de l'ACF concernant la perception d'un impôt fédéral direct; en matière d'impôt anticipé, art. 35 de la loi sur l'impôt anticipé; en matière de taxe militaire, art. 22 de la loi sur la taxe militaire), et même une *commission paritaire de conciliation* (art. 25 de l'arrêté concernant les mesures contre les abus dans le secteur locatif).

d) l'obligation de confier des tâches aux communes

A quelques reprises, le droit fédéral prévoit que les cantons doivent confier aux communes certaines tâches d'exécution du droit fédéral. Il s'agit d'interventions assez graves dans la liberté d'organisation des cantons mais elles se justifient dans les cas recensés par un souci d'efficacité. On citera p. ex.:

l'obligation de confier aux communes certaines mesures en relation avec le départ des étrangers (art. 3 de l'ACF concernant la déclaration du départ des étrangers); avec le registre central des étrangers (art. 3 de l'OCF concernant le registre central des étrangers); avec la communication des résultats et l'organisation des scrutins fédéraux (art. 5 et 7 à 9 de l'OCF sur les droits politiques); avec le devoir de tenir des registres des étrangers à jour (art. 23 de l'OCF limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative).

Nous préférons cependant la formule inverse qui consiste à donner aux cantons, sous leur responsabilité, la faculté de charger les communes de tâches fédérales, même si une telle clause est très largement inutile. En effet, savoir qui du canton ou de la commune exerce une tâche publique relève, manifestement, du seul droit cantonal. On citera néanmoins que les cantons peuvent,

p.ex., remettre aux communes le droit de coopérer à l'élaboration des plans directeurs (art. 10 de la loi sur l'aménagement du territoire); les autoriser à percevoir les amendes d'ordre (art. 4 de la loi sur les amendes d'ordre); les autoriser à se charger de la construction et de l'exploitation des installations d'évacuation des eaux et des égoûts (art. 17 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution), pour ne citer que des cas prévus par les lois fédérales elles-mêmes.

e) les communes destinataires directes du droit fédéral

Il ne nous paraît, en revanche, pas conforme au fédéralisme et au rôle que les cantons doivent avoir que le droit fédéral confère directement des droits et des devoirs aux communes[81] aux fins de l'exécution du droit fédéral. En agissant ainsi, la Confédération ignore purement et simplement l'existence du canton; la commune devient une institution décentralisée de la Confédération.

Nous n'avons aucune objection à des relations directes entre la commune et la Confédération lorsque la commune agit comme le ferait un particulier ou demande une subvention comme n'importe quel administré. Ce que nous condamnons, c'est la ligne directe Confédération – commune, lorsque celle-ci agit avec la puissance publique. En effet, dans cette mesure, les autorités communales sont soumises directement à la Confédération, les cantons ne pouvant ni ne devant être responsables des défaillances communales. La solution correcte, ici encore, serait de charger les cantons de la tâche fédérale tout en les rendant pleinement responsables de cette exécution. Il appartient, en effet, aux cantons de prendre les mesures nécessaires et surtout de respecter la répartition des compétences au sein du canton. En effet, en ignorant les cantons, la Confédération peut modifier, sans véritable nécessité, les us et coutumes cantonaux et donner aux communes une autonomie par rapport aux cantons dont elles ne jouissent normalement pas. Car, paradoxale-

[81] A ce sujet, moins strict, Y. HANGARTNER (note 53), p. 153; dans notre sens, R. SCHWEIZER (note 73), p. 12.

ment, la transformation de la commune en service de la Confédération la fait échapper aux cantons dans le domaine dont il s'agit, et partant, la rend autonome.

Ces cas, sans être très nombreux, sont néanmoins relativement inquiétants.

On citera, notamment, les diverses dispositions que doivent prendre les communes, en vertu de l'ordonnance d'exécution de la loi sur les droits politiques des Suisses à l'étranger; leur rôle de police en matière de dénonciation et d'intervention lorsqu'elles ont connaissance de la violation de lois administratives de la Confédération (art. 19, 20 et 30 de la loi sur le droit pénal administratif); leur responsabilité d'exécuter leur recensement décennal (art. 7 à 12 de la loi concernant un nouveau recensement fédéral et son renouvellement périodique); les diverses prestations dues par les communes en matière militaire; le logement, la subsistance, les parkings, les transports, les locaux pour le recrutement, pour les visites sanitaires, pour les inspections, les corps de garde et d'arrêt, les places de rassemblement, les places pour les exercices de tir, à titre gratuit (art. 30 et 31 de la loi d'organisation militaire); le contrôle des mulets, des chevaux et des véhicules aptes au service; la mise à disposition de locaux, places et installations pour loger les hommes, les animaux, les véhicules et le matériel (art. 33 de l'arrêté concernant l'administration de l'armée suisse); le devoir d'exécuter la protection civile en tant que «principal responsable de la protection civile», de créer des organes de protection civile communaux et des organismes d'abri, de former certains agents de la protection civile et de fournir des locaux et des installations pour l'instruction de la protection civile (art. 10, 19, 57 et 60 de la loi sur la protection civile); le devoir de construire des abris publics et d'exproprier pour la construction d'abris par la commune ou par des tiers (art. 4 et 10 de la loi sur les abris); le devoir de participer à l'entraide administrative (art. 32 de la loi sur le droit de timbre, art. 4 de la loi sur l'impôt sur le chiffre d'affaires, art. 84 du règlement d'exécution de l'impôt sur la bière); le devoir de collaborer à la taxation de l'impôt fédéral direct (art. 68 de la loi sur l'impôt fédéral direct), le devoir de collaborer à l'information et aux échanges d'informations dans le cadre de l'impôt anticipé (art. 36 de la loi); le devoir d'entraide pour l'application de la loi sur la taxe militaire (art. 24 de cette loi); l'obligation d'établir des plans d'aménagement du territoire (art. 2 de la loi sur l'aménagement du territoire); l'obligation de participer à des enquêtes sur la conjoncture (art. 8 de la loi réglant l'observation de la conjoncture et l'exécution d'enquêtes sur la conjoncture).

f) la désignation d'autorités cantonales compétentes par la loi fédérale

1. des agents publics cantonaux

Dans un but d'efficacité administrative, la législation fédérale attribue des pouvoirs, qualifie l'action ou impose des obligations directement à des agents cantonaux. Par là, ces agents sont ouvertement soumis à l'autorité fédérale quant aux tâches qui leur sont confiées.

Ce trait est caractéristique de la situation de fait dans l'ensemble des activités cantonales d'exécution des lois fédérales. La particularité du cas ici envisagé est que le pouvoir de ces agents dérive directement de la législation fédérale, alors que, ordinairement, les agents cantonaux tirent leurs pouvoirs et leurs devoirs d'exécuter une loi fédérale d'une mesure d'organisation par laquelle le canton leur a confié l'exercice d'une tâche dont il est lui-même responsable. En d'autres termes, ici, les agents exercent la puissance publique fédérale alors que, normalement, ils exercent la puissance publique cantonale, sous la surveillance du canton. Ces cas ont eu tendance à devenir plus nombreux ces dernières années; nous en avons relevé quelque 11 dans des ordonnances fédérales. Pour nous borner aux cas prévus par des lois, on citera notamment:

le pouvoir de l'autorité de surveillance sur le registre du commerce d'infliger des amendes d'ordre (art. 943 Code civil); le pouvoir de l'administration cantonale de la taxe militaire de gérer celle-ci (art. 22 de la loi sur la taxe d'exemption du service militaire); le pouvoir de la police d'intervenir pour empêcher la circulation de véhicules sans permis ou pour saisir les permis (art. 54 de la loi sur la circulation routière et art. 38 ss de l'ordonnance sur l'admission à la circulation); le pouvoir conféré à la police des autoroutes sur des territoires non cantonaux (art. 57bis de la loi sur la circulation routière); le rôle des bureaux du registre foncier désignés par le Conseil fédéral pour tenir le registre fédéral des bateaux et celui des autorités de surveillance du registre foncier (art. 1er et 2 de la loi sur le registre fédéral des bateaux); le rôle de l'autorité de surveillance sur le registre des bateaux dans l'imposition d'amendes d'ordre (art. 64 de la loi sur le registre des bateaux); le rôle de la police pour empêcher la navigation fautive, saisir les permis de circulation, saisir des bateaux, saisir des permis de conduire (art. 59 de la loi sur la navigation intérieure); les attributions de police judiciaire conférées aux membres des autorités et aux fonctionnaires cantonaux chargés de l'exécution de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires (art. 9 de cette loi); le pouvoir des caisses cantonales de compensation de gérer la loi sur l'assurance-vieillesse et de déterminer et payer les allocations familiales ainsi que de prélever les contributions (art. 13 de la loi sur les allocations familiales dans l'agriculture); le pouvoir des organes responsables de la formation agricole pour établir des règlements de formation (art. 6 de la loi sur l'agriculture); le devoir des polices cantonales et communales de coopérer avec l'office fédéral de l'agriculture dans ses tâches de contrôle (art. 12 du statut du vin); le pouvoir du vétérinaire cantonal de diriger la police des épizooties (art. 3 de la loi sur les épizooties); le pouvoir des polices cantonales et communales de coopérer à la police des épizooties avec des pouvoirs de police judiciaire (art. 8 de l'ordonnance de la loi sur les épizooties).

2. le Conseil d'Etat

La Confédération désigne parfois le Conseil d'Etat comme responsable de certains actes administratifs cantonaux. Dans la

plupart de ces cas, le Conseil d'Etat est désigné en tant que tel, et non pas simplement en tant que tête de l'administration. En effet, la tâche confiée est une tâche importante qui relève manifestement de l'autorité administrative principale. Cela est logique. Néanmoins, il n'est pas absolument évident aujourd'hui, avec les tendances actuelles à la démocratie administrative, que, dans certains cantons, on ne souhaite pas donner un pouvoir plus grand au «canton» qu'au Conseil d'Etat.

Comme exemples, on retiendra notamment:

les pouvoirs du Conseil d'Etat au titre de la loi sur les droits politiques (art. 20, tirage au sort; art. 28, rectification des listes; art. 32, publication des listes; art. 52, publication des résultats du vote), le pouvoir d'autoriser des changements de nom (art. 30 du Code civil); le pouvoir de désigner des autorités chargées de fixer les indemnités pour les mesures préparatoires (art. 15 de la loi fédérale sur l'expropriation); le pouvoir de transmettre les demandes de subventions pour les endiguements (art. 9 de la loi sur la police des eaux); le pouvoir de renoncer à ce que les policiers ne puissent percevoir des amendes d'ordre qu'en uniformes lorsqu'il s'agit des véhicules en stationnement (art. 4 de la loi sur les amendes d'ordre); le droit d'être consulté sur les installations électriques à courant fort importantes (art. 15 de la loi sur les installations électriques), sur les concessions de transport par automobiles (art. 18 de l'ordonnance sur les concessions de transports par automobiles), sur les concessions de transport par trolleybus (art. 4 de la loi sur les entreprises de trolleybus); sur les prescriptions sur la protection de l'environnement et sur la prévention des attentats sur les aéroports, les concessions de transport aérien et les dérogations aux règles de cette loi ainsi que les prescriptions en matière de procédure de saisie conservatoire des aéronefs (art. 12, 22, 37 et 83 de la loi sur la navigation aérienne); le pouvoir d'exproprier en vue de créer une installation de protection des eaux ou une zone protectrice (art. 9 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution); la compétence pour délivrer les autorisations aux installations qui ne relèvent pas de la loi fédérale (art. 42 de la loi sur les installations de transport par conduites); le pouvoir d'intervenir dans la procédure d'application de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires (art. 3); le devoir de désigner un organe d'exécution et de faire rapport au Conseil fédéral sur l'exécution de la loi sur le travail à domicile, (art. 17 de cette loi); le pouvoir de prendre des décisions concernant les remaniements parcellaires dans les forêts privées (art. 26 de la loi sur la protection des forêts); le pouvoir d'autoriser le jeu de la boule (art. 53 de l'ordonnance concernant l'exploitation des jeux dans les kursaals); le pouvoir de désigner l'autorité de première instance et une autorité de recours pour la fixation des fermages agricoles (art. 4 de la loi sur le contrôle des fermages agricoles).

En outre, parfois, le Conseil d'Etat est désigné pour adopter lui-même directement les règles cantonales nécessaires à l'exécution des lois fédérales. Il s'agira là d'une règle parfaitement exorbitante. Elle est pratiquement inexistante. On citera néanmoins à titre d'exemples l'art. 22 de la loi sur l'assurance-maladie et accidents aux termes duquel le Conseil d'Etat fixe le tarif des médecins selon la loi sur l'assurance-maladie et accidents

ainsi que l'art. 66 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct selon lequel les gouvernements cantonaux édictent par voie d'ordonnance les prescriptions nécessaires pour la taxation et la perception dudit impôt.

Il se produit en revanche plus souvent que l'autorité exécutive cantonale soit autorisée à exécuter le droit fédéral au moyen d'ordonnances, dans la mesure où la législation cantonale ne s'y oppose pas. On citera à titre d'exemples l'art. 75 de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques et l'art. 61 de la loi sur les routes nationales.

Enfin, il est moins rare que le Conseil d'Etat soit autorisé à légiférer, à titre subsidiaire, pour suppléer au moins temporairement à un législateur cantonal défaillant. On mentionnera comme exemples les art. 52 des dispositions transitoires du Code civil[82], 46 de la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale, l'art. 110 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles, 36 de la loi sur l'aménagement du territoire[83], 66 de la loi encourageant la construction de logements, 35 de la loi sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin et 59 de la loi sur les épizooties.

Ces règles, à l'évidence, empiètent sérieusement sur les compétences cantonales d'organiser la procédure législative comme les cantons l'entendent et comme ils en ont coutume[84].

B. La procédure[85]

Nous savons qu'en principe, les cantons sont maîtres de la procédure, sous réserve des principes minima dégagés par le Tribunal fédéral, pour l'application du droit civil et du droit pénal. Cela devrait aussi être vrai pour le droit public[86] sous réserve en outre des règles réservées à l'art. 1er de la loi sur la procédure administrative pour les décisions de dernière instance cantonale pouvant faire l'objet de recours devant une autorité fédérale.

[82] A ce sujet, ATF 108 Ia 180/1 *Leuenberger*.

[83] Sur le conflit de la règle fédérale (qui l'emporte) et le droit cantonal opposé, voir p. ex., ATF 108 Ib 241, *commune de Flims*.

[84] Voir Y. HANGARTNER (note 53), p. 156 et ss.

[85] KÖLZ/KOTTUSCH (note 62), p. 423 et ss sur l'ensemble de la question.

[86] F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e édition, 1983, p. 25.

Mais la Confédération a considéré comme nécessaire d'intervenir plus nettement dans la procédure administrative cantonale au nom de la bonne application du droit fédéral[87]. On se souvient que, p. ex., le Tribunal fédéral a imposé aux cantons une qualité pour recourir devant les autorités cantonales. Ce n'est cependant là qu'un exemple: la législation fédérale fourmille de dispositions imposant des règles de procédure aux cantons.

a) la procédure non contentieuse

La procédure non contentieuse est celle par laquelle les administrations prennent leurs décisions initiales. Elle est normalement réglementée par une loi cantonale, sous réserve des principes généraux de protection minimum dégagés par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 4 Cst.

Ceci n'a pas empêché le législateur fédéral de prévoir une série d'obligations à la charge des cantons.

1. quelques modalités

Ainsi, parfois, les administrés doivent présenter leur demande en utilisant certaines formules et en donnant diverses indications énumérées (on pensera notamment, à diverses demandes concernant des subventions, des actes de l'état civil, etc.). Parfois, des dispositions fédérales obligent les autorités cantonales normalement compétentes à prendre l'avis d'autres autorités avant de décider sans que cet avis ne soit toujours une condition de validité de la décision. Parfois, le droit d'être entendu, qui, en droit administratif, est de plus en plus étendu, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, est imposé expressément par des dispositions fédérales. En particulier, diverses législations organisent des procédures d'enquêtes publiques obligatoires avec procédure d'opposition. Parfois, la forme même des décisions est déterminée; ainsi la législation fédérale oblige les cantons à rendre des décisions écrites, avec indication des motifs et des délais de recours.

Quelques fois même, la procédure cantonale est entièrement bridée par des règles fédérales relativement détaillées.

[87] Pour un meilleur respect du principe de la nécessité et de la subsidiarité, R. SCHWEIZER (note 73), p. 12; dans le même sens KÖLZ/KOTTUSCH (note 62), p. 423.

Parfois, enfin, la législation fédérale a prévu la façon dont seront coordonnées, devant une autorité cantonale, des procédures fédérales et cantonales ayant un même objet. P. ex., il fallait régler la question de savoir quelle serait la procédure d'autorisation de construire lorsque le bâtiment à édifier doit, selon la loi fédérale, posséder un abri présentant certaines caractéristiques. La solution retenue est, bien entendu, que l'autorisation de construire cantonale ne peut être accordée que si le droit fédéral est lui-même respecté. En d'autres termes, la loi cantonale ne peut être appliquée que «sous réserve du droit fédéral» et, singulièrement, les procédures de consultation des autorités fédérales doivent être instituées.

On nous permettra d'illustrer les diverses situations relevées que par quelques exemples très limités:

- Les décisions doivent être écrites, motivées, indiquer les délais et autorités de recours et l'administré a le droit de connaître son dossier sous réserve de l'ordre public (art. 19 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers);
- le requérant doit être entendu (art. 15 de la loi sur l'asile);
- le moment où sont produits les documents, la motivation des décisions, la notification avec indication des voies et délais de recours, les destinataires de cette notification sont déterminés (art. 11 de l'arrêté fédéral sur l'acquisition des immeubles par les étrangers);
- les art. 6, 26 et 27 de la loi de procédure administrative concernant la consultation du dossier ont été déclarés applicables en procédure cantonale lorsqu'il s'agit d'une demande d'entraide pénale internationale (art. 79 de la loi sur l'entraide pénale internationale);
- les décisions doivent être écrites et indiquer, lorsqu'elles consistent en un rejet, la motivation du rejet ainsi que les voies et délais de recours (art. 67 de la loi sur la formation professionnelle et 50 de la loi sur le travail);
- lorsqu'une construction comporte l'obligation de construire un abri, l'autorisation de construire doit être conforme à la loi sur les abris (art. 13 de cette loi);
- les communications aux contribuables doivent être écrites et si une pénalité est envisagée, l'attention doit être attirée sur ce fait (art. 73 de l'ACF concernant la perception d'un impôt fédéral direct);
- les décisions cantonales en matière de taxes militaires doivent être notifiées aux administrés, elles doivent être écrites, elles doivent indiquer les sanctions juridiques envisagées ainsi que les délais et voies de recours;
- enfin les art. 34 à 38 et 61 al. 2 et 3 ainsi que 55 al. 2 et 4 de la loi sur la procédure administrative sont applicables si la décision est prise sur recours (art. 18 du règlement sur la taxe d'exemption du service militaire);
- une procédure d'enquête publique doit avoir lieu pour des plans d'affectation (art. 33 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire);
- une mise à l'enquête publique doit avoir lieu aussi en matière de concession hydraulique (art. 60 de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques);
- l'autorité compétente cantonale doit consulter les communes lorsqu'elle veut donner une autorisation générale concernant la construction d'une centrale nucléaire (art. 6 de l'arrêté fédéral concernant la loi sur l'énergie atomique);

– le retrait et le refus d'un permis de conduire doivent être écrits, motivés et pris après que l'intéressé a été entendu (art. 23 de la loi sur la circulation routière);
– les permis saisis par la police sont transmis à une autorité qui doit prendre une décision sans délai au sujet de la révocation, du retrait du permis de conduire ou du permis de circuler; pendant le temps où cette décision est prise, le permis est réputé retiré (art. 54 de la loi sur la circulation routière et art. 59 de la loi sur la navigation intérieure);
– si des réclames routières sont conformes au droit cantonal, elles doivent également respecter le droit fédéral (art. 100 de l'ordonnance sur la signalisation routière);
– le droit de demander une modification ou une installation de signaux appartient aux associations routières régionales (art. 106 de l'ordonnance sur la signalisation routière);
– la procédure d'exécution matérielle et juridique des contrôles des denrées alimentaires et la procédure d'opposition comprenant notamment la possibilité de demander une contre-analyse sont régies par les art. 11 à 20 de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires;
– les commissions consultatives sur le marché de l'emploi doivent être paritaires (art. 8 de l'ordonnance d'exécution de la loi sur le service de l'emploi);
– avant de fixer les tarifs médicaux de l'assurance-maladie, un préavis doit être obtenu des caisses et des médecins (art. 22 de la loi sur l'assurance maladie et accidents);
– les autorisations de défrichement doivent être communiquées aux associations ayant le droit de recourir au sens de l'art. 12 de la loi sur la protection de la nature et publiées dans la Feuille d'Avis Officielle du lieu en cause (art. 25bis de la loi sur les forêts);

A côté de ces règles fédérales dérogeant au droit cantonal de procédure, on fera une place particulière à l'art. 66 de l'ACF concernant la perception d'un impôt fédéral direct. Ce texte autorise en effet le Conseil d'Etat à déroger, par une ordonnance, aux règles cantonales de procédure relatives à la récusation.

2. l'approbation fédérale des actes

Dans un certain nombre de cas enfin, des actes ou décisions administratifs cantonaux ne sont valables que s'ils ont été approuvés par l'autorité fédérale.

On citera p. ex.:

la décision de l'autorité cantonale portant sur l'extension de la force obligatoire des conventions collectives (art. 13 de la loi à ce sujet); le pouvoir d'intervention de l'administration fédérale des contributions avant que la taxation ne soit notifiée (art. 94 de l'ACF concernant la perception d'un impôt fédéral direct); l'approbation des plans directeurs cantonaux (art. 11 de la loi sur l'aménagement du territoire); l'approbation des prescriptions techniques concernant les endiguements à subventionner par la Confédération (art. 5 de la loi sur la police des eaux); l'approbation du Département fédéral de l'Intérieur pour les autorisations de construire dans les zones réservées et dans les aligne-

ments (art. 16 et 24 de la loi sur les routes nationales); l'approbation par le Département fédéral de l'Intérieur des projets définitifs de routes nationales et des alignements (art. 28 de la loi à ce sujet); l'approbation des plans d'assainissement des eaux (art. 16 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution); l'approbation par le Conseil fédéral des attributions faites aux inspecteurs des denrées alimentaires et des laboratoires cantonaux (art. 5 et 9 de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires); l'approbation par le Conseil fédéral de la création des arrondissements forestiers et des plans d'études des écoles professionnelles des gardes forestiers par le Département fédéral de l'Intérieur (art. 6 et 10 de la loi sur la protection des forêts); l'approbation par le Conseil fédéral des autorisations des Conseils d'Etat concernant le jeu de la boule (art. 1er de l'ordonnance concernant l'exploitation des jeux dans les kursaals); l'approbation du Département fédéral des finances concernant la création de bureaux de contrôle des ouvrages en métaux précieux (art. 37 de la loi sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux).

De manière plus particulière, une procédure spéciale instituée par les art. 115 à 117 de l'ordonnance sur le registre du commerce exige l'approbation des inscriptions au registre du commerce par l'office fédéral du registre du commerce; cette vérification de l'office fédéral a pour fin que seules des inscriptions conformes à toutes les conditions légales soient publiées.

On signalera, en outre, le cas particulier de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers qui, à son art. 18 al. 3, prévoit que toutes les autorisations que les cantons n'ont pas le droit d'accorder de leur propre chef sont soumises à l'approbation de la police fédérale des étrangers. Les cantons ne peuvent par rapport à ces cas accorder des autorisations que «dans les limites de l'approbation» de la police fédérale des étrangers[88].

Il ne s'agit pas là de simples «visas» sans effet sur la décision elle-même. En effet, l'approbation est une condition de validité de celle-ci: si elle n'est pas donnée, la décision cantonale n'est pas valide et ne peut être exécutée.

On distinguera néanmoins cette situation de celle où les cantons n'ont que le pouvoir de préparer un dossier pour décision par l'autorité fédérale. En effet, dans le cas examiné ici, la décision est une décision cantonale pouvant faire l'objet de recours cantonaux, y compris du recours hiérarchique, même en l'absence de règles fédérales à ce sujet; dans l'autre cas, la décision est fédérale et un recours n'est possible que devant des instances fédérales.

[88] P. MOOR, Les autorisations et décisions de police des étrangers, Les étrangers en Suisse, Lausanne, 1982, p. 45 et ss.

b) la procédure contentieuse

Nous nommons procédure contentieuse toute procédure dans laquelle une autorité est contrainte de se prononcer sur la validité d'une décision ou de rendre un jugement.

Si la Confédération est intervenue dans l'organisation judiciaire cantonale en imposant aux cantons le devoir de créer certaines autorités de recours, il eût été bien étonnant qu'elle n'obligeât pas les cantons à respecter certains principes de procédure allant au-delà des règles minimum dégagées par le Tribunal fédéral.

1. la qualité pour recourir

La législation fédérale précise, dans quelques dispositions, la qualité pour recourir devant les instances cantonales. Bien entendu, ces règles n'ont d'intérêt ici que dans la mesure où elle dérogent au droit cantonal, notamment en créant un droit de recours des autorités.

On citera p. ex.:

l'art. 8 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles qui définit largement la qualité pour recourir en matière d'estimations; l'art. 12 de l'arrêté fédéral concernant l'acquisition des immeubles par les étrangers qui prévoit que l'autorité cantonale et l'autorité fédérale peuvent recourir; l'art. 106 de l'ordonnance sur la signalisation routière qui confère la qualité pour recourir à des associations routières régionales; l'art. 84 de la loi sur l'AVS qui confère la qualité pour recourir aux enfants, parents, frères et sœurs de l'intéressé; l'art. 107 de l'ACF concernant la perception d'un impôt fédéral direct qui confère le droit de recours à l'administration fédérale des contributions devant la commission cantonale de recours; l'art. 54 de la loi sur l'impôt anticipé qui confère un droit d'intervention à la même administration devant l'autorité cantonale de recours; probablement l'art. 33 de la loi sur l'aménagement du territoire qui permet le recours d'une autorité fédérale contre les plans d'affectation cantonaux; l'art. 25 de l'ordonnance instituant des contributions à l'exploitation agricole du sol dans des conditions difficiles qui ouvre le recours à l'office fédéral de l'agriculture contre certaines décisions d'une autorité cantonale; l'art. 107 déjà cité de l'arrêté fédéral concernant l'impôt fédéral direct qui ouvre le recours devant les commissions de recours cantonales aussi à l'administration cantonale de l'impôt fédéral direct contre les décisions de l'autorité de taxation; enfin l'art. 79 de la loi sur l'entraide pénale internationale qui accorde le droit de recours à l'office fédéral de la police.

2. les délais

Le droit fédéral indique non seulement les délais de recours mais aussi parfois des délais quant au temps dont l'autorité de recours dispose pour décider, même si de telles règles ne sont, à l'évidence, que des règles d'ordre.

On citera à titre d'exemples:

les délais prévus aux art. 77 et 79 de la loi sur les droits politiques; 17 de l'arrêté fédéral sur l'acquisition des immeubles par des étrangers; 22 de la loi sur les chemins de fer; 27 de l'arrêté sur les mesures contre les abus dans le secteur locatif; 17, 18 et 20 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite; 4 de la loi réglant la poursuite de dettes contre les communes et autres collectivités de droit public cantonal; 53 de la loi sur le travail; 84 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants; 106 de la loi sur l'assurance-accidents.

3. l'objet du recours

Cette question est abordée p. ex., à l'art. 19 de l'ordonnance sur l'état civil et aux art. 19 et 21 de la loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale.

4. le pouvoir des juges

Les pouvoirs des juges et autorités de recours sont aussi parfois déterminés: la législation fédérale indique leur pouvoir de s'écarter des conclusions des parties, leur pouvoir d'appréciation des preuves, voire même leur pouvoir d'examen (p. ex., art. 23 de l'OCF concernant l'acquisition d'immeubles par les étrangers; art. 156 du Code civil; art. 20 de la loi sur les chemins de fer; art. 248, 249 et 251 de la procédure pénale fédérale).

On remarquera tout particulièrement la situation des tribunaux cantonaux saisis dans le cadre de la loi sur le droit pénal administratif. En effet, il n'y a pas alors d'instruction cantonale; la qualité de partie, les débats, le contenu du jugement, les voies de recours cantonales, le mode de notification du jugement, tout est déterminé par les art. 73 à 80 de la loi sur le droit pénal administratif, même si l'art. 82 de cette même loi réserve le droit cantonal pour le surplus.

5. les procédures complètes

Par une similitude assez curieuse, deux domaines font l'objet de réglementations assez complètes quant à l'organisation des procédures de recours. Il s'agit du droit fiscal d'une part, et de la sécurité sociale d'autre part.

Les dispositions applicables au droit fiscal sont les art. 99 à 111 de l'ACF concernant la perception d'un impôt fédéral direct; les art. 132 à 133bis de ce même texte; les art. 53 et 54 de la loi sur l'impôt anticipé; les art. 30 et 31 de la loi sur la taxe pour l'exemption du service militaire et les art. 35 et ss de son règlement d'application.

Les règles concernant la sécurité sociale sont notamment les art. 85 ss de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, 30bis de la loi sur l'assurance-maladie et accidents, 56 de la loi sur l'assurance militaire, 58 de la loi sur l'assurance-accidents.

i) la procédure de recours cantonale pour l'impôt fédéral direct

Dans un premier temps, l'ACF prévoit une procédure de réclamation. Cette procédure de réclamation est intentée par le contribuable par écrit devant l'autorité de taxation. Le délai est défini par la loi. Les conséquences de la saisie d'une autorité incompétente le sont aussi. La restitution du délai est prévue dans la loi. La représentation est admise; la forme de la réclamation et son contenu sont déterminés; les pouvoirs d'enquête de l'autorité de taxation, de l'administration cantonale de l'impôt fédéral direct et de l'administration fédérale des contributions sont définis. La clause la plus importante concernant la réclamation est sans doute l'art. 104 qui prévoit que l'autorité de taxation n'acceptera pas nécessairement le retrait d'une réclamation s'il apparaît, d'après les circonstances, que la taxation était insuffisante. Lorsque l'administration cantonale de l'impôt fédéral direct ou l'administration fédérale des contributions ont participé à la procédure de taxation ou de réclamation, le retrait de la réclamation ne peut en effet être accepté sans leur consentement. On voit ainsi qu'il n'est pas question d'avertir l'administré des dangers qu'il court, comme cela se fait normalement dans les procédures non contentieuses ou dans certaines procédures contentieuses. Enfin, la décision et sa forme sont également prévues à l'art. 105 de l'arrêté fédéral.

La procédure de recours, quant à elle, est prévue aux art. 106 et ss. Tout d'abord, le droit de recourir est affirmé. Le délai de recours est défini. Le droit de recours des autorités fiscales est précisé. La procédure, quant à l'instruction du dossier, est également déterminée. La forme de la décision, sa notification, la répartition des frais, tout cela est prévu dans la loi elle-même. On relèvera en outre, que, selon l'art. 106 al. 3, la disposition que nous avons citée concernant les effets d'un retrait d'une réclamation sont applicables aussi dans la procédure de recours.

ii) la procédure de recours cantonale en matière d'assurance-vieillesse et survivants

Les dispositions concernant les recours en matière d'AVS sont moins incisives que celles prévues pour l'impôt fédéral direct. Le

délai et la qualité pour recourir sont déterminés. Pour le reste, les cantons sont relativement libres d'organiser la procédure comme ils l'entendent, sous réserve qu'ils respectent les règles prévues à l'art. 85 al. 2 de la loi. Ainsi, la procédure doit être rapide, simple et, en principe, gratuite; l'acte de recours doit remplir certaines conditions; le juge établit les faits d'office; il n'est pas lié par les conclusions des parties; il peut ordonner des débats; le droit de se faire assister par un conseil est garanti; le jugement contient les motifs essentiels retenus et indique les voies de droit; pour le reste, les dispositions cantonales restent applicables.

c) conclusion

On doit s'interroger sur la nature des règles de procédure édictées par les cantons dans le cadre tracé par le droit fédéral. Il n'est pas douteux qu'à la forme, ces règles relèvent du droit cantonal: elles sont édictées par les cantons selon les procédures cantonales. Nous sommes dans une situation analogue avec l'ensemble du droit cantonal: celui-ci ne peut exister et subsister que dans le cadre du droit fédéral, mais il n'en reste pas moins du droit cantonal.

Cependant, tout le droit fédéral de procédure imposé aux cantons n'est pas identique. Certaines règles sont directement applicables: les délais de recours, la qualité pour recourir, le principe que le retrait d'un recours ne met pas fin à l'instance. D'autres ne sont pas directement applicables: la procédure doit être sommaire et peu formaliste; les recourants doivent bénéficier de l'assistance judiciaire; ces règles doivent être donc complétées par du droit cantonal.

Doit-on, dès lors, dire que les premières règles relèvent du droit fédéral et les secondes du droit cantonal? Ceci entraînerait que la violation des premières serait portée devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif, et celle des secondes par la voie du recours de droit public. Ceci n'a, à l'évidence, d'intérêt que pour des juristes en mal de subtilité: toutes ces règles ne sont que l'exécution du droit fédéral, même si elles sont édictées de façon décentralisée; elles doivent donc avoir la même qualification: elles sont de droit fédéral.

Mais, non moins évidemment, la question va se poser de savoir jusqu'où la procédure cantonale nécessaire à l'application du droit fédéral doit être tenue pour du droit fédéral. La question va aussi être de savoir à partir de quel point des règles

identiques imposées pour une partie seulement du droit de procédure cantonal par le droit fédéral et choisies librement, par le canton pour le reste, devront être considérées comme du droit fédéral.

Sur la première question, la réponse nous paraît être que la procédure d'application du droit fédéral est de droit cantonal, tant qu'aucune règle fédérale précise n'impose une solution. On retrouve là le principe fondamental: les cantons sont libres sous réserve du droit fédéral; la violation du droit cantonal relève du recours de droit public.

Sur la seconde question, la réponse nous paraît se trouver dans le principe de l'attraction de compétences: ce sera, en d'autres termes, le caractère cantonal ou fédéral du droit de fond appliqué selon la procédure en cause qui déterminera si celle-ci est de droit cantonal ou de droit fédéral et si, en conséquence, le recours au Tribunal fédéral est le recours de droit public ou le recours de droit administratif.

C. Les droits et les devoirs des autorités cantonales

L'organisation mise en place, les procédures définies, il s'agit maintenant de savoir comment vont fonctionner les structures existantes et ce qu'elles vont devoir faire.

a) le devoir de légiférer

1. le principe

De façon assez inattendue, dans des domaines où les cantons sont chargés de l'exécution des lois fédérales et, partant, semblerait-il, du devoir de faire tout ce qui est nécessaire pour que la tâche confiée soit accomplie, le législateur fédéral a précisé que les cantons doivent adopter les mesures et les règles nécessaires à l'exécution de la loi [89].

Les exemples de telles dispositions, à notre sens purement déclaratoires, sont si nombreux que nous renonçons à en citer. Nous en avons dénombré une soixantaine.

[89] On ne confondra pas ce devoir de définir des règles qui relèvent du pouvoir originaire du canton et le devoir d'édicter des règles de substance qui résultent d'une délégation fédérale (voir p. 45 ss) et Y. HANGARTNER (note 53), p. 147.

Normalement, le devoir cantonal est exprimé en termes très généraux. Il est parfois mieux délimité dans la mesure où le canton n'a qu'une partie de la responsabilité de l'exécution de la législation fédérale, l'autre partie imcombant à la Confédération.

Le droit cantonal d'exécution doit, lui aussi, être tenu pour du droit cantonal à la forme. Il nous paraît, en revanche, tout à fait artificiel de le tenir pour du droit cantonal lorsqu'il s'agit de définir les voies de recours au Tribunal fédéral. Il est, en effet, difficilement concevable que si une décision repose uniquement sur les règles générales d'une loi fédérale, elle soit tenue pour une décision susceptible d'un recours de droit administratif ouvert à un plein contrôle du Tribunal fédéral, alors que si elle implique aussi l'application de règles d'exécution adoptées par le canton, elle ne serait sujette qu'à un recours de droit public – c'est-à-dire, à part la question de sa compatibilité avec la loi fédérale, à un contrôle limité à l'arbitraire.

2. le devoir de soumettre à approbation

De nombreuses législations cantonales d'exécution du droit fédéral sont soumises à la sanction ou à l'approbation fédérales. En tout état de cause, cette sanction et cette approbation[90], sont, le plus souvent, à notre sens, constitutives et, partant, sont des éléments nécessaires non seulement à la validité des lois cantonales mais encore à leur entrée en vigueur et à leur caractère obligatoire pour les citoyens. En effet, dans ce domaine, nous n'avons pas affaire à l'exercice de compétences cantonales concurrentes durables mais à des règles prises dans un cadre où les cantons n'ont plus aucune compétence propre quant à la substance de la norme. Ici le constituant et le législateur fédéraux ont voulu l'unité; il est indispensable que les cantons ne puissent la remettre en cause. L'autorité fédérale doit donc pouvoir s'assurer que tel est le cas avant même que la loi cantonale ne puisse être appliquée. – Il est néanmoins bien entendu qu'à la forme ces règles restent du droit cantonal –.

A notre avis, de telles approbations sont requises par une multitude de règles fédérales: p. ex., pour nous limiter aux lois fédérales:

[90] Sur l'exigence que ce pouvoir soit prévu par la loi fédérale (J.-F. AUBERT [note 2], No 790).

art. 25 al. 3 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers; art. 91 de la loi sur les droits politiques; art. 40, 359, 949, 953 du Code civil; 22 de l'ordonnance concernant les courtages en matière de biens agricoles; art. 110 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles; de façon générale, pour l'ensemble du Code civil l'art. 52 des dispositions transitoires de ce Code; l'art. 29 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite; l'art. 7 de la loi sur le parc national; art. 36 de la loi sur la protection des animaux; art. 66 de l'ACF concernant la perception d'un impôt fédéral direct; art. 35 de la loi sur l'impôt anticipé; art. 7 de la loi sur la police des eaux; art. 61 de la loi sur les routes nationales; art. 44bis et 83bis de la loi sur la navigation aérienne; art. 34 de la loi sur les stupéfiants; art. 5 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution; art. 21 de la loi sur les toxiques; art. 56 de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires; art. 19 de la loi sur la lutte contre la tuberculose; art. 30 de la loi sur le travail dans les fabriques; art. 61 et 85 de la loi sur l'AVS; art. 56 de la loi sur l'assurance-invalidité; art. 2 de la loi sur l'assurance-maladie et accidents; art. 107 de la loi sur l'assurance accidents; art. 56 de la loi sur l'assurance militaire; art. 66 de la loi sur l'encouragement de la construction de logements; art. 22 de la loi concernant l'amélioration du logement dans les régions de montagne; art. 6 de la loi sur l'agriculture concernant les règlements sur la formation professionnelle; art. 118 de la loi sur l'agriculture; art. 20 de l'arrêté fédéral instituant des mesures en faveur de la viticulture; art. 28 de l'arrêté concernant l'économie laitière de 1977.

Il peut, bien entendu, se produire que les textes fédéraux prévoient justement une solution contraire à celle que nous venons de décrire ou qu'une telle solution résulte de l'interprétation, notamment lorsque le canton possède une compétence concurrente durable dans un domaine régi par le droit fédéral.

Signalons, enfin, que l'autorité fédérale doit, dans le doute, approuver les règles cantonales. L'unification du droit fédéral et de son application est le but recherché, sous réserve du fédéralisme. L'examen devra donc porter sur la compatibilité du droit adopté par le canton avec le droit fédéral et non sur sa conformité parfaite; il devra se limiter à l'arbitraire, quant aux solutions juridiques retenues, et ne devrait pas entraver les appréciations et les décisions d'opportunité des cantons.

3. le devoir de communiquer

Enfin, on remarquera, que dans quelques cas, la loi fédérale prévoit uniquement la transmission «pour information» de certaines règles cantonales aux autorités fédérales.

Tel est le cas, p. ex., pour l'art. 17 de l'OCF sur les passeports; l'art. 2 de l'ordonnance sur l'état civil; l'art. 23 de la loi sur l'aide aux universités; l'art. 12 du règlement sur la taxe d'exemption du service militaire; l'art. 5 de l'ordonnance concernant l'autorisation donnée au personnel paramédical de pratiquer à la charge de l'assurance médicale; l'art. 3 de l'ordonnance concernant la reconnaissance pour l'assurance-maladie des certificats cantonaux de capacité

délivrés aux chiropraticiens; l'art. 6 de l'ordonnance concernant l'autorisation donnée aux laboratoires d'exercer leur activité à charge de l'assurance-maladie.

Il va de soi que, dans ces situations, l'autorité fédérale ne peut que prendre acte des règles cantonales. Si elle les estime incompatibles avec le droit fédéral, elle doit en faire la remarque et tenter d'obtenir la modification des législations cantonales.

b) le devoir de prendre des mesures matérielles

Souvent, l'exécution d'une loi ou d'une tâche publique n'entraîne pas un devoir de légiférer ou de prendre des décisions, mais un simple devoir d'accomplir un acte matériel dit d'exécution. L'Etat, responsable de la formation personnelle, doit prévoir des conditions d'accès et de succès dans les écoles – c'est là sa tâche juridique – mais il doit aussi acquérir des terrains et construire des écoles, organiser des cours, distribuer les salles, etc. – c'est là son activité pratique.

Les cantons ont reçu la responsabilité d'accomplir de nombreux actes, d'organiser de nombreuses activités concrètes. On en citera quelques exemples tirés exclusivement de lois fédérales (nous avons dénombré environ 25 autres cas résultant d'ordonnances du Conseil fédéral):

Faciliter le vote des invalides et organiser le vote anticipé (art. 6 et 7 de la loi sur les droits politiques); créer un système de dépôt des testaments (art. 504 et 505 du Code civil); prévoir des caisses de dépôt et consignation (art. 9 de la loi sur la poursuite et la faillite); créer des établissements pour exécuter les peines et les mesures pour adolescents (art. 382 et 385 du Code pénal); instruire et juger des affaires relevant normalement de la juridiction pénale fédérale (art. 18 de la loi de procédure pénale fédérale); collaborer à la détention préventive, mettre à disposition des locaux, des gardes, des geôliers dans des affaires de juridiction pénale fédérale (art. 27 à 29 de la procédure pénale fédérale); organiser l'enseignement professionnel (art. 33 de la loi sur la formation professionnelle); organiser l'enseignement de la gymnastique et des sports à l'école et fournir des installations sportives (art. 2 et 12 de la loi encourageant la gymnastique et les sports); établir une enquête statistique et une enquête routière (art. 3 de l'arrêté fédéral concernant le recensement de la circulation routière et son renouvellement périodique); concourir au recrutement, tenir le contrôle matricule des hommes astreints aux obligations militaires, former des unités et des états-majors de bataillons d'infanterie et des unités de service complémentaire, fournir l'équipement personnel des troupes, administrer et entretenir l'équipement de corps des unités cantonales (art. 4, 131, 133, 158 et 159 de la loi d'organisation militaire); former les divers agents de la protection civile et fournir les locaux pour l'instruction de la protection civile, l'équipement et le matériel en cette matière (art. 56, 60 et 63 de la loi); assurer l'existence d'un stock de farine, de levure, de sel comestibles pour 15 jours de pain dans les communes (art. 9 de l'ACF sur le ravitaillement en pain en cas de mobilisation de guerre); conserver

les travaux de défense, d'endiguement et de collection des eaux (art. 5 de la loi sur la police des eaux); établir les projets définitifs de routes nationales, acquérir les terrains pour les routes nationales, adjuger et surveiller les travaux de construction de ces routes (art. 21, 32, 41 et 42 de la loi sur les routes nationales); contrôler les stupéfiants, informer et créer des consultations en matière de stupéfiants, conserver, vendre et détruire les stupéfiants condamnés (art. 2, 15 et 33 de la loi sur les stupéfiants); prendre toutes les mesures selon la loi sur la protection des eaux contre la pollution (art. 17 de cette loi); contrôler les denrées alimentaires, opérer le séquestre, la conservation des denrées alimentaires défectueuses et éventuellement les détruire (art. 11 et 21 à 23 de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires); prendre des mesures pour lutter contre des maladies transmissibles, fournir les moyens nécessaires au médecin cantonal pour qu'il puisse faire les analyses prévues, avoir les installations permettant l'isolement et le traitement des malades contagieux, organiser des enquêtes épidémiologiques, organiser des vaccinations contre les maladies désignées par le Conseil fédéral, ordonner les désinfections et les désinfestations (art. 11, 13, 14, 22, 23 et 24 de la loi sur les épidémies); organiser la surveillance médicale sur l'enseignement, les enfants, les élèves, le personnel de garde dans les écoles, les asiles d'enfants, etc. et instruire la population sur la nature, le danger et la prophylaxie de la tuberculose (art. 6 et 12 de la loi sur la lutte contre la tuberculose); prendre les mesures de fermeture des entreprises lorsqu'elles violent gravement la loi sur le travail (art. 52 de la loi sur le travail); prendre les mesures en vue de lutter contre les crises (art. 8 de la loi sur les mesures préparatoires en vue de combattre les crises et de procurer du travail); désigner les localités propres à servir de pôles de croissance (art. 10 de la loi sur les investissements dans les régions de montagne); veiller au reboisement (art. 32 de la loi sur la protection des forêts); vérifier les instruments de mesurage (art. 13 de la loi sur la métrologie).

Enfin, on n'oubliera pas que ces actes matériels culminent dans les mesures de police judiciaire, de gendarmerie et, de façon générale, dans l'exécution forcée autre que l'exécution à des fins financières. Ce pouvoir échappe à notre liste parce que cela est *la* marque principale de la souveraineté cantonale.

c) le devoir et le pouvoir de prendre des décisions

1. en général

Il semblerait clair et évident que si les cantons ont le droit et le devoir d'exécuter le droit fédéral, ils ont nécessairement aussi le droit et le devoir de prendre des décisions d'application de la loi[91,92].

[91] Ces décisions sont, bien entendu, des décisions cantonales à la forme (voir Y. HANGARTNER [note 53], p. 154).

[92] ATF 106 Ia 48, *Conseil d'Etat du canton de Saint-Gall* qui ajoute que ces décisions sont prises selon la procédure cantonale.

Cette évidence est rappelée dans certaines lois fédérales:

p. ex., à l'art. 18 al. 2 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers pour certaines autorisations de séjour; à l'art. 79 de la loi sur l'entraide pénale internationale en ce qui concerne l'admissibilité de cette entraide; à l'art. 18 de la loi d'organisation militaire en ce qui concerne l'exclusion des officiers et des sous-officiers sous tutelle; à l'art. 41 a) de la loi sur l'alcool en ce qui concerne l'obligation de prévoir une patente pour le commerce de détail de l'alcool; à l'art. 52 de la loi sur la circulation routière en ce qui concerne le pouvoir d'autoriser certaines manifestations sportives automobiles; à l'art. 27 de la loi sur la navigation intérieure en ce qui concerne le pouvoir d'autoriser certaines manifestations nautiques; à l'art. 4 de la loi sur les stupéfiants en ce qui concerne les autorisations en matière de stupéfiants; à l'art. 21 de la loi sur les toxiques en ce qui concerne les autorisations découlant de cette loi; à l'art. 3 de la loi sur le travail à domicile concernant le champ d'application de cette loi; à l'art. 7 de la loi sur le service de l'emploi au sujet de l'autorisation des bureaux privés de placement.

Ces dispositions expresses visent des décisions prises dans des domaines dont la gestion appartient normalement à l'administration fédérale. Un pouvoir de décision des cantons n'est prévu que pour des cas exceptionnels dans lesquels l'administration ne pourrait raisonnablement être le fait de fonctionnaires situés à Berne. Ce sont donc des cas exceptionnels de compétence cantonale.

2. la décision définitive

Dans quelques domaines, les cantons ont le pouvoir de prendre des décisions définitives.

Il s'agit p. ex., de l'art. 18 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers en ce qui concerne les refus d'autorisations de séjour; des art. 3 et 7 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles en ce qui concerne la décision d'assujettissement et en ce qui concerne les décisions d'estimation; il s'agit aussi des art. 41 et ss de l'ordonnance sur la protection civile en ce qui concerne les décisions de l'autorité qui convoque à un cours de protection civile quant à l'ajournement et en ce qui concerne les décisions de l'office cantonal de la protection civile sur un recours concernant l'exclusion ou la libération du service; de l'art. 46 de la loi sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes concernant certaines décisions sur recours; enfin de l'art. 67 de la loi sur l'agriculture concernant les indemnités en suite de mesures décidées par le service sanitaire cantonal.

Ces décisions cantonales ne sont, cependant, définitives que dans la mesure où le recours de droit administratif n'est pas recevable. En effet, à défaut d'une exclusion expresse du recours de droit administratif dans la loi d'organisation judiciaire ou dans une loi de substance, postérieure à l'adoption des règles modifiant l'organisation judiciaire fédérale et notamment le

recours de droit administratif en 1968, aucune décision, même cantonale, n'est définitive. Dans ces conditions, nous ne penserons pas que les décisions des art. 3 et 7 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles soient nécessairement exclues d'un recours de droit administratif.

3. la décision soumise à approbation fédérale

Nous avons déjà indiqué que certaines décisions cantonales appliquant le droit fédéral sont soumises à l'approbation fédérale [93]. Ces décisions restent néanmoins des décisions cantonales, même si elles sont prises sur la base du droit fédéral: la procédure de prise de décision est la procédure cantonale – sous réserve de règles spécifiques fédérales – la substance de la décision et la procédure menant à l'acte d'approbation sont régies par le droit fédéral. Il en résulte qu'une erreur de procédure devant l'autorité cantonale est justiciable, en principe, devant le Tribunal fédéral, du recours de droit public; un vice dans la procèdure d'approbation fédérale est soumis à un recours administratif alors qu'un vice dans l'application du droit de fond sera soumis à un recours de droit administratif, après épuisement des instances de recours cantonales.

4. la décision préparée par le canton et prise par la Confédération

Il peut aussi se produire que les cantons n'aient reçu que le pouvoir de préparer des décisions. Ils jouissent de la compétence d'instruire le dossier. Parfois même ils ont la possibilité de présenter des préavis, des projets ou des propositions; dans une série de cas, notamment, les cantons présentent des dossiers à la subvention fédérale et réservent leur propre décision quant à l'octroi d'une subvention cantonale.

Dans ces domaines, la décision est fédérale. Il en résulte que la procédure applicable en matière de recours est le recours de droit administratif (éventuellement le recours administratif). A notre sens, un vice dans l'instruction du dossier par l'autorité cantonale est lui aussi sujet au recours de droit administratif. En effet, pour que de tels vices puissent être l'objet d'un autre recours, il faudrait qu'ils aient influencé une décision différente de la décision finale fédérale. Tel n'est pas le cas en général. En

[93] Sur le but «unificateur» de la pratique de ces approbations: JAA 1981, No 62, Conseil fédéral.

outre, même si des décisions incidentes de procédure ont été prises par l'autorité cantonale sur la base du droit de procédure cantonal, il ne nous paraît pas opportun d'ouvrir une voie de recours différente contre des décisions incidentes et contre la décision finale et définitive dans une même affaire. Il doit donc y avoir attraction de compétence en faveur du recours de droit administratif.

On retiendra notamment les cas suivants:

art. 15 de la loi sur l'asile; art. 125 de l'ACF concernant l'impôt fédéral direct au sujet de la remise d'impôt; art. 5 de la loi sur les épidémies en ce qui concerne la proposition du canton pour reconnaître un laboratoire d'analyses; art. 15 et 16 de l'ordonnance générale de la loi sur le travail en ce qui concerne la décision d'assujettissement à la loi sur le travail; art. 20 de la loi sur l'amélioration du logement dans les régions de montagne et 20 à 22 de l'ordonnance en ce qui concerne les demandes de subventions par l'office fédéral du logement; art. 24 de la loi sur l'aide aux investissements dans les régions de montagne en ce qui concerne les projets de développement régionaux et les demandes d'aide à l'investissement; art. 77 de la loi sur l'agriculture en ce qui concerne les décisions du Conseil fédéral sur proposition du Conseil d'Etat pour savoir si une entreprise est véritablement une «amélioration foncière»; les art. 14 à 16 de l'ordonnance sur les améliorations foncières qui rendent l'autorité cantonale responsable de la préparation de la décision de l'autorité fédérale qui «ne traite pas directement avec les intéressés»; art. 13 de l'ordonnance instituant un régime d'autorisation pour les constructions d'étables selon laquelle les cantons préparent et préavisent des décisions de l'office fédéral de l'agriculture; art. 6 du statut du vin pour l'admission de nouvelles parcelles au cadastre viticole; art. 2 de la loi concernant les crédits d'investissement pour l'économie forestière en montagne selon laquelle le canton instruit les dossiers de subventions; art. 1er de la loi sur les agences d'immigration où l'autorité cantonale prépare un dossier de patente fédérale; art. 14 du règlement d'exécution de la loi sur le contrôle des métaux précieux selon laquelle lorsqu'un bureau de contrôle constate une infraction, il fait rapport au bureau central qui décide de la suite à donner à l'affaire; art. 45 de la loi sur la nationalité concernant la libération de la nationalité.

5. le droit d'être entendu dans une décision fédérale

Si l'on poursuit dans la voie des restrictions de la compétence cantonale, on arrive aux situations dans lesquelles le canton n'a plus aucun pouvoir de décision et n'a même plus la possibilité de préparer la décision fédérale. Le canton est seulement consulté sur une décision qui est, elle, prise par l'autorité fédérale. En effet, s'il est bien connu que les cantons sont systématiquement consultés sur les projets d'articles constitutionnels et de lois fédérales, on sait peut-être moins qu'ils sont aussi entendu – en vertu de la législation fédérale – sur l'adoption de réglementations techniques et même sur certaines décisions fédérales.

Cette procédure est la contrepartie des cas où le canton légifère ou décide sous réserve de l'approbation fédérale. La différence essentielle est ici que le canton n'est que consulté et que son avis ne lie pas – au-delà du poids politique qui peut en résulter, selon l'organe cantonal chargé par le droit cantonal de fournir l'avis – l'autorité fédérale.

On citera à titre d'exemples figurant dans des lois:

Le droit des cantons d'être entendus en ce qui concerne la réintégration, la naturalisation facilitée, l'annulation de la naturalisation ou de la réintégration frauduleuses et le retrait de la nationalité (art. 18, 25, 26, 31, 41 et 47); les instructions et les ordonnances d'exécution concernant les liquidations (art. 17 de la loi sur la concurrence déloyale); l'ordonnance d'exécution concernant les statistiques dans les écoles (art. 5 de la loi fédérale concernant des relevés statistiques sur les écoles); les atteintes à la nature par les tâches fédérales (art. 10 de la loi sur la protection de la nature); la notion d'animal sauvage et l'autorisation du commerce des animaux (art. 6 et 7 de la loi sur la protection des animaux); la délimination des arrondissements militaires (art. 149 de la loi d'organisation militaire); les prescriptions concernant la sécurité des barrages (art. 3bis de la loi sur la police des eaux); les concessions des forces hydrauliques dans les cours d'eaux intercantonaux ou internationaux, la régularisation des cours d'eaux, la répartition des redevances des forces hydrauliques intercantonales (art. 6, 7, 15 et 52 de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques); les zones réservées à des constructions fédérales (art. 14 de la loi sur les routes nationales); le lieu de situation d'une installation atomique et sa construction (art. 7 de la loi sur l'énergie atomique); l'autorisation générale d'une installation atomique (art. 6 de l'arrêté fédéral concernant la loi sur l'énergie atomique); le préavis du Conseil d'Etat pour les installations électriques à courant fort importantes (art. 15 de la loi sur les installations électriques); l'ouverture des routes à la circulation et l'interdiction à la circulation, la désignation des routes principales, les attributs permettant la reconnaissance de la police de la circulation, la police des autoroutes entre les cantons, l'imposition des véhicules étrangers qui restent en Suisse pendant un certain temps (art. 2, 57, 57bis et 105 de la loi sur la circulation routière); la liste et le montant des amendes d'ordre pour infraction à la loi sur la circulation routière (art. 3 de la loi sur les amendes d'ordre); les concessions de chemins de fer et les plans de construction des chemins de fer (art. 2, 5 et 18 de la loi sur les chemins de fer); les concessions de trolleybus (ici le Conseil d'Etat selon l'art. 4 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus); les concessions d'installations de transport par conduites (art. 5 de la loi à ce sujet); les dispositions concernant les concessions et autorisations de transport par bateaux, les installations portuaires pour les bateaux de la Confédération et des entreprises publiques et les dispositions d'exécution et les émoluments prélevés (art. 7, 8 et 55 de la loi sur la navigation intérieure); les prescriptions pour la protection de l'environnement et la prévention des attentats sur les aérodromes, les concessions de navigation aérienne ainsi que les aéroports (art. 12, 28 et 37 de la loi sur la navigation aérienne); l'ordonnance d'exécution de la loi sur les stupéfiants (art. 30 de cette loi); l'ordonnance d'exécution de la loi sur le travail à domicile (art. 18 de cette loi); l'ordonnance d'exécution de la loi sur le service de l'emploi (art. 16 de cette loi); les mesures d'exécution de la répartition de la part des cantons entre eux à l'AVS (art. 105 de la loi sur l'AVS); les règles et mesures concernant le maintien de la culture et

l'adaptation du cheptel (art. 19 de la loi sur l'agriculture); l'échelonnement de la production du lait (art. 2 du statut du lait); l'entente avec d'autres cantons sur les moyens requis pour lutter contre les épizooties (art. 10a) de la loi sur les épizooties); les tâches et les compétences à confier aux offices de vérification (art. 15 de la loi sur la métrologie); consultation enfin par la Banque nationale suisse sur la création des succursales ou agences dans les cantons (art. 4 de la loi sur la Banque nationale suisse).

Dans le domaine particulier de la nationalité, le canton a un droit de veto qui peut être absolu (art. 41 et 49 de cette loi concernant l'annulation d'une naturalisation ou d'une réintégration obtenues frauduleusement et le retrait de la nationalité) ou simplement relatif, en ce sens qu'en cas d'opposition cantonale, le Conseil fédéral tranche (art. 25 et 31 de la loi sur la nationalité concernant la réintégration et la naturalisation facilitées).

On relèvera, enfin, à titre de curiosités, l'ACF concernant le contrôle des sérums et des vaccins employés dans la médecine humaine et celui instituant un contrôle du dioxidiaminoarsénobenzène qui ont été adoptés sans référence à aucune base légale, mais «avec l'assentiment de tous les gouvernements cantonaux».

6. le droit et le devoir d'imposer des charges à des tiers

Nous appelons charge un devoir de faire, de ne pas faire ou de tolérer lié à une décision administrative, à un jugement ou à un acte juridique quelconque. Ces charges ont une vie indépendante de l'acte auquel elles se rattachent; elles peuvent d'ailleurs n'être pas valables, alors même que l'acte principal le serait.

On a beaucoup discuté la question de savoir si une charge, en droit public, n'est valable que si elle repose sur une base légale. A notre sens, une telle base n'est pas indispensable lorsque la décision repose sur une disposition légale donnant à l'autorité un pouvoir discrétionnaire. Il faut alors néanmoins que la charge soit compatible avec l'intérêt public poursuivi par la règle et qu'elle soit proportionnelle.

De façon générale, cependant, les cantons ne peuvent pas imposer des charges aux administrés dans la mesure où ils appliquent du droit fédéral à moins que le droit fédéral ne les autorise expressément. En effet, si les cantons ne peuvent plus légiférer, ils ne peuvent plus non plus compléter une législation fédérale exhaustive: l'unité du droit fédéral impose une telle solution.

Cependant, la question se pose de savoir si un émolument de droit cantonal peut être attaché à une décision prise par une

autorité cantonale, en vertu du droit fédéral. A notre sens, il est indéniable que l'émolument doit respecter les règles auxquelles le Tribunal fédéral soumet la validité des émoluments cantonaux. Il n'est, en revanche, pas nécessaire que la législation fédérale de fond ait autorisé la perception d'un émolument – même si une règle est souvent prévue –. En effet, dans la mesure où le canton exécute une loi fédérale, il n'est pas touché dans sa souveraineté fiscale; il conserve le droit de prélever des émoluments. Ce droit est, cependant, limité par la règle qui interdit d'entraver, par du droit cantonal valable, la bonne application du droit fédéral. Nous reviendrons sur ces questions lorsque nous traiterons des modalités du financement de l'exécution des tâches fédérales par les cantons.

En revanche, des charges telles que l'imposition de sûretés ou de cautions en relation avec certaines mesures administratives et pouvant entraîner un dommage très grave pour celui dont elles sont exigées, doivent être prévues dans la loi fédérale de fond.

A titre d'exemples figurant dans des lois, on signalera l'exigence du dépôt d'une caution de la part d'étrangers sans papiers nationaux (art. 5 et 7 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers); la caution exigée des agents du registre foncier en garantie de la responsabilité que le canton encourt du fait de leurs actes (art. 955 du Code civil); les sûretés demandées pour les mesures conservatoires prises en matière de droit d'auteur (art. 53 de la loi sur les droits d'auteur); de brevets d'invention (art. 79 de la loi sur le brevet d'invention); de concurrence déloyale (art. 10 de la loi sur la concurrence déloyale); les charges imposées aux autorisations cantonales d'installations de transport par conduites (art. 42 de la loi fédérale à ce sujet); les garanties pour que les crédits d'investissement atteignent le résultat voulu et que ce résultat reste assuré (art. 4 de la loi sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes); les sûretés demandées pour les commerçants professionnels de valeurs à lots (art. 28 de la loi sur les loteries et les paris professionnels).

7. le droit à une information de la part de l'autorité fédérale

Dans quelques situations, des décisions fédérales affectent des activités cantonales et limitent le pouvoir de décision des cantons. Les autorités fédérales doivent dès lors communiquer aux autorités cantonales de telles décisions. Cette communication a

non seulement pour fin d'assurer une certaine coopération et collaboration, mais elle tend aussi simplement à ce que les cantons puissent prendre leurs décisions en pleine connaissance du dossier.

Les règles qui prévoient un tel devoir fédéral sont assez rares. On mentionnera, cependant, notamment:

Le devoir du département de justice et police d'informer des exceptions fédérales à l'application de la loi (art. 9 de l'arrêté fédéral concernant l'acquisition d'immeubles par les étrangers); du ministère public fédéral de communiquer les enquêtes et les recherches pour les affaires relevant de la juridiction pénale fédérale (art. 17 de la loi de procédure pénale fédérale); de la cour pénale fédérale concernant la réhabilitation d'un condamné (art. 332 de la procédure pénale fédérale); de l'office central de la défense quant aux intentions et mesures de la Confédération dans le domaine de la défense (art. 4 de la loi fédérale sur les organes directeurs et le conseil de la défense); du contrôle fédéral des finances sur les irrégularités dans l'usage des subventions, des prêts, des avances fédérales aux cantons (art. 17 de la loi sur le contrôle fédéral des finances); du département fédéral de justice et police, sur les mesures prises par un canton au sujet d'un usager de la route pouvant circuler dans un autre canton, (art. 104 de la loi sur la circulation routière); du Conseil fédéral pour les patentes pour les agences d'émigration (art. 2 de la loi fédérale à ce sujet).

D. Le financement de l'exécution du droit fédéral par les cantons

Les cantons mettent leurs agents publics à la disposition de la Confédération pour exécuter les tâches de celle-ci; ils se procurent les biens nécessaires et les locaux indispensables. Bref, les cantons supportent la part principale des frais que comporte l'exécution du droit fédéral. La question se pose, dès lors, de savoir comment les cantons financent l'exécution du droit fédéral par leurs agents.

Nous savons que les cantons ont la souveraineté fiscale, sous réserve du droit fédéral. Nous avons dit quelles limites la Constitution impose aux impôts et contributions cantonaux; nous devons encore découvrir quelles restrictions la souveraineté fiscale des cantons subit du fait des lois fédérales et comment le canton est amené à recevoir des aides fédérales pour l'exécution des tâches que la Confédération lui confie.

a) la gratuité

Nombre de législations fédérales prévoient que le recours aux services cantonaux dans le cadre de l'exécution du droit fédéral sera gratuit.

P. ex., art. 86 de la loi sur les droits politiques; 19 et 178 de l'ordonnance sur l'état civil; 25 de l'ordonnance réglant le placement des enfants; 100 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles; 954 du Code civil; 27 de l'arrêté concernant les mesures contre les abus dans le secteur locatif; 118 de l'ordonnance sur le registre du commerce; 354 du Code pénal; 31 de la loi sur l'entraide pénale internationale; 30 de la loi sur la taxe pour l'exemption du service militaire; 23 de la loi sur les épizooties; 31 de la loi sur le travail dans les fabriques; 6 de la loi sur le service de l'emploi; 85 de la loi sur l'AVS; 30bis de la loi sur l'assurance-maladie et accidents; 100 de la loi sur l'assurance-accidents; 56 de la loi sur l'assurance militaire; 22 de la loi sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes.

Par conséquent, les services rendus par les cantons ne pourront être financés que sur les ressources générales de l'Etat. Aucun émolument ne pourra être prélevé. Tout sera affaire d'impôt cantonal général.

On relèvera, cependant, que, si certaines procédures de recours cantonales sont gratuites selon les dispositions énumérées, cette gratuité n'est acquise que si le recours n'est pas abusif. Il nous paraît aussi conforme à l'esprit des règles en cause que si la gratuité n'est prévue que pour la décision de base, elle vaut aussi pour la décision sur recours et, réciproquement, que la gratuité du recours devrait entraîner la gratuité de la première décision – évidemment sauf règle légale contraire telle que les art. 68 à 85 de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants –.

b) l'exemption d'impôts

Certaines institutions de droit cantonal créées en vue d'exécuter du droit fédéral sont mises au bénéfice d'exemption de tous les impôts fédéraux et cantonaux en vertu de la loi fédérale. Tel est en particulier le cas des caisses d'amortissement selon l'art. 12 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles; des caisses cantonales de compensation de l'AVS selon l'art. 94 de la loi sur l'AVS; des caisses-maladies publiques ou privées selon l'art. 31 de la loi sur l'assurance-maladie et accidents; des établissements et collectivités publics indépendants de l'administration cantonale chargés de gérer les crédits d'investissement et les aides prévues par la loi fédérale sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes.

c) le pouvoir de prélever des contributions

Traitant du droit des cantons à imposer des charges complémentaires aux actes d'exécution des lois fédérales, nous avons

déjà indiqué qu'à notre sens, les cantons, ayant conservé la souveraineté fiscale, peuvent imposer des émoluments, des charges de préférence, voire même des impôts de dotation, en raison même de cette souveraineté, sous réserve de ne pas compromettre l'application du droit fédéral.

La législation fédérale ne paraît, cependant, pas toujours aller en ce sens. En effet, elle prévoit parfois quand les cantons peuvent prélever des émoluments, des taxes, des remboursements de frais, des redevances, des contributions à des frais administratifs, des «contributions équitables» sous forme de charges de préférence. On citera, notamment comme exemples:

– *pour des émoluments:*

les art. 46 de la loi sur la nationalité; 2 et 178 de l'ordonnance sur l'état civil; 99 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles; 954 du Code civil concernant les inscriptions au registre foncier; 19 de la loi sur la concurrence déloyale; 18 de l'ordonnance concernant le casier judiciaire; 31 de la loi sur la taxe d'exemption du service militaire; 14 de l'ordonnance du Tribunal fédéral concernant les demandes d'indemnités formulées en vertu de l'art. 15 de la loi fédérale sur l'expropriation; 8 à 10 de l'ordonnance d'exécution de la loi sur le registre des bateaux; 21 de la loi sur les toxiques; 8 de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires; 18 de la loi sur le commerce du vin; 10 de l'ordonnance d'exécution de la loi instituant une contribution aux frais des détenteurs de bétail de la région de montagne et de la région préalpine des collines; 20 de la loi sur la métrologie; 42 de la loi sur les explosifs;

– *pour des taxes*[94]:

les art. 25 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (prélevées selon le tarif établi par le Conseil fédéral); 9 de l'ordonnance sur la protection des animaux; 34 de la loi sur les stupéfiants; 10 du règlement d'exécution de la loi sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux;

– *pour des remboursements de frais:*

les art. 368 et 373 du Code pénal; 1er de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure pénale administrative; 14 de l'ordonnance du Tribunal fédéral concernant les demandes d'indemnités formulées en vertu de l'art. 15 de la loi fédérale sur l'expropriation; 7 de la loi sur la police des eaux; 23 de la loi sur le registre des bateaux; 17 de l'ordonnance concernant l'exploitation des jeux dans les kursaals; 10 du règlement d'exécution de la loi sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux; 4 de la loi sur le contrôle des fermages agricoles;

– *pour une redevance:*

les art. 41 a) de la loi sur l'alcool; 49 à 51 de la loi sur l'utilisation de la force hydraulique;

[94] Voir au sujet des taxes d'aéroport, ATF 81 I 41, *canton de Genève*.

– *pour une contribution aux frais administratifs:*

l'art. 69 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants;

– *pour une contribution équitable aux frais d'équipement en général:*

l'art. 6 de la loi encourageant la construction de logements.

L'abondance des exemples conduit à se poser la question de savoir si le principe que nous avons énoncé est bien exact ou s'il ne faut pas retenir la règle inverse selon laquelle les cantons ne peuvent faire participer les administrés aux frais de l'exécution d'une loi fédérale que si la législation fédérale les y autorise. L'argument essentiel à l'appui de cette seconde thèse serait qu'il serait illogique que la même prestation fournie par deux cantons ait un coût différent.

Cependant, cet argument ne nous satisfait pas. En effet, d'une part, la législation fédérale prévoit ici la gratuité et là la participation aux frais; dès lors, si elle est silencieuse, nous ne pourrions trancher ni dans un sens ni dans l'autre dans la mesure où les cantons n'auraient que les pouvoirs prévus par le droit fédéral. D'autre part, il est manifeste que, souvent, l'autorité fédérale ne prendra position sur la question du financement par les administrés de l'exécution de droit fédéral que pour éviter de longues discussions cantonales et, parfois même sans doute, avec la connivence des cantons.

d) les tarifs fédéraux

La logique de l'uniformisation du droit des cantons de prélever des émoluments, conduit à des tarifs fédéraux. Ainsi à un même service correspond un même coût pour l'administré, quel que soit le lieu où le service est rendu. On peut penser qu'ainsi l'égalité de traitement des citoyens est respectée devant les charges fédérales et que la situation, pour eux, est financièrement la même que si le service était rendu par des agents fédéraux.

Cette logique n'est cependant qu'apparente. En effet, le montant d'un émolument se définit, notamment, d'après les frais que le service cause à la collectivité, en particulier, les frais de personnel et de logement des services. Il est alors manifeste qu'un émolument identique à Glaris et à Genève ne couvre pas de la même façon les frais de l'administration et que l'égalité des cantons est, elle, en tout cas fort mal respectée.

Mais peut-être s'agit-il là d'un exemple caché de péréquation financière. Quoiqu'il en soit, des tarifs fédéraux ont été établis

en ce qui concerne l'application de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers; le registre des régimes matrimoniaux; le désendettement des domaines agricoles (art. 96 et ss de la loi à ce sujet); le registre du commerce (art. 929 du Code des obligations); la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite; les redevances pour les concessions hydrauliques; les émoluments sur l'homologation des véhicules automobiles (art. 102 de l'ordonnance sur l'admission à la circulation); les émoluments du registre foncier pour l'enregistrement des bateaux (art. 8 à 10 de l'ordonnance d'exécution de la loi sur le registre des bateaux); les émoluments en matière de loi sur les toxiques (art. 21 de cette loi); les émoluments en matière de vérification (art. 20 de la loi sur la métrologie); le contrôle des métaux précieux (art. 34 de la loi sur le contrôle du commerce des métaux précieux) et des explosifs (art. 35 de l'ordonnance sur les explosifs).

e) le paiement des services rendus

La Confédération participe[95] aux frais d'une grande partie du coût imposé aux cantons par l'exécution des tâches fédérales.

La forme de cette participation varie et revêt une douzaine d'aspects. On rencontre:

– des *paiements* à la pièce

art. 5 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur le registre central des étrangers;

– *la gratuité des services fédéraux,*

p. ex., la franchise postale (art. 5 de l'ordonnance sur les droits politiques; art. 180 de l'ordonnance sur l'état civil; art. 47 de l'ordonnance concernant Jeunesse et sports; art. 14 de l'ordonnance sur le recensement fédéral de la population);

– des *subventions* pour tâches particulièrement difficiles à exécuter telles que l'établissement du registre foncier dans les cantons du Tessin, des Grisons et du Valais;

– des *remboursements*

art. 33 de la loi sur l'asile; 374 du Code pénal suisse; 241 et 254 de la loi de procédure pénale fédérale; 98 de la loi sur le droit pénal administratif; 15 de l'ordonnance sur l'enseignement de la gymnastique et des sports dans les écoles professionnelles; 58 de la loi sur la formation professionnelle; 41 de l'ordonnance concernant Jeunesse et sports; 2 et 3 de l'arrêté fédéral concernant le relevé statistique des naissances, décès, mariages, divorces, déclarations de nullité de mariage; 15 de l'ordonnance sur le recrutement; 3 de l'ordonnance concernant l'administration du matériel de guerre; 66 de la loi sur l'agriculture;

[95] La Confédération n'est cependant pas tenue de le faire; comparer Y. HANGARTNER (note 53), p. 168/9.

– des *subventions pour des tâches déléguées*[96]: ces subventions sont réparties conformément à la capacité financière des cantons[97].

On en rencontre aux art. 40 de l'ordonnance concernant Jeunesse et sports; 15 de l'ordonnance sur l'instruction en matière de défense générale; 69 de la loi sur la protection civile; 29 de la loi sur l'aménagement du territoire; 33 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution; 32 de la loi sur les épidémies; 14 de la loi sur la lutte contre la tuberculose; 9 de la loi sur les prestations complémentaires; pour l'ensemble des activités prévues par l'ordonnance concernant l'établissement des surfaces agricoles utiles dans les communes n'ayant pas été l'objet d'une mensuration cadastrale; ainsi que dans toute une série de dispositions concernant l'agriculture;

– des *indemnisations forfaitaires;*

art. 9 de l'ordonnance sur le recensement fédéral de la population en 1980; art. 158 de la loi sur l'organisation militaire; art. 5 de l'ordonnance concernant l'équipement des troupes; art. 84 du règlement d'exécution de l'arrêté du Conseil fédéral concernant un impôt fédéral sur les boissons;

– des *prises en charge d'amortissements ou d'intérêts*

notamment en ce qui concerne l'outillage des arsenaux selon les art. 2 et ss de l'ordonnance concernant la fourniture, le service des intérêts et l'amortissement de l'outillage des arsenaux cantonaux;

– une *documentation gratuite,*

en particulier en ce qui concerne les documents de la protection civile à utiliser par les cantons selon l'art. 45 de l'ordonnance sur les contrôles dans la protection civile;

– des *participations aux frais* de construction des routes

notamment des routes nationales selon les art. 56 de la loi et 42 et ss de l'ordonnance à ce sujet;

– des *prises en charge des frais* par la Confédération

notamment en ce qui concerne l'examen, la surveillance, l'isolement, la vaccination et le traitement des voyageurs internationaux selon l'art. 33 de la loi sur les épidémies;

– de *mises à disposition de fonds*

sous forme de prêts selon l'art. 20 de la loi sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes.

[96] De telles subventions sont indispensables, à défaut, en effet, les cantons faibles n'appliqueraient pas le droit fédéral. Pour un ex., de «subvention» par la mise à disposition de personnel, R. GERMANN, Vollzugsföderalismus in der Schweiz, dans: Die Verwaltung, 1976, p. 240 et 241; voir aussi A. KÖLZ (note 77), p. 363.

[97] Voir p. 147.

Sous réserve des subventions pour l'exécution de tâches confiées, les paiements de la Confédération sont forfaitaires et identiques. En revanche, pour ces subventions, la participation fédérale est déterminée en fonction de la capacité financière des cantons; il en résulte donc que la part des frais supportés par la Confédération sera d'autant plus grande que le canton sera pauvre.

A première vue, une telle solution est juste. On sait cependant que plus la Confédération subventionne, plus elle a, au moins de fait, un mot à dire sur la manière dont son argent est utilisé et plus le contrôle exercé est étroit.

f) les prestations des cantons

Ayant montré les financements dont le canton peut bénéficier, il faut mettre en regard les prestations que les cantons doivent fournir à la Confédération, à part la mise à disposition de biens immobiliers et de personnel cantonal. Il est évident que ces prestations font partie du coût du fédéralisme et qu'elles ne sont pas inventoriées dans les flux financiers entre la Confédération et les cantons.

On citera notamment les prestations suivantes:

– *fournitures gratuites*

art. 24 de l'ordonnance sur l'acquisition des immeubles par les étrangers; 10 de l'ordonnance sur les mensurations cadastrales; 85 de la loi sur les brevets d'invention; 354 du Code pénal (entraide pénale); 27 de la loi sur la procédure pénale fédérale (sauf les expertises, les témoins, les aménagements de locaux et les frais d'entretien en prison préventive); 265 de la loi de procédure pénale fédérale (communication gratuite des jugements, prononcés administratifs et non-lieux en matière pénale au Ministère public fédéral); 4 de l'ordonnance concernant l'administration du matériel de guerre (fourniture de locaux, bureaux, ateliers et magasins pour l'équipement militaire); 32 de la loi sur le timbre, 4 de l'arrêté du Conseil fédéral sur l'impôt sur le chiffre d'affaires, 36 de la loi sur l'impôt anticipé, 24 de la loi sur la taxe militaire (entraide fiscale); 60 de la loi sur la navigation intérieure; 8 de la loi réglant l'observation de la conjoncture et l'exécution d'études sur la conjoncture; 10 de la loi sur les demandes d'indemnisation envers l'étranger.

– *la couverture des frais*

art. 4 et 8 de l'ordonnance sur les droits politiques; 13 de l'ordonnance sur le recensement fédéral de la population en 1980; 9 de l'ordonnance sur les relevés à titre d'essai destinés à une statistique pénitentiaire; 3 de la loi concernant les relevés statistiques sur les écoles; 7 de l'ordonnance réglant le recours à des moyens militaires en cas de catastrophes dans le pays; 10 de l'ordonnance réglant l'utilisation des cartes fédérales et des plans cadastraux; 19 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant les noms des lieux, des communes et des gares;

45 de l'ordonnance sur le contrôle dans la protection civile; 138 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct; 36 et 65 de la loi sur l'agriculture;

– *une responsabilité subsidiaire du canton* pour les détournements de contributions ou de subventions fédérales:

selon les art. 22 de la loi sur l'aide aux investissements dans les régions de montagne; 89 de la loi sur l'agriculture (améliorations foncières); 20 et 24 de la loi sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes; 12 de l'ordonnance d'exécution de la loi instituant une contribution aux frais de détenteurs de bétail dans la région de montagne et dans la région préalpine des collines; 9 de l'ordonnance concernant l'assurance contre les accidents professionnels et la prévention des accidents dans l'agriculture; 5 et 6 de la loi concernant des crédits d'investissement pour l'économie forestière en montagne; 5 de l'arrêté fédéral instituant une aide financière en faveur des régions dont l'économie est menacée.

E. La collaboration, l'entraide et le règlement des conflits

Nous savons que la Confédération peut seule régler de façon obligatoire les conflits de lois et de juridictions entre les cantons; elle a le pouvoir de trancher lorsque le conflit est né. Mais elle peut et doit aussi souvent prévenir des conflits en définissant les compétences de chaque canton. Elle doit et peut aussi imposer des principes et des règles sur l'entraide entre les cantons.

Il ne servirait, en effet, à rien d'avoir unifié le droit fédéral, si l'on ne savait quel canton peut régler telle ou telle affaire, s'il suffisait de passer une frontière cantonale pour que le nouveau canton soit obligé de reprendre dès le commencement une procédure fédérale déjà entamée par l'administré ou contre celui-ci. Des règles fédérales sont indispensables à ce sujet puisque la compétence d'exécuter la loi fédérale appartient aux cantons et que ceux-ci sont maîtres chez eux de manière exclusive vis-à-vis des autres cantons.

De même, les cantons doivent fournir une aide à la Confédération et celle-ci doit les assister.

Enfin, la collaboration des services à l'intérieur d'un même canton doit être organisée. On ne verrait, en effet, guère que le droit cantonal régisse seul le secret de fonction au sein de l'administration cantonale lorsque les fonctionnaires appliquent du droit fédéral. Il ne serait guère concevable non plus, p. ex., que, selon les cantons, des infractions administratives pouvant faire l'objet de sanctions pénales doivent ou simplement puissent être signalées à l'autorité pénale.

a) le règlement des conflits

Les conflits dont nous traitons ici ne peuvent être que des conflits de compétence, puisque le droit de fond applicable est unifié. Seule se pose donc la question de savoir qui agit et comment. Bien entendu, en principe, les cantons pourraient conclure des concordats à ce sujet (cela s'est d'ailleurs produit dans des cas assez limités). Bien sûr aussi, on pourrait attendre que la question soit soulevée devant le Tribunal fédéral par un autre canton ou par un particulier. Mais ces formules ne sont pas satisfaisantes: il faut trouver des solutions plus efficaces.

Ainsi, alors qu'en matière de droit privé, les règles sur les conflits de juridiction se trouvent dans la Constitution (art. 59 et 61) et dans le Code civil et le Code des obligations, en droit public, on distingue trois types de règles concernant les conflits intercantonaux de compétence: les règles concernant la compétence en matière pénale (règles de for); celles visant la compétence pour prendre des mesures administratives; et celles – ce sont d'ailleurs les plus nombreuses – attribuant la compétence pour prendre des décisions administratives.

On trouve des *règles de compétence pénale* à l'art. 24 de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers; 49 de la loi sur les droits d'auteur; 28 de la loi sur les marques de fabrique; 27 de la loi sur les modèles et dessins industriels; 75 de la loi sur les brevets d'invention; 344, 346 à 351 et 372 du Code pénal; 29 de l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles; 200 du règlement de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants; 40 du règlement de l'assurance-invalidité; 30bis de la loi sur l'assurance-maladie et accidents; 107 de la loi sur l'assurance-accidents, 55 de la loi sur l'assurance militaire, 48 et ss de la loi sur les loteries et paris professionnels.

On citera comme exemple de *compétences* pour prendre des *mesures administratives* les art. 16 du règlement sur le séjour et l'établissement des étrangers; 3 de l'ordonnance d'application du Code pénal; 7 de la loi sur l'aménagement du territoire.

Enfin, on citera comme simples *répartitions des compétences* en matière *administrative:* les art. 14 de la loi sur l'asile; 13 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur les passeports; 11 de l'arrêté fédéral concernant l'acquisition d'immeubles par les étrangers; 376 du Code civil; 77 et 113 de l'arrêté du Conseil fédéral pour la perception d'un impôt fédéral direct; 30 de la loi sur l'impôt anticipé; 23 de la loi sur la taxe d'exemption du

service militaire; 6 de la loi sur la police des eaux; 6, 15 et 38, 52, 68 de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques; 22, 57bis, 105 de la loi sur la circulation routière; 9 de la loi sur le registre des bateaux; 58, 61 et 62 de la loi sur la navigation intérieure; 9 de la loi sur les épidémies; 14 à 18 et 20 à 23 de la loi sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin; 54 de la loi sur les épizooties; 4 de la loi sur la pêche.

b) l'entraide entre la Confédération et les cantons

Il va sans dire que toute l'exécution de la législation fédérale par les cantons nécessite une collaboration entre la Confédération et ceux-ci: respecter les circulaires, organiser les autorités et les procédures, aider la Confédération à exercer son contrôle, fournir des biens et du personnel, tout cela fait partie de la coopération entre la Confédération et les cantons.

Lorsque nous avons établi la catégorie particulière dont nous traitons maintenant, nous avons pensé à d'autres situations. Il s'agit du devoir des cantons d'exécuter des décisions fédérales prises par des autorités fédérales: une décision du Conseil fédéral, un arrêt du Tribunal fédéral ne sont rien de concret, s'ils ne peuvent être exécutés au besoin par la force. Or, la Confédération ne dispose pas de la force publique. En l'absence de tout devoir de collaborer, des esprits chicaniers pourraient prétendre qu'un jugement fédéral n'est exécutoire qu'après qu'il a été déclaré tel dans le canton. C'est la solution du droit international; c'est la solution dans le droit d'une véritable Confédération. Ce ne peut être la solution en droit fédéral, mais cela va peut-être mieux étant dit.

De même, la Confédération n'a pas de police judiciaire. Elle possède des enquêteurs mais ceux-ci n'ont pas, toujours en raison du fédéralisme, un pouvoir de contrainte directe. Ils ne peuvent obliger un administré qu'avec l'aide de la police judiciaire cantonale ou communale. Ici encore, il faut une collaboration du canton.

Enfin, souvent, une décision fédérale ne peut être prise qu'après une procédure à laquelle le canton a coopéré. Il faut que la Confédération et le canton se soient fournis les renseignements utiles à une décision raisonnable et coordonnée.

On citera à titre d'exemples outre les instructions judiciaires pour lesquelles l'autorité fédérale est démunie et l'exécution de jugements fédéraux pour lesquelles elle dépend des cantons:

les art. 18 (acte d'instruction), 39 (exécution) de la loi d'organisation judiciaire fédérale; 43 de la loi sur la procédure administrative; 77 de la loi sur la procédure civile fédérale; 352, 354 et 374 du Code pénal; 30 du Code pénal militaire; 17 et 240 de la loi de procédure pénale fédérale; 20, 30, 58, 73 et 90 de la loi concernant le droit pénal administratif.

De manière plus générale, concernant la collaboration, on citera:

les art. 16 de la loi sur le contrôle fédéral des finances; 140 de la loi fédérale sur les douanes; 32 de la loi sur le droit de timbre; 4 de la loi sur l'impôt sur le chiffre d'affaires; 90 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant l'impôt fédéral direct; 36 et 67 de la loi sur l'impôt anticipé; 24 de la loi sur l'exemption du service militaire; 7 de la loi sur l'aménagement du territoire; 10 et 13 de la loi sur les routes nationales; 60 de la loi sur la navigation intérieure; 100 de la loi sur la navigation aérienne; 3 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution; 14 de la loi sur la lutte contre la tuberculose; 15 et ss de l'ordonnance générale de la loi sur le travail; 93 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants; 10 de la loi sur les demandes d'indemnisation envers l'étranger.

c) la collaboration intra-cantonale

L'obligation faite aux autorités d'un même canton de coopérer en vue d'une meilleure information réciproque et en vue d'une plus grande efficacité dans l'application du droit fédéral est, nettement, une ingérence dans la liberté d'organisation des cantons. Elle est néanmoins inévitable et indispensable au bon fonctionnement de la législation fédérale: le fédéralisme ne saurait être la consécration d'un droit à la mauvaise exécution du droit fédéral.

Le devoir de collaborer revêt, le plus souvent, la forme d'une obligation de transmettre des documents ou des listes. Il va de soi que dès qu'un tel devoir existe, il n'y a plus de secret de fonction dans les relations entre les services tenus de collaborer.

On citera comme exemples:

La collaboration des officiers d'état civil avec les chefs de section, avec les autorités de tutelle, avec les organes de l'AVS (art. 126, 125, 127a) de l'ordonnance sur l'état civil); l'obligation des juges et des administrations de communiquer à l'état civil tous les actes affectant celui-ci (art. 130 à 132 de l'ordonnance sur l'état civil); l'obligation du conservateur du registre foncier de collaborer avec les autorités chargées de l'application de la loi sur le désendettement des domaines agricoles (art. 3 et 7 de cette loi); le devoir des tribunaux de communiquer les jugements pouvant être inscrits au casier judiciaire à l'autorité qui tient celui-ci (art. 2 de l'ordonnance sur le casier judiciaire); la collaboration entre le contrôle de l'habitant et l'office communal de la protection civile (art. 35 de l'ordonnance sur le contrôle dans la protection civile); la collaboration entre le contrôle de l'habitant et l'autorité militaire cantonale ainsi que l'office communal de protection civile (art. 36 et 37 de la même ordonnance); la collaboration des autorités de taxation, de perception et de

recours en matière d'impôt fédéral direct (art. 70 de l'arrêté du Conseil fédéral); la collaboration des autorités militaires et fiscales en matière de taxe militaire (art. 24 de la loi sur la taxe pour l'exemption du service militaire); l'obligation de la police et des autorités pénales de collaborer avec les autorités chargées de sanctions administratives (art. 104 de la loi sur la circulation routière et 123 de l'ordonnance sur l'admission à la circulation); l'obligation de la police de collaborer avec les autorités administratives pour le contrôle périodique des véhicules (art. 83 de l'ordonnance sur la construction et l'équipement des véhicules à moteur); l'obligation de la police et des autorités de poursuite de collaborer avec les autorités administratives (art. 60 de la loi sur la navigation intérieure); la collaboration entre le service de l'emploi, la police des étrangers, les services de protection des travailleurs en vue de combattre le chômage (art. 7 du règlement d'exécution de la loi sur le service de l'emploi); la collaboration entre les autorités administratives, les autorités judiciaires et les autorités compétentes en matière d'AVS pour l'application de celle-ci (art. 93 de la loi à ce sujet); la collaboration de tous les services cantonaux (art. 42 de la loi sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes); la collaboration de la police cantonale et municipale avec les organes de contrôle (art. 12 du statut du vin); la collaboration entre le service phyto-sanitaire cantonal et le service de la protection de la nature (art. 22 de l'ordonnance sur la lutte contre le pou de San José); la collaboration entre les services administratifs concernant les mesures administratives et les juges pénaux (art. 46 du statut du lait); la collaboration des organes de police en général et de la police des épizooties, de la pêche, de la chasse, de la police du lait (art. 8 de l'ordonnance de la loi sur les épizooties); la collaboration de la police cantonale et communale avec les services phyto-sanitaires forestiers et les services d'exécution de la loi sur la pêche (art. 20 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la protection des forêts et 45 de la loi sur la pêche).

d) l'entraide intercantonale

L'entraide intercantonale est l'un des moyens de remédier aux inconvénients d'une exécution décentralisée du droit fédéral. Au lieu que des collègues d'un même bureau ou d'un même service aient des dossiers communs, les homologues cantonaux se prêtent assistance mutuelle.

Comme, cependant, les cas où des décisions administratives peuvent avoir des effets hors de la sphère de la compétence d'une autorité administrative cantonale sont relativement rares en raison du principe de la territorialité du droit administratif, les cas de collaboration intercantonale ne sont pas très fréquents. Ils visent l'instruction et l'exécution de mesures ou de sanctions administratives ou pénales; ils règlent les conséquences d'un changement de domicile ou d'une divergence entre le lieu du domicile et le lieu où a été commis un acte répréhensible. Ils ont aussi pour objet la nécessaire coordination des situations frontalières.

A titre d'exemples, on peut citer

les art. 16 du règlement de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers; 22 de l'ordonnance concernant la surveillance sur les intermédiaires en adoption; 18 de l'arrêté fédéral sur l'acquisition des immeubles par les étrangers; 352 à 356 du Code pénal; 22 de l'ordonnance concernant le casier judiciaire; 65 de la loi sur la formation professionnelle; 70 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct; 36 de la loi sur l'impôt anticipé; 38 du règlement concernant la taxe d'exemption du service militaire; 7 de la loi sur l'aménagement du territoire; 23 et 57bis de la loi sur la circulation routière; 125 de l'ordonnance concernant l'admission à la circulation; 20 de l'ordonnance concernant la déclaration des maladies transmissibles de l'homme; 29 de l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles; 52 de l'ordonnance concernant les prestations complémentaires; 29 de la loi sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin.

F. Les moyens d'action des cantons

Nous appelons moyens d'action des cantons, outre les moyens en personnel, les pouvoirs dont les cantons doivent bénéficier pour donner effet au droit fédéral. Il ne s'agit pas simplement du pouvoir de décider, mais bien du pouvoir de prendre des mesures pour que l'application du droit fédéral soit effective. En effet, il ne suffit pas, pour satisfaire au droit fédéral, que l'autorité cantonale compétente puisse décider selon une procédure correcte, il faut encore qu'elle ait les moyens d'action nécessaires pour faire respecter le droit fédéral.

a) des agents publics

1. quant au choix

Les cantons sont maîtres de recruter les agents qu'ils affecteront à l'exercice des tâches fédérales. Mais cette liberté est loin d'être totale. En effet, la Confédération peut exiger que le personnel désigné soit qualifié pour accomplir les tâches prévues: un médecin cantonal doit avoir un titre reconnu par la Confédération, un commandant d'arrondissement doit être un officier supérieur. Ainsi, les conditions d'éligibilité des agents cantonaux chargés de gérer une tâche fédérale sont souvent définies par les autorités fédérales. Si celles-ci ne participent pas à la rédaction du cahier des charges de chaque fonctionnaire intéressé, elles en ont défini d'avance une partie, au moins dans les cas les plus importants.

Parfois, en revanche, le droit fédéral indique expressément que le canton a le pouvoir de procéder à certaines nominations,

p. ex., en ce qui concerne les commandants d'arrondissement et les officiers des unités militaires que les cantons forment (art. 152 et 156 de la loi d'organisation militaire); les officiers de l'état civil (art. 40 du Code civil); les fonctionnaires du Registre foncier (art. 953 du Code civil); les instructeurs, les directeurs de cours et les instructeurs cantonaux de protection civile (art. 10 de l'ordonnance sur le personnel d'instruction de la protection civile dans les cantons); le personnel du service cantonal d'inspection et de consultation en matière d'économie laitière (art. 6 de l'ordonnance sur le service d'inspection et de consultation en matière d'économie laitière).

Dans un cas enfin, la nomination des agents cantonaux est soumise à une approbation fédérale:

le département fédéral des finances approuve le choix des essayeurs selon l'art. 8 du règlement d'exécution de la loi sur le contrôle des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux.

2. quant aux conditions d'emploi

En principe, les agents cantonaux sont régis par les règles applicables à la fonction publique cantonale. Ce principe fait néanmoins l'objet de plusieurs exception: le secret de fonction est prévu ou rappelé dans certains domaines,

p. ex., aux art. 71 de l'arrêté du Conseil fédéral sur la perception d'un impôt fédéral direct; 15 de la loi sur les stupéfiants; 6 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution; 29 de la loi sur les toxiques; 24 de l'ordonnance sur le contrôle des viandes; 44 de la loi sur le travail; 38 de la loi sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux.

Ailleurs, les agents ont l'obligation de suivre régulièrement des cours de perfectionnement (p. ex., art. 37 de la loi sur la formation professionnelle) ou des cours de formation organisés par le canton (art. 20 et ss de l'ordonnance sur le contrôle des viandes; art. 4 à 6 de la loi sur les épizooties; art. 29 de la loi sur la pêche).

3. quant à la responsabilité

Plusieurs règles de droit fédéral régissent la responsabilité des agents publics cantonaux envers les tiers. Cette responsabilité est unifiée dans toute la Suisse quelle que soit la réglementation applicable au reste de la fonction publique cantonale.

On peut aujourd'hui s'interroger sur cette unification et sur sa nécessité. En effet, en droit comme en fait, dans la plupart des cantons, les membres de la fonction publique n'ont plus aucune responsabilité pécuniaire directe envers les tiers. Le régime est

celui de la responsabilité du canton. Si l'on comprend bien la nécessité de prévoir des règles fédérales dans le passé, lorsque le Code des obligations s'appliquait et que son art. 61 prévoyait en principe une responsabilité exclusive du fonctionnaire, ce n'est peut-être plus indispensable aujourd'hui. Il s'agit sans doute d'une survivance de temps révolus.

On relèvera néanmoins à titre d'exemples: les art. 42 du Code civil (officier d'état civil), 426 à 430 du Code civil (tuteur et autorité de tutelle); 928 du Code des obligations (préposé, autorités de surveillance du registre du commerce); 5 de la loi sur la poursuite et la faillite (préposés et les fonctionnaires des offices); 80 de l'ordonnance sur la protection civile concernant les comptables des organismes de protection civile; 12 de la loi sur la navigation maritime en ce qui concerne la responsabilité du conservateur du registre foncier de Bâle-Ville.

4. la double autorité

Sur un plan, il est vrai, assez théorique, la question peut se poser de savoir comment concilier la position d'un agent public cantonal par rapport à une autorité hiérarchique cantonale et celle du même agent par rapport à une autorité fédérale responsable, au niveau fédéral, de la tâche à accomplir par cet agent.

Il n'est pas douteux que la carrière, l'emploi et les devoirs de fonction d'un tel agent sont régis par le droit cantonal et que les agents cantonaux sont dans une relation hiérarchique avec leurs supérieurs cantonaux. En tant que tels, ceux-ci ont un pouvoir d'instruction, de surveillance et d'évocation envers les subordonnés. L'agent qui ne respecte pas les ordres reçus peut faire l'objet de sanctions.

Mais l'agent cantonal, dans son activité, est de fait soumis aux circulaires de l'autorité fédérale et doit obtempérer aux ordres qu'il reçoit «de Berne» quant à la manière d'accomplir sa tâche.

On pourrait ainsi penser que l'agent cantonal est soumis à deux pouvoirs hiérarchiques: l'un portant sur les activités de substance (pouvoir fédéral) et l'autre sur sa fonction (pouvoir cantonal).

Si l'on voulait être moins «pessimiste», on pourrait dire que l'agent cantonal est soumis à une hiérarchie cantonale et à une surveillance fédérale.

Le problème difficile est, évidemment, de savoir comment résoudre les conflits ou les divergences d'appréciation entre le supérieur cantonal et le supérieur fédéral. Si l'agent mécontente l'un, sa carrière peut être compromise, s'il ne satisfait pas

l'autre, son contrôle deviendra plus pesant. Il s'agit du problème classique de la double ligne d'autorité.

La solution idéale serait, à l'évidence, que le problème ne puisse pas surgir. A cette fin, la législation fédérale ne devrait confier des tâches d'exécution qu'aux cantons eux-mêmes et non pas à des services ou encore moins à des individus. Ainsi, l'autorité fédérale s'adresserait toujours au Conseil d'Etat à charge pour celui-ci de prendre les responsabilités cantonales.

C'est là la solution classique recommandée par la doctrine[98].

Nous savons cependant que ce n'est pas toujours la solution retenue dans les lois fédérales. Nous savons aussi que, dans la réalité, des amitiés et des liens se créent entre agents cantonaux et fédéraux chargés – dans leur ensemble – de l'exécution du droit fédéral.

Dès lors, le conflit existe et doit être résolu. P. ex., un agent cantonal estime qu'une dérogation ne se justifie pas dans le cadre de l'acquisition d'un immeuble par un étranger. Il a l'accord de l'autorité fédérale. Néanmoins le Conseil d'Etat estime qu'une dérogation doit être accordée. La notion à interpréter est bien entendu indéterminée. Est-il évident que la volonté technique d'un fonctionnaire fédéral à Berne doive l'emporter sur la volonté politique d'un homme politique conscient des besoins de son canton? En cas de désaccord, est-ce vraiment toujours au Tribunal fédéral de trancher?

Ici encore, il nous paraît que la solution doit être recherchée dans un principe fédéraliste. Oui, le droit fédéral doit être unifié; oui, l'activité fédérale doit faire en sorte que la pratique soit uniforme; oui, l'agent cantonal doit coopérer à ce but. Mais, non, l'unification ne doit pas être complète lorsque le droit fédéral a prévu des règles comportant un pouvoir discrétionnaire (sous réserve de l'abus et de l'excès, voire même du détournement de ce pouvoir), non, l'unification ne doit pas être totale, lorsque des normes juridiques imprécises laissent à l'autorité – et doivent laisser à l'autorité – un pouvoir d'appréciation.

Si l'on préfère s'exprimer autrement, il n'est pas douteux que face à une règle technique relevant de l'administration liée et ne laissant que peu de latitude d'appréciation, le fonctionnaire cantonal suivra l'instruction fédérale et tiendra tête à son

[98] W. BURCKHARDT (note 36), p. 740; M. BRIDEL (note 2), p. 180; Z. GIACOMETTI (note 13), p. 129; Y. HANGARTNER (note 47), p. 88; A. KÖLZ (note 77), p. 363.

supérieur hiérarchique cantonal. Si, en revanche, la règle est discrétionnaire ou si son application fait appel à une forte dose d'appréciation, l'agent cantonal obtempérera à son supérieur hiérarchique qui prendra la responsabilité politique (puisqu'il s'agit d'opportunité) de la décision.

Nous avons ainsi rejoint le principe déjà énoncé selon lequel le canton n'est, en règle générale, pas un service administratif de la Confédération mais est une entité indépendante dotée de l'autonomie même lorsqu'il exécute du droit fédéral.

b) le devoir cantonal de surveillance

Le canton est désigné par le droit fédéral comme autorité de surveillance à trois titres:

En premier lieu, par un abus de langage, on peut dire que l'autorité cantonale supérieure est une autorité de surveillance sur l'ensemble de l'application du droit fédéral dans le canton. Il y a là un certain abus de langage dans la mesure où, dans ce contexte, si l'autorité cantonale exerce la surveillance sur les communes et les autres institutions décentralisées de droit public cantonal chargées de tâches fédérales, elle a un pouvoir hiérarchique sur ses propres agents et sur les services dépourvus d'indépendance ou d'autonomie. Il s'agit là en effet du pouvoir général de surveillance résultant de la structure étatique.

En second lieu, le droit fédéral a confié à l'autorité cantonale l'obligation de surveiller plusieurs activités privées: la surveillance est alors une véritable tâche de police dans la mesure où la police générale concernant le domaine en cause relève de la Confédération mais est exercée par le canton.

On citera à titre d'exemples:

les art. 24 de la loi sur la formation professionnelle; 5 de la loi sur la gymnastique et les sports; 18 de la loi sur la protection des animaux; 9 de la loi sur la protection civile; 17 de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques; 43 de la loi sur les installations de transport par conduites; 75 de l'ordonnance générale de la loi sur le travail; 16 de la loi sur le service de l'emploi; 20 de la loi sur la pêche; 13 de la loi sur la métrologie; 28 de la loi sur les explosifs.

En troisième lieu, la législation fédérale oblige les cantons à organiser, en plus de leur pouvoir général de surveillance, des instances de surveillance sur les agents cantonaux chargés d'exécuter des tâches fédérales. Il ne s'agit pas alors d'un contrôle d'une institution par une autre, mais d'un véritable contrôle d'un service administratif par un autre. On citera notamment

les autorités de surveillance de l'état civil (art. 18 de l'ordonnance sur l'état civil); sur le registre foncier (art. 956 du Code civil); sur les autorités de tutelle (art. 361 du Code civil); sur le registre du commerce (art. 3 de l'ordonnance sur le registre du commerce); sur les offices de poursuite (art. 14 de la loi sur la poursuite et la faillite); sur les inspectorats des viandes (art. 6 et 7 de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires).

La surveillance cantonale est un acte qui va de soi dans la mesure où le canton est bien chargé de mettre en œuvre le droit fédéral. La surveillance est un trait caractéristique de la structure de l'Etat lorsque celle-ci se décentralise. On ne saurait l'ignorer, lorsque le canton exécute, de façon autonome, le droit fédéral.

On relèvera cependant, que la surveillance cantonale implique que, souvent, l'administré pourra ou devra s'adresser à l'autorité cantonale de surveillance avant de saisir une autorité fédérale.

On aboutit ainsi à ce que deux instances cantonales devraient se prononcer sur une question avant qu'une instance administrative fédérale puisse être saisie. Ceci signifie donc que, sauf disposition contraire, aucun recours ne sera dans ces cas ouvert à une autorité fédérale autre que le Tribunal fédéral contre la décision cantonale de première instance. Il nous paraît que cette situation est bien celle qui résulte de l'art. 98 g OJF.

c) le droit de recours d'une autorité administrative cantonale

Un droit de recours peut avoir pour fin de permettre la solution d'un litige. En droit public, l'Etat n'a pas besoin d'un droit de recours dans un tel but: il a le pouvoir de décider. Un droit d'action judiciaire, peut, lui, être en revanche nécessaire, p. ex., pour faire respecter ses compétences (art. 83 OJF).

Un recours peut avoir pour fin de protéger l'individu ou de faire avancer la science juridique. Ces soucis n'interviennent pas en matière d'exécution du droit fédéral par les cantons.

Enfin, un recours peut avoir pour but de faire respecter le droit objectif. Une autorité peut bénéficier d'un droit de recourir à cette fin contre les décisions d'une autre autorité. Le recours est, alors, comme on dit, formé «dans l'intérêt de la loi».

Un tel recours ne peut qu'être exceptionnel[99]. Les tribunaux n'ont pas pour tâche de trancher des litiges entre des autorités sans que les administrés y soient intéressés. En effet, de tels

[99] Sur la clarté nécessaire de la règle accordant un tel droit de recours, voir ATF 105 Ib 32 *Département de Justice et Police du canton de Genève.*

recours ont un aspect paradoxal: deux autorités, bien sûr égales entre elles, disputent d'un point de droit en présence d'un administré alors même que celui-ci n'a aucun intérêt au litige puisqu'il est, par hypothèse, quant à lui, satisfait de la décision contestée. Il n'a pas déposé de recours, mais il subira le résultat des recours de l'autorité.

Quoi qu'il en soit de ce paradoxe, à quelques reprises, le droit fédéral a conféré à une autorité cantonale – le plus souvent à l'exécutif – la qualité pour recourir contre des décisions d'autorités cantonales indépendantes. Ces recours s'ajoutent aux recours ouverts aux autorités fédérales dans des cas analogues.

On retiendra p. ex., les recours au Tribunal fédéral accordés à certaines communes selon l'art. 52 et la loi sur la nationalité; aux communes et aux cantons selon l'art. 34 de la loi sur l'aménagement du territoire; à l'exécutif selon l'art. 24 de la loi sur la circulation routière; à l'autorité cantonale selon l'art. 102 de la loi sur l'assurance-chômage.

Si les cantons peuvent plaider contre la Confédération – mais pas au sujet de la validité des lois fédérales – devant le Tribunal fédéral en réclamation de droit public (art. 83 OJF) ou en action de droit administratif (art. 116 OJF), ils ont aussi pouvoir de saisir le Conseil fédéral de quelques recours dans des cas particuliers. La singularité de ces recours est qu'ils sont dirigés contre des décisions fédérales prises dans le cadre de lois fédérales attribuant certaines compétences aux cantons.

On signalera p. ex., les recours du Conseil d'Etat contre le département fédéral de justice et police au sens de l'art. 51 de la loi sur la nationalité; le recours du canton contre le département de justice et police contre l'opposition à celui-ci au changement d'un nom de lieu selon l'art. 4 de l'arrêté concernant les noms des lieux, des communes et des gares; le droit d'objection du canton et des communes contre les conclusions des experts pour les autorisations générales concernant les centrales nucléaires ainsi que le droit de recours conformément à la loi sur la procédure administrative selon l'art. 7 de l'arrêté fédéral concernant la loi sur l'énergie atomique; le recours prévu à l'art. 17 de l'ordonnance sur les téléphériques servant au transport de personnes sans concession fédérale et sur les téléskis.

Ces recours sont des moyens mis à la disposition des cantons pour défendre leur autonomie comme pour permettre à une autorité fédérale de trancher des divergences d'interprétations cantonales du droit fédéral.

d) les pouvoirs de contrainte

Une règle de droit valable n'est suivie d'effets que si elle est concrétisée par une décision valable. Mais il faut encore qu'une telle décision soit exécutoire et surtout qu'elle soit exécutée.

Pour qu'une décision puisse être prise, il faut que l'autorité bénéficie de la collaboration des particuliers qui lui donnent les éléments de fait nécessaires à la prise de la décision. L'autorité doit pouvoir vérifier que les faits annoncés sont exacts. Elle doit avoir un pouvoir d'inspection. Il va de soi que si la décision est prise à la demande d'un administré, l'autorité n'aura que peu besoin d'un tel pouvoir puisque, si l'administré ne fournit pas les informations requises de manière satisfaisante pour l'autorité, la demande ne sera même pas prise en considération.

En revanche, si l'autorité veut ou doit prendre une décision d'office et si une inspection est nécessaire, le pouvoir de procéder à une inspection sur les lieux devrait être compris dans le pouvoir que le droit donne à l'autorité de prendre une décision. Bien entendu, une inspection n'aura lieu que si elle est nécessaire. Elle n'aura que la portée indispensable à la prise de la décision. Ce sont là des conséquences du principe de la proportionnalité. Il ne nous paraît dès lors pas nécessaire, que, dans la seule et unique hypothèse où l'inspection ne porte pas une atteinte grave à la sphère privée du citoyen, le pouvoir d'inspecter soit prévu expressément par la loi: il est implicite à celle-ci. Il va de soi néanmoins que la loi peut le réduire et peut en fixer les modalités et qu'elle doit réglementer les cas où l'inspection est une atteinte grave à la liberté personnelle ainsi qu'à la propriété privée.

De même, à notre sens, le pouvoir d'exercer une contrainte directe – l'exécution «manu militari» – ou de procéder à une exécution par substitution est compris dans le pouvoir de prendre une décision exécutoire, sauf atteinte grave à la liberté personnelle ou à la propriété privée.

C'est pourquoi, il nous paraît vain de nous interroger sur la question de savoir si un canton exécutant du droit fédéral exerce un pouvoir de contrainte tirant sa source dans le droit fédéral (en raison du lien avec la tâche à exécuter) ou si le canton tire le droit d'exercer la contrainte du seul fait qu'il exécute une loi et n'est pas limité dans sa souveraineté par les lois fédérales à ce sujet (principe du fédéralisme).

En revanche, les cas où une atteinte grave est portée à la liberté personnelle ou à la propriété privée devraient être prévus

dans la loi fédérale: on ne voit pas un canton exécuter une loi fédérale avec des moyens de contrainte graves différents de ceux mis en œuvre dans le canton voisin.

Les lois fédérales ont parfois ainsi défini la pouvoir de contrainte des cantons,

p. ex., art. 6 et 7 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution; 21 de la loi sur les épidémies; 38 de la loi sur la chasse et la protection des oiseaux; 30 et 31 de la loi sur la pêche; 32 de la loi sur les explosifs.

e) le pouvoir de sanction

Nous classons les sanctions de la violation d'une règle de droit public en sanctions pénales, sanctions d'ordre et sanctions administratives. Parmi ces dernières, nous retenons principalement la révocation/sanction; la révocation/sanction est une mesure punitive de la violation d'une règle générale; elle se distingue de la révocation ordinaire qui consiste à retirer une décision parce que les conditions légales qui ont justifié sa naissance ou autorisent son maintien ne sont plus réunies.

La révocation ordinaire est prononcée sans que la loi ne la prévoie. Elle va de soi: celui qui ne remplit pas ou plus les conditions d'application d'une règle ne peut continuer à en bénéficier, hors le cas d'une règle contraire.

En revanche, les sanctions de la violation du droit ne peuvent être prononcées que si la loi les prévoit. Ceci signifie que les cantons ne peuvent infliger des sanctions pour la violation du droit fédéral que si ces sanctions ont une base légale.

Cette base légale doit-elle être fédérale ou peut-elle être cantonale? La solution nous paraît claire: les sanctions doivent être prévues par la loi fédérale de substance. En effet, la sanction est un élément essentiel – au moins – de l'efficacité d'une réglementation juridique. Elle est liée à la création d'une règle obligatoire. On imagine, en outre très mal, que la sanction diffère – au moins au niveau du principe – selon que la violation est commise à Delémont ou à Lugano. Si la substance d'une loi est unifiée, le mode de sanctionner ses violations ne peut être laissé au libre arbitre des cantons. C'est ainsi qu'à part les sanctions pénales figurant dans des lois de droit administratif, d'autres sanctions ont été prévues par la législation fédérale.

La *révocation/sanction* est inscrite notamment

aux art. 17 de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption; 22 et 54 de la loi sur la circulation routière; 61 de l'ordonnance sur l'admission à la circulation; 11 de l'ordonnance sur les téléphériques servant au transport de

personnes sans concession fédérale et sur les téléskis; 12 de la loi sur les stupéfiants; 54 de l'ordonnance sur la protection des eaux contre les liquides pouvant les altérer; 53 de la loi sur le travail; 44bis du statut du lait;

Des *amendes d'ordre* figurent

aux art. 17 de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption; 943 du Code des obligations; 2 de l'ordonnance sur le registre du commerce; 67 de la loi sur l'impôt anticipé; 13 de la loi sur la police des eaux; 62 de la loi sur le registre des bateaux; ainsi que dans la loi sur les amendes d'ordre.

D'autres mesures administratives sont prévues,

p. ex., la saisie du matériel (art. 84 de l'ordonnance sur la construction et l'équipement des véhicules routiers); la saisie des permis de circulation et de conduire (art. 59 de la loi sur la navigation intérieure); la menace de l'art. 292 du Code pénal (art. 51 de la loi sur le travail); l'arrachage des vignes par substitution (art. 14 de l'arrêté fédéral instituant des mesures en faveur de la viticulture); une commination préalable à la restitution de subventions en cas d'améliorations foncières (art. 60 de l'ordonnance sur les améliorations foncières).

Cela marqué, il ne faut, encore une fois, pas se tromper: unifier les sanctions ne signifie pas encore unifier les pratiques. La sanction sera plus ou moins sévère selon le lieu où elle est prononcée. Parfois même, une mesure sera ignorée, car la règle dont elle sanctionne la violation n'est pas appliquée (p. ex., l'obligation du port de la ceinture de sécurité), Tant que ces divergences sont exceptionnelles par leur nombre ou la matière en cause, elles sont supportables. En revanche, elles pourraient devenir intolérables si elles tendaient, au nom d'un «fédéralisme alibi», à vider la loi fédérale de sa substance ou alors la question se poserait de savoir si la règle fédérale n'est pas trop centralisatrice.

La situation pourrait, le cas échéant, être assez grave, car on ne voit pas comment la Confédération, dépourvue de forces de police, pourrait contraindre un canton à prononcer les sanctions prévues par la loi: l'exécution fédérale par substitution n'aurait aucun sens et serait disproportionnée; le recours au Tribunal contre une série de non-décisions serait de peu d'utilité ... resterait la douce contrainte par les finances, mais cela est une autre histoire.

f) la poursuite pénale

Le droit pénal sanctionnant la violation du droit fédéral exécuté par les cantons est unifié. La procédure ne l'est pas. La poursuite des infractions ne l'est pas davantage et les tribunaux ne sont pas unifiés.

Dans le domaine de l'exécution du droit fédéral, sauf quelques délits dont la sanction relève du Tribunal fédéral, les cantons ont toujours le devoir de mettre leurs tribunaux pénaux au service des actions déclenchées par les autorités fédérales ou cantonales. On fera cependant exception pour quelques prononcés pénaux de première instance et comportant uniquement des condamnations à des amendes selon la loi sur le droit pénal administratif.

Ces principes figurent dans pratiquement toutes les lois fédérales. Il est, en effet, indispensable que cette règle soit inscrite dans la loi, dès lors qu'à côté des tribunaux cantonaux, le Tribunal fédéral a quelques compétences en tant que Tribunal pénal d'instance unique.

Nous ne citerons, dès lors, aucun des 75 exemples que nous avons recensés.

En revanche, l'instruction des affaires pénales n'est laissée aux cantons que dans la mesure où elle n'est pas réservée aux autorités fédérales, selon l'art. 73 de la loi sur le droit pénal administratif.

Il est bien entendu que les cantons déterminent les instances cantonales compétentes, la procédure applicable, la procédure d'instruction; ils décident, sauf dans les matières relevant du droit pénal administratif, s'il y a lieu de poursuivre ou non. En effet, on ne comprendrait pas pourquoi les cantons auraient tous ces pouvoirs par rapport au Code pénal et ne les auraient pas par rapport au droit pénal administratif spécial.

g) l'utilisation de l'armée

Il peut arriver que les cantons ne disposent pas d'assez de gendarmes pour faire régner l'ordre sans lequel, évidemment, il n'est pas question d'exécuter le droit fédéral. Il n'est pas non plus exclu que la politique étrangère exige un service d'ordre particulièrement intense. Il est, enfin, possible que des catastrophes naturelles requièrent des renforts pour les pompiers locaux.

Les cantons, quoi qu'il arrive, doivent accomplir leurs tâches. C'est pourquoi, ils peuvent et doivent faire appel à la collaboration intercantonale, pour que des gendarmes et policiers extracantonaux aident leurs collègues et que les pompiers secourent les leurs.

Si cela ne suffit pas, les cantons peuvent faire appel à la troupe. Dans un premier temps, il s'agira des forces armées «de

leur territoire» (art. 203 de la loi d'organisation militaire), c'est-à-dire des troupes formées par les cantons sous forme d'unités d'infanterie selon l'art. 153 de la loi d'organisation militaire (art. 2 de l'ordonnance sur le recours à la troupe pour assurer les services d'ordre [OSO]), sous le commandement d'un commandant subordonné au gouvernement cantonal (art. 6 OSO).

Dans cette mesure, on remarquera, que nous sommes encore dans un cadre purement cantonal. Nous en sortons lorsque, les cantons ne pouvant faire face à la situation; le Conseil fédéral lève des troupes (art. 203 de la loi d'organisation militaire), en désigne le commandant (art. 3 OSO), qui fait alors rapport au département militaire fédéral (art. 6 OSO).

Plus pacifiquement, le canton ou la commune peuvent faire appel aux services de la protection civile (services fédéraux) en cas de catastrophe (art. 4 de la loi sur la protection civile).

G. La responsabilité des cantons

Nous avons ainsi vu l'ensemble des mesures que les cantons peuvent et doivent prendre lorsqu'ils exécutent le droit fédéral.

En accomplissant ces devoirs, les cantons peuvent commettre des illégalités. Ils peuvent violer leurs obligations. Ce faisant, ils engagent leur responsabilité envers la Confédération, d'une part et envers les particuliers, d'autre part.

Envers la Confédération, une illégalité entraîne surtout une responsabilité politique: le contrôle exercé sera plus précis, il sera plus fréquent. Elle n'aura d'effet pécuniaire que dans la mesure où la Confédération aura été lésée dans ses intérêts financiers. A cet égard, une action en responsabilité de la Confédération envers les cantons est concevable. Elle est cependant peu probable parce que la compensation sera tellement plus simple dans le cadre des flux financiers.

En revanche, envers les particuliers, les cantons ne sont pas au nombre des «agents» dont l'action entraîne le responsabilité de la Confédération envers les tiers, selon l'art. 1er de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération. Dès lors, les cantons sont seuls responsables envers les tiers pour les actes illicites commis par eux dans l'exécution du droit fédéral, sous réserve, sans doute, d'une responsabilité parallèle de la Confédération pour des instructions illégales, une surveillance insuffisante ou inadéquate ou une approbation constitutive d'actes cantonaux illégaux.

Les règles sur la responsabilité des cantons, exécutant du droit fédéral, sont cantonales. Mais, dans quelques cas, le droit fédéral a posé des règles communes, le plus souvent d'ailleurs sommaires et inapplicables sans recours au droit cantonal ordinaire de la responsabilité:

on citera, p.ex., les art. 42 du Code civil (état civil); 427 du Code civil (tutelle); 849 du Code civil (estimation de la valeur de rendement des terrains agricoles); 955 du Code civil (registre foncier); 928 du Code des obligations (registre du commerce); 6 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (pour l'office des poursuites); 77 ss de la loi sur la protection civile; 77 de la loi sur la circulation routière; 24 de la loi sur les denrées alimentaires; 7 de la loi prohibant le vin artificiel et le cidre artificiel; 28 de la loi sur le registre des bateaux; 70 de la loi sur l'AVS; 38 de la loi sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux; 55 de la loi sur la procédure administrative.

On relèvera en outre que selon les art. 23 de la loi sur les épidémies, 67 de l'agriculture et 31 de la loi sur les épizooties, les cantons sont responsables pour les dommages créés à la suite d'actes parfaitement licites mais pouvant créer, accidentellement, des dommages à des particuliers tels que les lésions post-vaccinales, des mesures de désinfection ou d'autres mesures de défense phyto-sanitaires ou de police vétérinaire.

H. Les moyens de contrôle de la Confédération

a) en général

La Confédération exerce la surveillance sur les cantons [100]. Elle veille à ce que ceux-ci exécutent les tâches qu'elle leur a confiées. On dit aussi parfois que la Confédération exerce la haute surveillance sur les cantons, lorsque les autorités cantonales supérieures, sont, elles-mêmes, déjà des autorités de surveillance. La surveillance sur un surveillant s'appelle une haute surveillance!

En qualité d'autorité de surveillance, la Confédération n'a pas le pouvoir de prendre des décisions concernant les administrés; elle ne peut pas davantage évoquer des affaires comme le ferait une autorité hiérarchique supérieure. En effet, le pouvoir de décision a été confié à des institutions cantonales par décision du législateur fédéral. C'est d'ailleurs pour limiter les conséquences de cette autonomie cantonale que certaines décisions

[100] Voir J.-F. AUBERT (note 2), No 786 et ss; Z. GIACOMETTI (note 13), p. 128 et ss.

importantes sont soumises à l'approbation fédérale, postérieure ou préalable.

De même, sauf règle expresse contraire, l'autorité de surveillance fédérale n'a pas le pouvoir de révoquer spontanément des décisions cantonales; elle ne peut révoquer une décision cantonale sur plainte, que si la décision cantonale a été prise en violation d'une règle essentielle de procédure, si elle est nulle, s'il n'y a aucune voie de recours ou si la loi lui confère ce pouvoir [101]. En revanche, l'autorité fédérale a le droit de recourir (on remarquera d'ailleurs que le recours de l'autorité fédérale au sens de l'art. 103 b OJF peut être paralysé si la décision de la première autorité cantonale n'a pas fait l'objet d'un recours cantonal, l'administré étant satisfait, puisque l'art. 98 g OJF ne prévoit un recours que contre une décision cantonale de dernière instance!).

b) le pouvoir d'approuver une décision ou une réglementation

Nous avons déjà indiqué que l'autorité fédérale possède un tel pouvoir lorsque la loi le permet. Il s'agit là de l'un des pouvoirs classiques d'une autorité de surveillance. Il a un caractère préventif.

A notre sens, l'approbation ne doit être refusée que si la réglementation cantonale ou la décision prise par le canton viole le droit fédéral ou constitue un abus, un excès ou un détournement du pouvoir discrétionnaire. En revanche, les cantons doivent conserver une certaine latitude d'appréciation sur l'application des notions juridiques imprécises et sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire – dans le cadre des circulaires fédérales – la seule limite étant l'arbitraire.

Si l'approbation est constitutive, la décision approuvée doit pouvoir être entreprise par les administrés devant les autorités cantonales de recours. Le refus de l'approbation sera, lui, porté devant les autorités fédérales seules. Si, en revanche, l'approbation est simplement déclaratoire (c'est-à-dire que son octroi confirme une décision cantonale valable par elle-même et que son refus prive une telle décision d'effet pour l'avenir), l'octroi comme le refus de l'approbation ouvre un nouveau délai de recours devant les autorités cantonales (il ne s'agit pas de simples confirmations d'une décision cantonale mais de nouvelles décisions prises dans le cadre d'une procédure de surveillance).

[101] Voir art. 80 de l'ordonnance générale sur le travail.

c) le droit d'édicter des circulaires

Ce moyen de contrôle est rappelé ici pour mémoire. Il n'est, en effet, comme le précédent, qu'un moyen préventif, alors que le contrôle ici envisagé a plutôt un caractère répressif.

d) le droit à l'information

Il est évident, que qui dit contrôle, dit aussi information. En effet, faute d'information, aucun contrôle véritable n'est possible.

Cette vérité est largement confirmée dans la législation fédérale: les cantons ont l'obligation de présenter des rapports, de communiquer les décisions qu'ils prennent. Ils doivent fournir des informations statistiques.

A titre d'exemples d'obligations de «faire rapport», tirés de lois on signalera

les art. 112 de la loi fédérale sur le désendettement des domaines agricoles; 15 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite; 65 de la loi sur la formation professionnelle; 20 de la loi sur l'aide aux universités; 6 de la loi sur la gymnastique et le sport; 56 de la loi sur le contrôle des denrées alimentaires; 9 de la loi prohibant le vin artificiel et le cidre artificiel; 10 de la loi interdisant l'absinthe; 26 de la loi sur les épidémies; 41 de la loi sur le travail; 17 de la loi sur le travail à domicile; 4 de la loi concernant l'indication du poids sur les gros colis destinés à être transportés par bateaux.

Même si diverses règles rappellent le devoir de l'autorité cantonale de *transmettre des décisions* aux autorités fédérales, on constate néanmoins que cette obligation est principalement contenue dans deux dispositions. D'une part, l'art. 103 b OJF oblige les cantons à communiquer au département fédéral compétent les décisions contre lesquelles celui-ci a le droit de recourir; d'autre part, l'ordonnance réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales oblige les autorités cantonales à soumettre à l'autorité fédérale tous les jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu rendus en application de dispositions pénales contenues dans toute une série de législations fédérales.

Enfin des *données statistiques* peuvent et doivent être, outre les recensements décennaux, rassemblées

conformément aux art. 23 du règlement d'exécution de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers; 14 de l'ordonnance concernant les droits politiques; 127 de l'ordonnance sur l'état civil; 19 de l'arrêté fédéral sur l'acquisition des immeubles par les étrangers; 1er de l'ordonnance No 3 d'application de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite; 20 de l'ordonnance sur le casier

judiciaire; 2 de l'arrêté fédéral concernant le relevé statistique des naissances, décès, mariages, divorces et déclarations de nullité de mariage; 2 de l'ordonnance concernant la statistique fédérale sur l'état annuel de la population; 1er de l'ordonnance sur les relevés à titre d'essai destinés à une statistique pénitenciaire; 63 de l'ordonnance sur la protection des animaux; 43 de l'ordonnance sur la protection des eaux contre les liquides pouvant les altérer; 23 de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative; 34 de la loi sur l'agriculture; 5 de l'ordonnance fixant des effectifs pour la production de viande et d'œufs; 27 de la loi sur la pêche; 21 du règlement d'exécution de la loi sur les voyageurs de commerce; 8 de la loi réglant l'observation de la conjoncture et l'exécution d'enquêtes sur la conjoncture.

e) la standardisation

Si chaque canton soumettait ses rapports, ses statistiques, ses décisions selon les formes qu'il choisirait, l'autorité fédérale devrait commencer par tenter d'unifier les bases des données reçues. La tâche serait quasiment insurmontable. C'est pourquoi, une série de règles ont imposé aux cantons l'utilisation de formules standard dans leurs relations avec la Confédération. La comparabilité des données est ainsi mieux assurée, même si elle n'est pas encore parfaite dans la mesure où une part doit être nécessairement laissée à l'appréciation et à l'interprétation du vocabulaire utilisé dans les formules fédérales. Des formules types sont imposées p. ex:,

aux art. 6 de l'ordonnance sur l'état civil; 949 du Code civil sur le registre foncier; 12 de l'ordonnance sur le registre du commerce; 1er de l'ordonnance No 1 d'application de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite; 19 de l'ordonnance sur le casier judiciaire; 72 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant l'impôt fédéral direct; 66 de l'ordonnance d'exécution de la loi sur l'impôt anticipé; 12 de la loi sur les amendes d'ordre; 150 de l'ordonnance sur l'admission à la circulation en ce qui concerne les permis de circulation et les permis de conduire; 119 de l'ordonnance sur le contrôle des viandes en ce qui concerne les rapports sur les abattages et les inspections des viandes; 20 de l'ordonnance générale de la loi sur le travail; 27 de la loi sur la pêche; 21 du règlement d'exécution de la loi sur les voyageurs de commerce.

f) le pouvoir d'enquête et d'inspection

Nous considérons qu'un pouvoir de vérification et d'enquête appartient à toute autorité administrative en l'absence de règles contraires telle que l'inviolabilité de la personne ou du domicile, la protection du secret des affaires – elle-même limitée par le devoir de renseigner – dans une mesure proportionnée, lorsque l'autorité doit agir d'office et qu'elle ne bénéficie pas de la collaboration volontaire des administrés.

Cette position fondamentale entraîne que, vis-à-vis du canton, l'autorité fédérale a un pouvoir d'inspection et de contrôle [102], ainsi qu'un accès aux dossiers et aux locaux de l'administration cantonale elle-même, même si la loi ne les prévoit pas expressément.

D'après les réponses reçues à nos questionnaires, ces contrôles se font, à intervalles plus ou moins réguliers, dans une ambiance plus coopérative qu'inquisitoriale, par sondage et dans un esprit collégial... jusqu'à, sans doute, ce que la confiance réciproque soit rompue.

En revanche, vis-à-vis des administrés, la question se pose dans des termes différents: les administrés sont en contact avec l'autorité cantonale; ils reçoivent leurs décisions de celle-ci; ils recourent devant des autorités d'abord cantonales. La Confédération est, en général, extérieure à la relation administrative créée; elle ne surveille que l'action de l'une des parties, c'est-à-dire du canton.

On ne verrait, en conséquence, pas pourquoi une autorité «étrangère» à l'affaire, sauf à intervenir en dernière minute ou à vérifier des données de fait, pourrait se renseigner, enquêter, ouvrir des dossiers chez les particuliers. Un tel pouvoir est exorbitant. Il doit dès lors être prévu au moins dans la loi fédérale.

On citera quelques exemples de l'un ou de l'autre pouvoir d'inspection de la Confédération:

– en ce qui concerne l'*inspection sur des autorités cantonales:*

art. 18 de l'ordonnance sur l'état civil; 4 de l'ordonnance sur le registre du commerce; 20 de la loi sur les abris; 93 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct; 57 de la loi sur l'impôt anticipé;

– en ce qui concerne l'*inspection auprès des particuliers* (liée le plus souvent à des subventions):

art. 20 de la loi sur l'amélioration du logement dans les régions de montagne; 12 de l'arrêté fédéral instituant des mesures en faveur de la viticulture; 5 de la loi concernant les crédits d'investissement pour l'économie forestière de montagne; 30 de la loi sur la pêche; 16 de l'ordonnance concernant l'exploitation des jeux dans les kursaals; 32 de la loi sur les explosifs.

On remarquera en outre, un cas particulier; la Confédération est autorisée à intervenir dans des locaux privés «après contact

[102] M. BRIDEL (note 2), p. 181 affirmait qu'une inspection fédérale ne pouvait avoir lieu qu'en présence d'un représentant du gouvernement cantonal ... on peut s'interroger sur l'efficacité d'un tel contrôle.

avec l'office central cantonal» selon le règlement d'exécution de la loi sur les voyageurs de commerce (art. 23).

Enfin, de très nombreuses dispositions de la législation fédérale prévoient un devoir de renseigner à la charge des administrés. Il est clair que la sanction de ce devoir de renseigner est la possibilité de vérifier les renseignements.

Si l'autorité fédérale n'a pas, selon la loi fédérale, le pouvoir de se renseigner ou d'inspecter chez les particuliers, elle devra demander à l'autorité cantonale d'obtenir et de lui fournir les éléments nécessaires. L'autorité cantonale agira alors dans le cadre du droit cantonal.

La situation est, bien entendu, différente dès que la Confédération accorde des subventions, même par l'intermédiaire des cantons. Alors, les services fédéraux ne paient que sur preuve de l'utilisation des fonds conforme à la demande de subvention. Le paiement n'est autorisé qu'après que les versements aux tiers ont eu lieu et que les travaux ont été exécutés conformément aux plans. Le pouvoir de vérifier ces divers points est une conséquence normale de la relation entre le subventionneur et le subventionné, même si le canton agit comme intermédiaire et procède, normalement, aux inspections sur demande de la Confédération.

g) les sanctions contre les agents publics défaillants

Les agents publics ont pour premier devoir d'accomplir leurs fonctions dans l'intérêt public et dans le respect de la légalité. Ce devoir s'étend aussi à l'accomplissement des tâches fédérales par des membres de la fonction publique cantonale.

Nous avons vu que, sous réserve de quelques règles de droit fédéral, les conditions de service des agents publics cantonaux sont régies par des textes uniquement cantonaux. Il en va de même, pour les mesures disciplinaires qu'entraîne la violation des devoirs de fonction (devoirs fédéraux dans leur substance mais cantonaux quant au fait que l'agent est chargé, personnellement, par une décision cantonale d'exécuter une part du droit fédéral).

Malgré cela, dans quelques cas, le droit fédéral a prévu une liste de sanctions, voire même le devoir de l'autorité cantonale de prononcer des sanctions sur demande de la Confédération [103]. On citera, en particulier:

[103] Voir J.-F. AUBERT (note 2), No 784.

les art. 43 et 957 du Code civil; 19, 22 et 181 de l'ordonnance sur l'état civil; 4 de l'ordonnance sur le registre du commerce; 14 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite; 8 de l'ordonnance concernant l'administration du matériel de guerre; 19 de l'ordonnance sur le contrôle des viandes; 55 de la loi sur les épizooties.

Très rarement la loi fédérale donnera à l'autorité fédérale un pouvoir de sanction directe. La seule situation que nous connaissions concerne la législation sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux. Selon l'art. 40 de cette loi, le bureau central surveille les activités des essayeurs, des bureaux cantonaux et peut retirer son diplôme – brevet de capacité – à un essayeur défaillant; selon l'art. 13 du règlement d'exécution de la loi, ce retrait entraîne toujours la résiliation du rapport de service.

Selon la même loi (art. 37), le département fédéral des finances peut décider de supprimer un bureau dont l'aménagement ou la gestion ne satisfont pas à la loi, selon la procédure prévue à l'art. 9 du règlement d'exécution.

Ces pouvoirs tout à fait extraordinaires s'expliquent: l'exécution de la loi est confiée non seulement aux cantons mais aussi aux associations professionnelles. Les pouvoirs fédéraux vis-à-vis de telles associations sont évidents et naturels; ils ont dû être étendus par «égalité de traitement» aux bureaux publics.

h) le droit de recourir

Si la surveillance ne suffit pas à imposer les vues de la Confédération, s'il y a divergence sur l'interprétation d'un texte – voire parfois sur l'opportunité d'une décision – bref, en cas de conflit entre le canton exécutant et surveillé et le département surveillant, il faut que quelqu'un tranche: l'autorité désignée est le Tribunal fédéral selon l'art. 103 OJF pour toutes les affaires qui, au fond, relèvent de sa compétence, alors que le Conseil fédéral est compétent dans le cadre de l'art. 73 LPA.

Cependant, la qualité pour recourir [104] devant ces deux instances n'est de loin pas la même.

Le Tribunal peut être saisi [105] par le département compétent contre les décisions de la dernière instance cantonale; on peut penser que l'on a voulu ainsi que la décision de recourir contre

[104] Sur l'exigence que le droit de recours soit prévu par la loi fédérale J.-F. AUBERT (note 2), No 790; Nous ne partageons pas cette exigence dans la mesure où la clause générale de l'art. 103 OJF s'y est substituée.

[105] Sur le recours de l'autorité, A. KÖLZ (note 77), p. 364 et ss.

un Conseil d'Etat ou un Tribunal cantonal soit prise par un conseiller fédéral en raison de sa portée politique. Le Tribunal fédéral peut aussi être saisi par un office fédéral, mais alors, il faut, selon l'art. 103b OJF, qu'une loi fédérale le prévoie expressément.

Le Conseil fédéral, lui, ne peut être saisi que par des autorités auxquelles le droit fédéral accorde la qualité pour recourir (art. 48 LPA). On peut d'ailleurs remarquer que le recours au Conseil fédéral n'est pas exclu par l'art. 73 al. 2a LPA, lorsque celui-ci prohibe le recours pour violation de la règle selon laquelle le droit fédéral prime sur le droit cantonal. En effet, lorsqu'il s'agit, comme ici, d'exécuter du droit fédéral par des décisions cantonales et non pas de mesurer le droit fédéral face à une législation cantonale, il n'y a pas conflit entre droit fédéral et droit cantonal mais conflit entre deux interprétations du droit fédéral.

A titre d'exemples de recours au Tribunal fédéral, on citera parmi les autorités autres qu'un département:

les recours de l'administration fédérale des contributions conformément aux art. 112 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct et 66 de l'ordonnance d'exécution de la loi sur l'impôt anticipé; de l'office fédéral de la justice contre certaines décisions cantonales fondées sur la loi sur la circulation routière (art. 24 de cette disposition); de l'OFIAMT (art. 102 de la loi sur l'assurance-chômage); de l'office fédéral de l'agriculture contre les décisions cantonales selon l'art. 25 de l'ordonnance de la loi instituant des contributions à l'exploitation agricole du sol dans des conditions difficiles; de l'office fédéral de l'agriculture contre des décisions cantonales en vertu de l'art. 1er de l'ordonnance sur le service d'inspection et de consultation en matière d'économie laitière.

i) le droit de la Confédération de se substituer aux cantons défaillants

La question se pose de savoir si, outre le cas très rare de l'exécution par la contrainte directe, voire la mise sous tutelle d'un canton que nous ne pouvons guère concevoir sans une crise politique majeure, exorbitante du droit ordinaire, la Confédération peut légiférer ou décider au nom et pour le compte d'un canton, c'est-à-dire si elle peut prendre «sa place».

De tels pouvoirs sont, bien évidemment, une intervention majeure dans la souveraineté cantonale. Ils font cependant normalement partie de l'arsenal d'une autorité de surveillance, fût-elle de haute surveillance. Les cantons en disposent sans aucun doute envers leurs communes, même sans qu'une loi ne le prévoie.

En revanche, à notre sens, sauf en ce qui concerne le maintien de l'ordre public (et même alors, l'art. 203 de la loi d'organisation militaire y pourvoit), la Confédération n'a pas un tel pouvoir implicite envers les cantons. En effet les cantons ne peuvent être bousculés, entravés, contraints, que si un intérêt public majeur l'exige. La décision qu'un tel intérêt public existe ne peut être laissée à une autorité administrative. A notre sens, cette décision ne peut être le fait que du législateur. C'est lui qui dira dans quelle situation, en principe, la Confédération peut se substituer aux cantons et dans quels cas une exécution tardive ou imparfaite du droit fédéral doit être admise comme prix du fédéralisme.

La substitution législative est autorisée [106] par ex.:

aux art. 22 de la loi sur le maintien de la propriété foncière rurale; 111 de la loi sur le désendettement agricole; 53 des dispositions transitoires du Code civil; 22 de la loi sur la taxe d'exemption du service militaire; 71 de la loi sur la police des eaux; 61 de la loi sur les routes nationales; 118 de la loi sur l'agriculture; 59 et 59bis de la loi sur les épizooties.

Il y a possibilité de substitution dans des décisions ou mesures administratives p. ex.:

selon les art. 157, 162 et 203 de la loi d'organisation militaire; 8 de l'ordonnance sur l'équipement des troupes; 7 de l'ordonnance concernant l'administration du matériel de guerre; 55 de la loi sur la protection civile; 94 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct; 57 de la loi sur l'impôt anticipé; 2 de la loi sur la police des eaux; 19 de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques; 55 de la loi sur les routes nationales; 50 de l'ordonnance sur les routes nationales; 57bis de la loi sur la circulation routière; 31 de l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles; 14 de l'ordonnance instituant le régime de l'autorisation pour la construction d'étables.

Nous ne pouvons enfin résister au plaisir de citer ici l'art. 3 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution: «Si les cantons ne prennent pas, à temps, les dispositions d'application de la loi ou ne s'y emploient pas de façon suffisamment efficace, la Confédération prendra les mesures envers les cantons, les communes, les autres collectivités et les particuliers aux frais de ceux qui auraient dû agir».

[106] Les lois ainsi adoptées par les organes fédéraux seraient des «lois cantonales» prises en dérogation du droit cantonal mais en vertu du droit fédéral. La formule est si compliquée qu'elle ne peut être appliquée; elle n'a d'ailleurs jamais été utilisée (voir Z. GIACOMETTI [note 13], p. 146).

Section III: Les relations financières entre la Confédération et les cantons

A. Les finances et le fédéralisme

Mais la souveraineté des cantons ne peut être comprise dans sa réalité, si l'on ne dit pas, fût-ce brièvement, ce que sont les relations financières entre la Confédération et les cantons [107].

On l'a vu, ce sont les problèmes financiers qui sont principalement à l'origine des efforts entrepris pour «désenchevêtrer» les compétences cantonales et fédérales (Message relatif aux premières mesures pour une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons) [108].

C'est aussi dans le domaine financier, selon les informations reçues, que la Confédération intervient de la façon la plus incisive dans les activités cantonales. En effet, le canton bénéficiaire de subventions est soumis à un régime pratiquement identique à celui appliqué à un particulier. Il doit parfois même répondre envers la Confédération du fait que des subventions fédérales attribuées à des privés, conjointement avec des subventions cantonales ou sur préavis cantonal, sont détournées de leur but.

Il est, p. ex., évident que si la Confédération subventionne une construction universitaire, elle veut, peut et doit se prononcer sur la construction, sur son prix, sur sa qualité, sur sa grandeur; elle peut, veut et doit donc contrôler que les travaux correspondent aux plans approuvés par elle avant de les payer – fût-ce en partie –; elle peut aussi vérifier que les bâtiments universitaires ne sont pas utilisés à d'autres fins.

En d'autres termes, le financement d'activités cantonales par la Confédération, même lorsqu'il ne s'agit «que» de subventions d'investissement, donne un pouvoir de surveillance considérable à la Confédération alors même que la surveillance ne porte que sur le maintien de l'affectation des biens subventionnés.

a) la subvention uniquement fédérale

Si le subventionnement d'un investissement offre un pouvoir d'intervention à la Confédération, il est évident que le subventionnement du fonctionnement d'une activité cantonale par la

[107] Sur la question, voir p. ex., J.-F. AUBERT (note 2), No 763 et ss.
[108] FF 1981 III 705.

Confédération implique une intervention encore plus large. Non seulement l'utilisation concrète des fonds est contrôlée et prédéterminée: telle activité, telle dépense est subventionnée, telle autre ne l'est pas. Mais, en outre, les conditions de l'utilisation des services subventionnés seront définies (conditions d'accès, égalité de tous les Confédérés, etc.).

Théoriquement, même, les subsides fédéraux auxquels les cantons n'ont aucun droit, permettent d'orienter les activités des cantons, ou, pour reprendre l'exemple universitaire, de commander le développement de l'enseignement et de la recherche au nom de la répartition des crédits entre les universités suisses. On glisse ainsi peu à peu de la subvention vers un devoir des cantons de coordonner leurs activités, puis vers un devoir de planifier le développement au niveau fédéral.

Ces plans fédéraux ne sont (bien sûr!) pas obligatoires. Mais, malheur à celui qui s'en écartera car il mettra en cause un compromis, des arbitrages hors desquels il n'y a pas de financement (voir p. ex., la loi sur l'aide aux universités).

Ainsi conçu, le fédéralisme devient un droit de proposition, assorti de la possibilité – hypothétique dans la plupart des cas – pour les cantons de se «débrouiller» financièrement tout seuls.

b) les subventions cantonales et fédérales

Enfin, dans de nombreux domaines, les cantons et la Confédération ont un pouvoir – et un devoir – de financer des activités privées. Parfois le financement de l'une et des autres est indépendant. Les conditions légales de l'aide de l'une ne sont pas celles de l'appui des autres. Il n'y a alors aucun cumul des subventions, sauf si le particulier parvient à répondre aux demandes de la Confédération et du canton.

Mais très souvent, une subvention fédérale est liée à une subvention cantonale. La Confédération participe aux dépenses des particuliers ou des communes, à raison d'une part des frais, le canton devant quant à lui financer tout ou partie du reste de ces frais. Cette participation fédérale est variable dans une même loi selon la capacité financière des cantons; elle se modifie en pourcentage d'une loi à l'autre. Il va de soi que le plus souvent l'obtention de la subvention fédérale est une condition sine qua non de l'activité engagée. Il en résulte donc que les cantons devront calculer leurs subventions et définir leur objet en tenant compte de toutes les conditions mises par la Confédération à l'octroi de sa subvention. Ainsi, le canton participe à

un subventionnement dont les termes, conditions et charges sont, de fait – mais non de droit – fédéraux.

On citera comme exemples de telles subventions:

les art. 40 de la loi sur le désendettement des domaines agricoles; 63 de la loi sur la formation professionnelle; 13 de la loi sur la protection de la nature; 5 de la loi sur les abris; 23 de la loi sur la protection des biens culturels; 2 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire; 60 de la loi sur les chemins de fer; 33 de la loi sur la protection des eaux contre la pollution; 4 de la loi sur l'allocation de subventions pour la lutte contre les maladies rhumatismales; 13 de la loi sur le service de l'emploi; 5 de la loi sur l'amélioration du logement dans les régions de montagne; 16 de la loi sur les investissements dans les régions de montagne; 102 de la loi sur l'agriculture; 40 de l'ordonnance de la loi sur les crédits d'investissement dans l'agriculture et l'aide aux exploitations paysannes; 16 de l'ordonnance sur le service d'inspection et de consultation en matière d'économie laitière; 5 de l'ordonnance concernant l'assurance sur les accidents professionnels et la prévention des accidents dans l'agriculture; 37 de l'ordonnance sur la protection des forêts; 2 et 3 de l'arrêté fédéral concernant la participation de la Confédération à la reconstitution des forêts atteintes par le chancre de l'écorce du châtaigner; 19 de l'ordonnance d'exécution de la loi sur la pêche; 4 de l'arrêté fédéral sur l'organisation du fond de solidarité de la broderie suisse aux métiers à navettes; 2 de l'arrêté fédéral tendant à encourager les coopératives de cautionnement des arts et métiers; 6 et 8 de l'arrêté fédéral instituant une aide financière en faveur des régions dont l'économie est menacée.

Au vu de cette nombreuse série de subventions, on ne peut que se féliciter que, dorénavant, les subventions fédérales doivent être prévues par des lois. On pourra ainsi mieux connaître un aspect important du droit fédéral dont l'ampleur échappait jusqu'ici très largement à l'analyse.

c) le contrôle fédéral

La Confédération ne peut admettre que les moyens financiers qu'elle met à disposition soient gaspillés ou détournés de leur but. C'est pourquoi, dans ce domaine, les moyens de contrôle sont très précis et très développés. Ainsi, selon l'art. 35 de la loi sur l'asile, les cantons sont soumis à la surveillance de la Confédération notamment en matière de subventions; ce pouvoir se traduit à l'art. 12 de l'ordonnance par la compétence de l'office fédéral de la justice de procéder à des vérifications et par un devoir du canton de fournir, sur demande, les dossiers nécessaires et les renseignements requis. Ainsi, selon l'art. 20 de la loi d'aide aux universités, les cantons fournissent à la Confédération toutes les données dont elle a besoin pour l'application de ladite loi.

Enfin, et surtout, on aurait grandement tort d'oublier le rôle que peut jouer le contrôle fédéral des finances créé par une loi du

28 juin 1967. Cet «organe administratif» autonome et indépendant, rattaché au département fédéral des finances, vérifie auprès des cantons qui en reçoivent, l'emploi des prestations financières fédérales (subventions, prêts, avances). Il a un pouvoir d'intervention directe lorsque la loi fédérale le prévoit; à défaut, il ne peut exercer son contrôle qu'avec l'accord du gouvernement cantonal (art. 16 de la loi). Comme le dit élégamment l'art. 17 de cette loi, lorsque le contrôle fédéral des finances constate des irrégularités, il fait un rapport au service fédéral compétent en l'assortissant de propositions.

Ainsi, dans le domaine financier, la Confédération n'a pas qu'un droit de surveillance exercé de façon indirecte. Elle a un pouvoir de contrôle, c'est-à-dire un pouvoir d'intervention et de recherche de renseignements.

B. Les comptes Confédération – cantons

a) les flux financiers

Pour apprécier les flux financiers entre la Confédération et les cantons, il n'est peut-être pas inutile de rappeler ici certains chiffres: en 1975, la Confédération a versé aux cantons dans leur ensemble, 4,1 milliards sont 2 milliards à titre de subventions, 1,1 milliard à titre de remboursements (notamment le coût des routes nationales) et 1 milliard à titre de parts aux recettes fédérales. La Confédération a reçu des cantons 3 milliards dont 0,7 milliard comme contributions aux œuvres sociales fédérales (AVS et allocations familiales dans l'agriculture); 2,2 milliards au titre de l'impôt de la défense nationale et 0,1 milliard au titre de la taxe d'exemption du service militaire. A cette époque, à un extrême, le canton de Genève avait versé à la Confédération 183,6 millions de plus qu'il n'en avait reçu alors qu'à l'autre extrême, le canton d'Uri avait reçu 20,8 millions de plus qu'il n'avait versé [109].

En 1981, les chiffres ont peu évolué sur le plan fédéral: la Confédération a versé aux cantons 4,6 milliards (respectivement 2,1; 1,3 et 1,2 aux titres relevés ci-dessus); les cantons ont eux payé 4,3 milliards (respectivement 0,9; 3,3 et 0,1 selon les rubriques ci-dessus). Le canton qui a le plus contribué est le canton de Zurich avec un solde positif de la Confédération de

[109] Voir «relations financières entre la Confédération et les cantons» du 9 septembre 1977.

467,4 millions; celui qui a le plus reçu est le Tessin avec un solde en sa faveur de 205,4 millions [110].

b) le pourquoi des flux

Il serait tout à fait erroné de prendre les chiffres que nous venons de citer sans les corriger très nettement en raison du système de la péréquation financière entre les cantons gérée principalement selon une loi du 19 juin 1959.

1. les recettes cantonales en vertu de la législation fédérale

i) les remboursements et subventions

La législation fédérale attribue aux cantons de nombreuses recettes résultant de l'application de la législation fédérale.

Il s'agit des recettes provenant des *amendes* prélevées par les autorités cantonales p. ex., au titre des art. 50 de la loi sur les droits d'auteur; 33 de la loi sur les marques et 32 de la loi sur les modèles et dessins industriels; des amendes et autres confiscations et dévolutions selon l'art. 381 du Code pénal; des amendes dans les causes de droit pénal fédéral jugées devant des instances cantonales selon l'art. 253 du Code pénal; des amendes selon l'art. 13 de la loi sur la police des eaux; des amendes selon l'art. 17 de la loi sur les voyageurs de commerce.

Les cantons bénéficient aussi du *remboursement* de certains frais et de *subventions* pour services rendus comme il a déjà été mentionné; ils reçoivent des subventions pour leurs tâches propres ou pour les tâches fédérales qu'ils accomplissent volontairement. Ils reçoivent une part des *bénéfices* de la banque nationale selon l'art. 27 de la loi sur la banque nationale.

Les *émoluments* du registre des régimes matrimoniaux, ceux du registre les bateaux ainsi que les taxes sur les cartes des voyageurs de commerce aux termes de la loi sur les voyageurs de commerce leur appartiennent [111].

ii) les parts cantonales

Enfin, les cantons bénéficient de parts dites cantonales sur les impôts fédéraux. Ces parts revêtent des aspects divers.

[110] Voir «relations financières entre la Confédération et les cantons en 1981», publiées par l'Administration fédérale des finances en septembre 1982.

[111] Selon l'art. 23 du tarif des émoluments en matière de registre du commerce (RS 221.411.1), ces émoluments sont partagés entre la Confédération et le lieu où l'on procède à l'inscription.

La part sur le *droit de timbre fédéral* devrait correspondre au 20 % du produit net des droits de timbre. Elle devrait être répartie entre les cantons au prorata de la population résidente des cantons lors du dernier recensement décennal (art. 2 de la loi sur les droits de timbre); les droits sont perçus par la confédération, la part étant versée par elle aux cantons. Cependant cette part n'est actuellement pas versée selon l'art. 14 des dispositions transitoires de la Constitution confirmé par l'arrêté fédéral du 20 juin 1980 relatif à la loi fédérale sur les droits de timbre.

La part à l'*impôt fédéral direct* correspond à 30 % – sous réserve de la péréquation – des impôts encaissés par les cantons dans leur ensemble au titre de l'impôt fédéral direct (art. 136 de l'arrêté du Conseil fédéral au sujet de cet impôt). Les cantons versent donc 70 % des recettes perçues par eux à la Confédération «dans le courant du mois suivant l'encaissement».

L'*impôt anticipé* est régi par un système plus compliqué. Sur le produit net de cet impôt perçu par les autorités fédérales, les cantons, dans leur totalité, reçoivent 12 %, en fin d'année, à raison de 6 % du produit net réparti selon la population résidente et 6 % selon une clé de péréquation (art. 2 de la loi sur l'impôt anticipé). Les cantons adressent des décomptes à la Confédération concernant les remboursements de l'impôt anticipé effectués par eux au titre de prestations déclarées et imposées ensuite au plan cantonal (art. 57 de la loi sur l'impôt anticipé); la Confédération restitue ces sommes aux cantons.

Sur les encaissements prévus par la loi sur la *taxe d'exemption du service militaire,* les cantons prélèvent une «commission de perception» fixée à l'art. 6 des dispositions transitoires de la Constitution à 20 % (art. 45 de la loi sur la taxe militaire). Le solde doit être versé à la Confédération jusqu'au 31 janvier de l'année qui suit celle de l'encaissement.

Selon l'art. 20 de l'ordonnance relative à l'*imputation forfaitaire d'impôts,* la Confédération supporte un tiers des dégrèvements d'impôts suisses accordés en vertu des conventions internationales de double imposition. Les décomptes ont lieu comme pour l'impôt anticipé (art. 57 de la loi sur l'impôt anticipé).

A l'heure actuelle, la part sur les *recettes nettes* de la régie fédérale des *alcools* (art. 44 de la loi fédérale sur l'alcool) a été dégradée en une simple recette affectée à la lutte contre l'alcoolisme égale à 5 % des recettes brutes de la régie (art. 15 al. 2 des dispositions transitoires de la Constitution et arrêté fédéral du 20 juin 1980 relatif à la loi fédérale sur l'alcool).

Enfin, les cantons reçoivent 65 % du produit net des *droits d'entrée sur les carburants* à titre de recettes affectées à des constructions routières. Il s'agit pratiquement de subventions fédérales (voir l'arrêté fédéral concernant l'emploi de la part du produit des droits d'entrée des carburants destinés aux constructions routières).

En principe donc, aujourd'hui, les cantons bénéficient de parts à l'impôt fédéral direct, à l'impôt anticipé et à la taxe militaire; ils sont au profit de recettes affectées, au titre des recettes des droits sur l'alcool et des droits sur les carburants.

2. la péréquation financière

Cependant, le tableau serait encore inexact si l'on ne tenait pas compte de la péréquation financière intercantonale. Il s'agit là d'une illustration du principe de la solidarité fédérale: les cantons «à forte capacité financière» – calculée principalement sur la masse imposable mais pondérée par la force fiscale, la charge fiscale et «la zone de montagne» – doivent aider les cantons plus faibles.

La péréquation joue en matière de subventions: le taux de subventions varie selon la capacité financière des cantons (voir art. 1 à 6 de la loi fédérale concernant la péréquation financière entre les cantons).

La péréquation s'applique aussi en matière d'impôt fédéral direct. On se souviendra que les cantons versent à la Confédération 70 % des recettes provenant de cet impôt. L'ensemble des cantons conserve 30 % du total du produit de l'impôt fédéral direct. Chaque canton conserve pour lui les ¾ du 30 % du produit de l'impôt fédéral direct réalisé sur son territoire. Le solde, soit 7,5 % du produit de l'impôt fédéral, est versé dans un fonds spécial affecté à la péréquation. Cette dernière revêt deux formes: le ¼ de 7,5 % est réparti entre tous les cantons proportionnellement à leur population de résidence; les ¾ le sont selon la capacité financière des cantons. On remarquera à ce sujet, que certains cantons particulièrement forts financièrement, sont totalement exclus de la répartition. On notera aussi que les recettes tirées de cette part cantonale ne sont pas affectées.

La péréquation s'applique en outre en matière d'impôt anticipé. Elle porte sur le 6 % du produit net de cet impôt. Elle a lieu selon une clé de répartition établie par le Conseil fédéral (voir l'arrêté du Conseil fédéral réglant la péréquation financière au moyen des parts cantonales au produit de l'impôt fédéral direct

et de l'impôt anticipé). Elle ne concerne pas non plus les 7 cantons financièrement les plus forts.

Enfin, des règles particulières s'appliquent à la péréquation du 35 % du produit des droits sur les carburants selon une ordonnance à ce sujet.

3. les conséquences sur le fédéralisme

Il est évident qu'une péréquation telle qu'elle vient d'être décrite est une belle illustration de la solidarité confédérale; mais elle ne va pas sans inconvénient politique important: le budget de certains cantons faibles est très largement dépendant de la péréquation, des parts et des subventions fédérales.

Quant aux cantons puissants, on peut se demander si la péréquation leur fait toujours justice. En effet, ils assument des tâches qui dépassent les frontières cantonales; p. ex., ils ont la charge d'hôpitaux universitaires aux techniques de pointe dont les habitants d'autres cantons bénéficient aussi. Est-il correct que la subvention pour de telles institutions soit liée uniquement à la capacité financière du canton dans lequel elles sont implantées? Ne devrait-on pas avoir des moyennes, des pondérations pour des ouvrages d'intérêt régional, voire même parfois d'intérêt national?

Quoi que l'on puisse penser de ces questions, il n'est pas douteux que les flux financiers, par leur ampleur, ont une influence essentielle sur les réalités du fédéralisme.

4. les versements des cantons

On ne saurait donner un tableau complet des flux financiers entre la Confédération et les cantons sans rappeler que, selon l'art. 103 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, les cantons doivent contribuer à raison de 5 % des dépenses annuelles de l'assurance-vieillesse et survivants et que, selon l'art. 105 de cette même loi, les contributions de chaque canton se calculent «d'après les sommes versées aux bénéficiaires de chaque canton et d'après la capacité financière des cantons». De même, une contribution est exigée des cantons au titre de l'art. 78 de la loi sur l'assurance-invalidité (les cantons paient ¼ de la moitié des frais). Une ordonnance du Conseil fédéral fixe les contributions des cantons à l'assurance-vieillesse et à l'assurance-invalidité selon la capacité financière desdits cantons.

En outre, selon les art. 18 et ss de la loi fédérale sur les alloca-

tions familiales dans l'agriculture, les cantons supportent ⅓ des dépenses pour le versement des allocations familiales, d'une part aux travailleurs agricoles et d'autre part aux petits paysans qui ne sont pas couverts par d'autres voies.

La contribution de chaque canton est calculée d'après le montant des allocations familiales payées dans le canton, la capacité financière du canton et le nombre des exploitations agricoles figurant dans ce canton. Les modalités du calcul des parts cantonales sont réglées par un arrêté du Conseil fédéral fixant les contributions des cantons au titre des allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux paysans de la montagne.

On constate ainsi que la péréquation joue aussi un certain rôle, du moins en ce qui concerne l'inégalité des paiements dus, en ce qui concerne les contributions sociales des cantons à la Confédération.

C. Le comment des flux financiers

On l'ignore généralement, mais la réalité est simple: Confédération et cantons sont en compte-courant entre eux. En raison de l'importance des sommes qui transitent par ces comptes, la date où les opérations s'effectuent est essentielle pour savoir qui va bénéficier des intérêts créditeurs. C'est pourquoi, nous l'avons vu, la loi prévoit souvent des échéances précises.

Nous croyons cependant savoir que même si elle ne le fait que pour des périodes relativement courtes, la Confédération accorde, parfois, des découverts à certains cantons sous forme de prêts ... mais cela est une autre histoire.

Section IV: De quelques réalités

Au fond, le fédéralisme en Suisse, ces dernières années, est une sorte de combat entre l'efficacité due à la centralisation et bardée d'ordinateurs – on assiste d'ailleurs, semble-t-il, à un phénomène identique dans l'économie: l'autonomie des succursales se réduit – d'une part, l'individualisme avec un certain désordre, d'autre part. Le problème est de trouver un équilibre.

A notre sens et quoi que l'on fasse, une loi fédérale ne sera jamais ressentie – sauf si elle est purement technique – de la même façon à Genève, à Lugano, dans les Grisons, à Saint-Gall et à Zurich: les traditions locales sont encore assez fortes pour

résister. P.ex., chacun sait que selon l'art. 970 du Code civil, seuls ont le droit de consulter les inscriptions au registre foncier ceux qui y ont un intérêt. Malgré cela, plus de 70 ans après l'entrée en vigueur du Code civil, les inscriptions au registre foncier continuent à être publiées à Genève, dans la Feuille d'Avis Officielle avec des indications sur les parties à l'acte, l'objet de celui-ci, le prix de la transaction; les intéressés sont dès lors tous les lecteurs de la Feuille d'Avis Officielle, soit aussi des entrepreneurs, des assureurs, des amateurs de cancans et les douaniers français!

La solution de faire exécuter les lois fédérales par les cantons est un excellent moyen de répondre à un besoin de variété dans une certaine uniformité. Mais il faut laisser cette variété. Il ne faut pas que «les fédéraux» croient que ce qui est vrai ici, doit être aussi vrai là et que le plateau suisse avec ses problèmes doive dire aux montagnards ce qui est bon pour eux. Le dogmatisme n'est pas acceptable au-delà d'un certain nombre de règles tout à fait générales et d'un cadre. Il faut que les cantons conservent le droit de prendre eux-mêmes les mesures qui s'imposent localement et qu'eux seuls peuvent apprécier. Il faut que les cantons conservent une très grande latitude de décision même lorsqu'ils appliquent une loi fédérale. A défaut, on risque de voir la loi fédérale inappliquée, ignorée ou appliquée de manière fantaisiste. C'est là la sanction véritable que les cantons ont envers des lois fédérales inutilement ou maladroitement schématiques. Bien sûr, un tel acte est illégal, contraire au droit. Mais la Confédération qui ne dispose que de la force armée, hésitera, sans doute à bon droit, à intervenir pour imposer sa loi.

Alors n'est-il pas mieux de discuter avant de légiférer et avant d'agir.

C'est sans doute là que nous retrouvons l'un des piliers du fédéralisme en Suisse: ceux qui doivent l'appliquer se connaissent tous et ont tous des responsabilités publiques.

On se rencontre dans les partis politiques, dans des assemblées, dans des commissions; on passe des journées de travail ensemble dans des lieux où il n'y a rien d'autre à faire que de «parler affaires» et de dîner ensemble le soir. On se réunit dans des associations professionnelles p.ex., des chefs de la police cantonale des étrangers, des chefs des offices du travail, des chefs du contrôle de l'habitant, voire même dans des amicales sans statut juridique, p. ex., les professeurs de droit public.

Enfin, on institue parfois des conférences plus ou moins structurées possédant des statuts et un financement publics et

auxquelles les fonctionnaires fédéraux participent très régulièrement. On citera p. ex., les conférences des directeurs cantonaux de l'énergie, des directeurs cantonaux de l'instruction publique, des directeurs cantonaux des finances; des chefs des départements forestiers cantonaux, des directeurs cantonaux de l'assistance publique; des chefs des départements cantonaux de justice et police; des directeurs cantonaux de l'agriculture; des directeurs cantonaux des affaires sanitaires; des chefs des départements cantonaux de l'économie publique; des chefs des départements cantonaux responsables de la protection civile; des autorités cantonales de surveillance de l'état civil; des autorités cantonales de tutelle; des chanceliers d'état. Toutes ces réunions officielles adoptent des recommandations prennent des décisions, s'entretiennent sur des coordinations.

Enfin, on se rencontre aussi dans des assemblées plus ou moins agréables de grandes sociétés à caractère public telles que les salines du Rhin.

Quant on se connaît et quand on se rencontre, bien sûr, des inimitiés peuvent se créer, mais, de façon plus générale, des liens de solidarité et d'amitié se nouent. Si un agent cantonal doute sur le sens d'une loi fédérale, il ne demande plus l'avis d'un fonctionnaire fédéral chargé d'une tâche de surveillance ou de contrôle dont il ignore tout, comme cela se produit dans de grandes administrations, mais il s'adressera au collègue «Untel» rencontré en tel ou tel lieu. De même, si les cantons considèrent qu'un service fédéral exagère dans l'exercice de ses pouvoirs, ils saisiront l'occasion d'une conférence de directeurs pour approcher le chef de ce service ou s'entendre avec lui, voire même en parler au Conseiller fédéral responsable.

Ce réseau de collaboration, méconnu et inofficiel explique sans doute plus que toute autre institution pourquoi le fédéralisme d'exécution auquel nous avons voulu consacrer l'essentiel de notre étude, fonctionne de façon assez satisfaisante en Suisse et pourquoi les recours contre des autorités cantonales devant les tribunaux, notamment devant les tribunaux fédéraux, sont si rares.

Finalement, on peut penser que l'équilibre dans le développement économique des régions est aussi un facteur essentiel de la cohésion suisse et du fédéralisme. Le sentiment que certaines régions sont des «réserves d'Indiens» ou des «régions de récréation» pour les habitants nerveusement fatigués des grandes villes marquerait la fin du fédéralisme. De même, on ne peut unifier la législation et l'administration dans une proportion

insupportable financièrement et psychologiquement pour les régions défavorisées; celles-ci ne sont plus prêtes à suivre les exigences des villes moyennant un financement ou un subventionnement.

Ainsi, l'avenir du fédéralisme ne sera assuré que si l'on trouve un moyen d'équilibrer le développement économique et d'éviter la concentration des richesses dans quelques régions directrices du pays. A cet égard, le problème de la répartition de la masse fiscale entre la Confédération et les cantons est certes important mais l'équilibre interrégional des ressources et des dépenses publiques l'est au moins autant.

Thèses

Il est usuel de terminer un rapport à la Société suisse des juristes par l'énoncé des thèses principales du rapport. Nous serions tenté de nous résumer dès lors de la manière suivante:

1. Les cantons sont quasi souverains dans les domaines qui sont de leur compétence; ils le sont aussi du fait qu'ils ont le pouvoir de déterminer leur propre fiscalité et le pouvoir exclusif d'exercer la contrainte; ils sont autonomes dans le domaine où ils exécutent le droit fédéral; ils sont en outre des organes de la Confédération. Le fédéralisme joue un rôle important surtout dans l'explication de la première de ces caractéristiques.

2. Le fédéralisme est un moyen de protéger les minorités contre la loi du nombre et contre les villes.

3. La quasi souveraineté des cantons est limitée par le fait qu'ils doivent respecter le droit fédéral (mais aussi le droit communal) tant quant à la répartition des compétences, que quant à la substance du droit fédéral et que quant au respect de l'immunité fédérale. A cet égard, les cantons sont aussi tenus de se conformer à des règles fédérales moins connues que les lois et arrêtés de portée générale tels que la jurisprudence du Tribunal fédéral, les réglementations en matière de subventions fédérales et les règles accessoires prises dans l'exercice d'une compétence fédérale expresse et principale.

4. Les cantons ne jouissent que de l'autonomie en matière d'exécution des lois fédérales. Cette autonomie varie selon la densité de la législation fédérale et le détail dans lequel celle-ci entre ainsi que selon les pouvoirs de contrôle de la Confédération. L'autonomie peut comporter un pouvoir de légiférer dans le cadre du droit fédéral ou une simple compétence de prendre des décisions d'application d'une loi fédérale complète; la législation fédérale a une tendance à unifier la mise en œuvre du droit fédéral dans une mesure dont on peut se demander comment les cantons – surtout les petits cantons – pourront assurer le coût. C'est afin d'alléger ce coût que la Confédération verse aux cantons des aides, procède à des restitutions ou à des remboursements d'impôts et qu'elle a mis en place une procédure de péréquation de certaines ressources fiscales et de certaines subventions fédérales.

5. Le fédéralisme ne peut subsister que si les grands équilibres entre les régions et les cantons sont maintenus et paraissent l'être et si les minorités n'ont pas l'impression d'être maltraitées par les majorités. L'unification de la législation et de l'adminis-

tration ne doit intervenir que lorsqu'elle est indispensable et est ressentie comme indispensable. Ce «sentiment de l'unité fédérale» est créé et entretenu notamment par les nombreuses réunions interconfédérales officielles ou officieuses auxquelles participent les agents de la puissance publique fédérale comme ceux de la puissance publique cantonale.

Thesen

Um den Meinungsaustausch anläßlich des Juristentages zu fördern, scheint es uns angebracht, hier die wichtigsten Punkte unseres Berichtes kurz in deutscher Sprache zusammenzufassen.

1. Im Rahmen ihrer eigenen Zuständigkeitsbereiche sind die Kantone quasi souverän. Ihre Souveränität beruht ebenfalls darauf, daß sie ihr Steuerwesen selbständig regeln und eine ausschließliche Zwangsbefugnis besitzen. Soweit die Kantone Bundesrecht vollstrecken, sind sie autonom. Außerdem sind sie Organe des Bundes. Vor allem was das Verständnis der erstgenannten Charakteristik betrifft, spielt der Föderalismus eine wichtige Rolle.

2. Der Föderalismus ist ein Mittel, um die Minoritäten vor dem Diktat der Mehrheit und den Städten zu schützen.

3. Die Quasisouveränität der Kantone wird dadurch begrenzt, daß sie sich an das Bundes- aber auch an das Gemeinderecht halten müssen, und zwar nicht nur in Hinsicht auf die Kompetenzverteilung, sondern auch in Hinsicht auf Wesen und Inhalt des Bundesrechts und die Wahrung der Immunität der Eidgenossenschaft. Dabei müssen sich die Kantone nicht nur an Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse halten, sondern auch an die Rechtsprechung des Bundesgerichts, die Regelungen über Bundeszuschüsse und die Nebenvorschriften, die der Bund in Ausübung einer ausdrücklichen Kompetenz erlassen hat.

4. Was die Vollstreckung der Bundesgesetze betrifft, sind die Kantone nur autonom. Das Ausmaß dieser Autonomie richtet sich nach der Dichte der Bundesgesetzgebung, der Menge der darin enthaltenen Detailregelungen, sowie den Kontrollbefugnissen des Bundes. Der Autonomie kann eine durch Bundesrecht begrenzte Gesetzgebungsgewalt beigegeben sein oder aber nur die Befugnis, Anwendungsverfügungen aufgrund eines vollständigen Bundesgesetzes zu erlassen. Der eidgenössische Gesetzgeber hat einen solchen Hang, die Anwendung des Bundesrechts zu vereinheitlichen, daß man sich fragen kann, wie die Kantone, besonders die kleinen, die Kosten dafür aufbringen können. Zur Verminderung dieser Kosten erhalten die

Kantone Bundesbeiträge. Zudem nimmt die Eidgenossenschaft Steuerrückerstattungen und -vergütungen vor und hat ein Ausgleichsverfahren für bestimmte Steuereinnahmen und Bundesbeiträge vorgesehen.

5. Der Föderalismus kann nur fortbestehen, wenn die großen Gleichgewichte zwischen den Regionen und den Kantonen offensichtlich aufrecht erhalten werden und wenn die Minderheiten nicht den Eindruck haben, von der Mehrheit schlecht behandelt zu werden. Eine Vereinheitlichung der Gesetzgebung und der Verwaltung darf nur dann stattfinden, wenn sie unumgänglich ist und als unumgänglich empfunden wird. Dieses «Gefühl der eidgenössischen Einheit» wird vor allem durch die zahlreichen offiziellen und inoffiziellen Versammlungen geschaffen und unterhalten, woran Vertreter sowohl der eidgenössischen wie auch der kantonalen öffentlichen Gewalt teilnehmen.

Prof. Dr. Blaise Knapp
Ch. des Tattes 9a
CH - 1222 Vésenaz