

Le droit intercantonal dérivé

Thierry Tanquerel
Professeur honoraire
de l'Université de Genève

Introduction



A. Définition

- Droit intercantonal dérivé = les normes édictées par un organe établi par une convention intercantonale
- Art. 48 al 4 Cst. :

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

- a. soit adoptée selon la procédure applicable aux lois;
 - b. fixe les grandes lignes de ces dispositions.
- Déjà admis sous l'ancienne Cst.



A. Définition (suite)

- Quid des normes adoptées par un organe mixte : intercantonal avec participation de la Confédération (art. 48 al. 2 Cst.) en particulier des ordonnances du Conseil suisse des hautes écoles (doc. III) ?
- Art. 63a Cst. (Hautes écoles) al. 4 : « Pour accomplir leurs tâches, la Confédération et les cantons concluent des accords et délèguent certaines compétences à des organes communs. La loi définit les compétences qui peuvent être déléguées à ces organes et fixe les principes applicables à l'organisation et à la procédure en matière de coordination. »
- Doctrine divisée
- C'est une forme *sui generis* de droit intercantonal dérivé avec participation fédérale (*contra* St-Galler Kom. : droit fédéral)



B. Enjeux

- Admissibilité et portée juridique (cadre constitutionnel)
 - les conditions de l'habilitation
 - la portée de la norme et la protection juridique
- Enjeux institutionnels (harmonisation)
 - la pratique (typologie)
 - l'utilité
 - la question démocratique

I. Le cadre constitutionnel



A. La clause d'habilitation

- Conditions de 48 al. 4 Cst.
 - Convention (contenant la clause d'habilitation) adoptée selon la procédure applicable aux lois (avec les éventuelles limitations résultant de la Cst. cant.)
 - Convention fixe les grandes lignes de la réglementation à adopter
 - Règles de droit pour la « mise en œuvre » de la convention
- Les deux premières conditions rappellent les conditions générales d'une délégation
- L'art. 48 Cst. ne dit rien de l'organe habilité sinon qu'il est intercantonal



A. La clause d'habilitation

- Adoption selon la procédure applicable aux lois
 - En pratique référendum
 - L'habilitation à édicter des règles de droit doit figurer expressément dans la convention
 - Ne vas pas (p. ex. art. 5 CICS; doc. I/1) :
 - mentionner simplement « l'exécution » de la convention
 - déléguer la compétence de la compétence
 - ex. doc. V : la CDIP s'est arrogé la compétence de sous-déléguer à son comité l'adoption du statut du personnel, sans clause d'habilitation



A. La clause d'habilitation

- La convention doit fixer les grandes lignes de la réglementation à adopter
 - doctrine divisée sur interprétation large ou stricte
 - la pratique semble plutôt souple, voire laxiste (p. ex. art. 24 let. k CHES-SO)
 - la convention devrait en tout cas déterminer le domaine dans lequel il y a délégation de compétence normative
 - à nouveau, une clause générale conférant à un organe intercantonal « l'exécution des tâches » mentionnées par la convention ne suffit pas (cf. doc. V)
 - exemple correct : art. 4, 6, 7 AIRD (doc. I/3 et V)



A. La clause d'habilitation

- Il s'agit d'une véritable délégation législative
 - Peut porter sur des normes primaires
 - s'il ne s'agissait que de normes d'exécution, secondaires, les conditions de l'art. 48 al. 4 Cst. seraient inutiles
 - la pratique va dans ce sens
 - Mais la réglementation déléguée doit s'inscrire dans la « mise en œuvre » de la convention : d'autant plus important que la condition de l'art. 48 al. 4 let. b Cst. Est appliquée de façon souple
 - Ex. ambigu : art. 4 al. 2 let. b CLDPA (doc. I/6) + RSD (doc. IV.) : élaboration (= préparation) ou adoption ?



A. La clause d'habilitation

- Ces conditions sont-elles applicables dans le cas de l'art. 63a Cst. ?
 - 63a Cst. est spécial par rapport à 48 Cst.
 - « délèguent certaines compétences à des organes communs »
 - « la loi définit les compétences qui peuvent être déléguées » (cf. art. 12 al. 3 LEHE; doc. I/5)
 - Guère de différence avec la pratique concernant 48 al. 4 let. b Cst., mais sans doute mieux justifié constitutionnellement



A. La clause d'habilitation

- Quid de l'organe habilité ?
 - L'art. 48 al. 4 Cst. dit simplement « intercantonal »
 - Les conventions précisent en général sa nature et sa composition: p. ex. art. 3 et 4 CLDPA (doc. I/6), art. 23 CHES-SO
 - Mais pas toujours : p. ex. art. 5 CICS (doc. I/1)
 - Une sous-délégation ne devrait être admissible, au vu de l'art. 48 al. 4 let. a Cst. que pour des normes d'exécution (et non, p. ex., les principes du droit du personnel, doc. V)



B. La norme de droit intercantonal dérivé

1. Loi matérielle ou loi formelle

- En l'état de la doctrine et de la jurisprudence, les règles de droit adoptées par un organe intercantonal ne sont pas des bases légales formelles (SJ 1999 I, 433, 438 c. 3b)
- Cela peut poser problème pour le développement de la collaboration intercantonale (cf. Jeannerat 2021 et 2018)
- Il existe cependant une marge de manœuvre dans l'application de l'exigence de base légale formelle qui peut atténuer le problème
- On pourrait aussi (cf. Jeannerat) reconnaître la qualité de base légale formelle à du droit intercantonal dérivé adopté plus démocratiquement (peu probable, cf. *infra*)



B. La norme de droit intercantonal dérivé

2. La place dans la hiérarchie des normes

- Le droit intercantonal dérivé est du droit intercantonal, donc
 - supérieur au droit cantonal (art. 48 al. 5 Cst.), mais la doctrine semble hésitante
 - inférieur au droit fédéral (art. 48 al. 3 Cst.); nuance pour 63a al. 4 Cst. ?
- Mais c'est aussi bien sûr du droit dérivé, donc
 - doit respecter le cadre de la délégation (pour la mise en œuvre de la convention de base)
 - doit être conforme matériellement à la convention de base
- Controverse sur le rapport entre droit intercantonal et droit constitutionnel cantonal
 - pas de particularité du droit dérivé
 - *contra* Jeannerat 2021: normes hors mise en œuvre



B. La norme de droit intercantonal dérivé

3. La protection juridique

- Contrôle abstrait selon 82 let. b LTF, pour normes directement applicables (ATF/np 2C_561/2007, 6.11.2008, consid. 1.1.1)
- Contrôle concret selon voies cantonales si application par autorité cantonale
- Contrôle à instituer si application par organes intercantonaux (art. 29a Cst.) :
 - institution d'une autorité commune selon 191b al. 2 Cst. (p. ex. 10 al. 2 AIRD) par la convention de base
 - désignation par la convention de base d'un tribunal cantonal
 - lacune (ATF 148 I 104, doc. V)
- RMDP ou RCS ouvert ensuite (*id.*)

II. Droit intercantonal dérivé et harmonisation du droit cantonal



A. Typologie

1. Droit organisationnel

- Droit de pure organisation d'institutions intercantionales
→ p. ex. statuts CDIP
- Règles d'organisation d'instances de recours intercantionales
→ p. ex. art. 10 al. 3 AIRD
- Prescriptions autonomes sur le fonctionnement d'institutions intercantionales
→ p. ex. art. 24 let. k CHES-SO
- Dans le premier cas, on ne peut pas vraiment parler d'harmonisation et il n'y a guère d'effet sur le public
- Dans le deuxième et le troisième, l'harmonisation résulte mécaniquement du choix de créer une institution intercantonale. Mais il peut y avoir un effet sur le public



A. Typologie

2. Droit harmonisé

- On vise ici le droit intercantonal dérivé qui est voulu comme droit harmonisé, soit au niveau régional soit au niveau de (presque) tout le pays
 - p. ex. RDS (doc. IV): harmonisation des règles de semi-détention au niveau romand
 - p. ex. Règlement sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études étrangers (doc. II): harmonisation au niveau suisse
 - p. ex. Ordonnance du Conseil des hautes écoles sur la coordination (doc. III): harmonisation au niveau suisse
- Le droit intercantonal dérivé est assez rarement un droit d'harmonisation



B. Enjeux du recours au droit intercantonal dérivé

1. Une réponse à des situations particulières

- La nécessité de faire fonctionner un établissement intercantonal (HES-SO; Hôpital du Chablais)
- La volonté de réaliser une harmonisation régionale (exécution des peines)
- La nécessité de tenir compte de la position particulière de la Confédération et de certains cantons (coopération universitaire)
- La poursuite d'une tradition de coopération intercantonale avec préservation (au moins formelle) des compétences cantonales (coordination scolaire)



B. Enjeux du recours au droit intercantonal dérivé

2. La question démocratique

- Éléments de déficit démocratique
 - La clause d'habilitation n'est pas vraiment débattue dans les parlements cantonaux
 - Contrairement à la délégation législative cantonale, la clause d'habilitation ne peut être supprimée ou modifiée par la loi; il faut dénoncer la convention
 - La loi cantonale postérieure ne prime pas, sauf dénonciation de la convention
 - Les organes habilités ne sont pas particulièrement démocratiques (cf. *infra*)



B. Enjeux du recours au droit intercantonal dérivé

2. La question démocratique

- **Organes intercantonaux habilités et démocratie**
 - Organes moins légitimé démocratiquement que les gouvernements cantonaux
 - Souvent conférence des directions cantonales : un membre de gouvernement par canton
 - Les modalités spécifiques de vote sont élaborées en fonction des situations particulières et non en vue de démocratisation :
 - p. ex. majorité de 2/3 (art. 6 al. 3 AIRD; doc. I/3)
 - p. ex. formule complexe (art. 17 LEHE + annexe au concordat sur les hautes écoles)



B. Enjeux du recours au droit intercantonal dérivé

2. La question démocratique

- Pistes de démocratisation
 - Évoquées dans un article de 2001 (peu d'écho...)
 - Commission interparlementaire
 - Démocratisation de la désignation et de la composition des organes intercantonaux
 - Droits populaires intercantonaux
 - Seule la première idée a été concrétisée (CoParl du 5.3.2010, RS/GE B 1 04)
 - Idées relancées par Jeannerat 2021 et 2018
 - Mise en œuvre politique peu probable

Conclusion



- Le droit intercantonal dérivé est expressément consacré à l'art. 48 al. 4 Cst. et, sous une forme particulière, à l'art. 63a al. 4 Cst.
- Les conditions constitutionnelles d'habilitation sont en pratique appliquées de façon souple, voire laxiste
- Le droit intercantonal dérivé est avant tout un droit de l'organisation d'institutions intercantionales
- Dans une mesure plus limitée, il constitue un mécanisme d'harmonisation du droit cantonal
- A cet égard, il répond à des situations particulières
- En dehors de ces situations, il ne représente pas une voie à recommander pour l'harmonisation du droit cantonal, vu son déficit démocratique