

BLAISE KNAPP

Confédération et cantons
L'influence des crises
sur l'évolution de leurs relations

I. — LE PROBLÈME

Le fédéralisme est un régime d'organisation du pouvoir qui fait appel à la coopération d'autorités de niveaux différents ; ces autorités sont dotées d'un pouvoir autonome originaire ; il s'agit là d'une différence capitale d'avec la décentralisation où les collectivités décentralisées jouissent d'un pouvoir dérivé ou attribué par le pouvoir décentralisateur. Le fédéralisme est ainsi un régime de coordination des activités autonomes de plusieurs collectivités publiques superposées.

Ces collectivités sont la Fédération et les Etats constitutifs, soit, en Suisse, les cantons. Il s'agit de collectivités car la Fédération et les cantons ont à leur disposition chacun des biens, des ressources, du personnel propres. De plus, ces institutions sont organisées corporativement, en ce sens que leurs organes comprennent des personnes membres non seulement de l'organe mais aussi de la collectivité. Ainsi, les citoyens sont des membres des cantons et de la Confédération en tant qu'ils participent au peuple, organe de la Confédération et des cantons.

Une organisation des pouvoirs doit reposer sur des règles d'organisation ; celles-ci doivent être conçues de manière à éviter les conflits positifs et négatifs de compétence. En Suisse, cette organisation est inscrite dans la Constitution ; elle est ensuite décrite plus en détail dans la législation fédérale.

Des conflits d'organisation peuvent résulter du fait que le champ de l'action législative de la Confédération et des cantons n'est pas décrit avec précision ; on parle alors de conflits de compétence :

ils peuvent découler de la collision de règles relatives à un champ d'action déterminé prises dans le cadre de la compétence des uns et de l'autre ; il y a conflit de règles. Enfin, un conflit peut naître du choc des attributions des autorités chargées de l'exécution des règles ou de rendre des jugements.

Si l'on préfère, des conflits peuvent survenir à tous les stades du processus de la législation, de la prise de décision et de l'exécution de la décision.

Notre propos ici sera d'étudier comment ces conflits ont été réglés et quelle a été l'évolution en cette matière.

II. — LES CONFLITS DE COMPÉTENCES

Fondamentalement, dans le système suisse, selon la règle que l'on rencontre déjà dans la Constitution fédérale du 12 septembre 1848, les cantons sont compétents en tant que leurs compétences ne sont pas limitées par la Constitution fédérale. Comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas attribués au pouvoir fédéral (art. 3). Cet article n'a jamais été modifié depuis son adoption.

Bien entendu, cette règle ne s'applique pas abstraitement seulement aux compétences des cantons en tant que cantons. Elle concerne aussi les compétences en matière de législation, d'exécution ou de juridiction qui ont été laissées aux cantons par le droit fédéral même quand la compétence est fédérale en la matière. En d'autres termes, les organes cantonaux restent compétents tant que le droit fédéral ne les a pas privés de pouvoirs, même quand la compétence, pour elle-même, appartient à la Confédération.

La règle de l'article 3 Cst signifie en outre que la Confédération a la compétence de définir qui de la Confédération ou des cantons est compétent. La Confédération a donc la « compétence de la compétence ». On relèvera d'ailleurs que les cantons font partie de l'organe constituant et sont donc collectivement et concurremment avec le peuple qui, lui aussi, se prononce sur les révisions constitutionnelles, les maîtres de la compétence fédérale, quant au principe de celle-ci (art. 123 Cst).

La règle de conflit attribuant, quant à la forme, à la Confédération, la compétence de la compétence et disposant quant au fond que la Confédération n'est compétente que si la Constitution le prévoit, peut rester immuable. Il est en revanche bien naturel que sa portée varie et que la Confédération se voie confier des compétences nouvelles.

En effet, la création d'un espace économique et politique commun a nécessairement exigé que peu à peu les divergences des ordres juridiques cantonaux s'effacent. Ainsi les originalités des droits cantonaux ont peu à peu été ressenties par les citoyens non plus comme des facteurs d'enrichissement mais comme des entraves insupportables. Le dernier exemple d'une telle unification du droit par suppression d'une particularité a été l'harmonisation à l'automne 1986 des dates du début de l'année scolaire selon l'article 27, alinéa 3 *bis* Cst.

Il en est résulté que peu à peu les cantons ont vu fondre leurs compétences quant aux grands domaines de l'activité économique et sociale. De plus, même dans les domaines où ils restent compétents pour légiférer, ils sont de moins en moins libres en raison de l'existence même du droit fédéral. En effet, plus celui-ci se développe, plus les choix laissés au législateur cantonal se rétrécissent.

Nous abordons là la seconde règle de conflit entre l'ordre juridique fédéral et le droit cantonal. Si la Confédération, d'une part, et les cantons, d'autre part, agissant chacun dans leur sphère de compétence, posent des règles incompatibles entre elles ou incompatibles avec l'accomplissement de fait des activités de la Confédération, la règle ou l'activité fédérales doivent l'emporter et doivent être exécutées. Il s'agit là de la règle de la force dérogatoire du droit et de l'activité fédérale. Elle est d'application générale, sauf règle contraire figurant dans le droit fédéral.

Cette règle, figurant à l'article 2 des Dispositions transitoires de la Constitution, dûment interprétée, n'a jamais été remise en cause depuis 1874, date de la dernière révision totale de la Constitution.

III. — L'ÉVOLUTION DES COMPÉTENCES DE LA CONFÉDÉRATION

Afin d'illustrer l'extension progressive du champ d'activité de la Confédération, nous avons retenu cinq dates : 1848 (première Constitution) ; 1874 (dernière révision totale) ; 1914 (début de la première guerre mondiale) ; 1939 (fin de la période de crise et début de la seconde guerre mondiale) ; 1986 enfin.

A / Les compétences fédérales en 1848

En 1848, la première Constitution fédérale a été adoptée. Elle marque le passage d'une confédération d'Etats dotée de très peu de compétences centrales ou communes à un Etat fédéral qui, comme

tel, doit avoir au moins un certain nombre de compétences législatives pour mener une vie indépendante de celle de ses États constitutifs.

De fait, en 1848, la Confédération jouit des compétences d'organisation normales pour un État fédéral.

En effet, elle a pour fin d'assurer le bien commun de tous les Confédérés. Dans ce but, elle garantit l'existence des cantons et leurs constitutions, ce qui revient à maintenir et protéger le régime politique cantonal (art. 5 et 6).

La Confédération est responsable des relations extérieures sur le plan politique (droit de déclarer la guerre, art. 8 ; droit de mener la politique étrangère, art. 10) ; sur le plan des douanes (art. 23 à 27) ; et sur un point précis du régime des étrangers, leur expulsion (art. 57).

La Confédération a quelques compétences typiques d'un État, par exemple des compétences en matière militaire (art. 13, 16, 19 et 20), des compétences de subventionner et d'exproprier en vue de travaux d'intérêt fédéral (art. 21), des compétences pour assurer la libre circulation des biens à l'intérieur du pays (art. 29), des compétences sur les transports (art. 30) et les postes (art. 33), un pouvoir de haute surveillance sur les voies de communication (art. 35), la régale de la monnaie (art. 36) et celle de la poudre à canon (art. 38). Elle a aussi le pouvoir de créer les Ecoles polytechniques et les Universités (art. 22).

Enfin, en 1848, la Confédération n'a que trois compétences d'édicter des règles de substance : l'article 77 Cst a la charge d'unifier les poids et mesures (en vue, bien sûr, d'unifier le marché libre interne) ; l'article 56 Cst l'oblige à édicter une loi pour faire cesser et prévenir le *heimatlosat* ; et l'article 59 Cst donne à la Confédération le pouvoir d'intervenir contre les épidémies et les épizooties.

On constate ainsi qu'à l'époque, la Confédération avait reçu les pouvoirs nécessaires à son fonctionnement, mais que presque toute la législation restait aux mains des cantons, dans la mesure où son unification n'était pas indispensable au bon fonctionnement du Marché commun interne.

B / *Les compétences en 1874*

La révision totale de la Constitution de 1874 a, tout naturellement, été l'occasion de transférer à la Confédération une série de nouvelles compétences.

Parmi celles-ci, il convient de distinguer des attributions pure-

ment administratives, tel le droit d'utiliser et d'acquérir des places d'armes (art. 22), celles relatives aux ressources de la Confédération qui ne prévoient aucun impôt fédéral direct (art. 42), celles relatives à des questions résultant typiquement de la structure fédérale de l'Etat (art. 46 relatif à l'application du droit privé du lieu du domicile et à l'interdiction de la double imposition ; art. 47 relatif au droit public applicable aux Suisses séjournant dans un autre canton ; art. 66 relatif à la privation du droit de vote) et celles concernant des législations de substance.

Ainsi la haute surveillance sur la police des endiguements et les forêts dans les régions élevées (art. 24), le droit d'édicter des lois-cadres en matière de pêche et de chasse (art. 25), le droit de légiférer en matière de chemins de fer (art. 26), le droit de légiférer sur certaines questions de droit du travail et sur les opérations des agences d'émigration et des compagnies d'assurances (art. 34), la régale sur les télégraphes (art. 36), le droit de légiférer en matière d'émission de billets de banque — à l'époque, sans que soit institué un monopole qui interviendra en 1891 — (art. 39), le droit de réglementer l'état-civil (art. 53) et le droit d'unifier la partie du droit privé concernant le commerce (art. 64) ont été accordés à la Confédération.

En vingt-cinq ans, le glissement est très important. On constate cependant que les principales modifications sont, une fois encore, commandées par la nécessité de permettre un fonctionnement normal du marché interne unifié. D'autres sont dictées par la nécessité de venir en aide aux cantons de montagne pauvres ou par la volonté de laïciser les relations relevant du droit de famille.

On relèvera que, pour la première fois, la Constitution de 1874 distingue les compétences en vertu desquelles la Confédération peut légiférer de manière exhaustive et celles qui ne lui permettent de ne poser que des règles générales, de définir un cadre dans lequel les cantons devront légiférer.

C / Les compétences en 1914

Depuis 1874, la Constitution fédérale a été très fréquemment révisée. Il ne nous a pas paru opportun de suivre ces révisions pas à pas ; nous avons préféré faire le point à certaines dates que l'on peut considérer comme cruciales pour l'évolution du fédéralisme. Ce sont des dates qui coïncident avec des crises importantes non pas seulement sur le plan interne mais aussi sur le plan international.

C'est ainsi que, pour la Suisse, 1914 est la première expérience de l'attribution — temporaire — des pleins pouvoirs au Conseil

fédéral. En effet, le 3 août 1914 paraissait dans le *Recueil de lois* du même jour (p. 347), un arrêté fédéral sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité. Cet arrêté donnait « pouvoir illimité » au Conseil fédéral de prendre toutes les mesures nécessaires à la sécurité, l'intégrité et la neutralité de la Suisse, à sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays et, en particulier, à assurer l'alimentation publique. Un crédit illimité était ouvert au Conseil fédéral. Ce dernier néanmoins devait faire rapport de ses activités au Parlement.

Il va sans dire que ces pouvoirs illimités comprenaient tout naturellement celui de déroger à la Constitution fédérale, notamment en ce qui concerne la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Un usage abondant de ce pouvoir a été fait à l'époque. Les compétences ainsi acquises ont été supprimées par la suite par un retour à la situation normale. Mais ce retour en arrière n'a pas été complet.

Ainsi 1914 est la première date des modifications, que nous appellerions extraordinaires, de la répartition des compétences.

Les nouvelles compétences acquises entre 1874 et 1914 portent sur le subventionnement des écoles (art. 27 *bis* du 23 novembre 1902), la limitation du commerce des spiritueux et du nombre des débits de boissons (art. 32 *bis* du 25 octobre 1885), l'interdiction de l'absinthe (art. 32 *ter* du 5 juillet 1908), le droit de créer une assurance contre la maladie et les accidents (art. 34 *bis* du 26 octobre 1890), le droit de légiférer sur les arts et métiers (art. 34 *ter* du 5 juillet 1908), le monopole de l'émission des billets de banque (révision de l'art. 39 du 18 octobre 1891), le droit de légiférer sur l'ensemble du droit privé (révision de l'art. 64 du 13 novembre 1898), le droit d'unifier le droit pénal (art. 64 *bis* du 13 novembre 1898), le droit de légiférer sur la prévention des épidémies et des épizooties (révision de l'art. 69 du 4 mai 1913) et le droit de légiférer en matière de police des denrées alimentaires (art. 69 *bis* du 11 juillet 1897).

A cette époque donc, le passage des compétences à la Confédération restait, pour l'essentiel, commandé par les nécessités d'un Marché commun. La seule exception notable est le subventionnement des écoles qui, lui, fait partie de la volonté d'assurer partout en Suisse l'instruction publique. Cette préoccupation sociale explique aussi en partie le transfert des compétences en matière de droit du travail et de la Sécurité sociale, même si, de plus, une approche fédérale est la seule manière d'éviter des distorsions économiques.

D / *Les compétences en 1939*

Nous avons choisi 1939 non seulement parce que cette année-là les pleins pouvoirs ont été à nouveau remis au Conseil fédéral, mais parce que, dans les années qui ont précédé, le Parlement et le Conseil fédéral ont beaucoup légiféré sans respecter la forme de la loi ordinaire, voire même la Constitution, pour faire face à la crise économique.

Il convient donc d'examiner en premier lieu cette législation de crise, puis de montrer, dans un second temps, l'évolution ordinaire.

Selon l'article 89 de la Constitution de 1874, les lois fédérales pouvaient faire l'objet d'un référendum populaire, soit d'un vote des citoyens, si 30 000 d'entre eux en faisaient la demande. Il en était de même des arrêtés de portée générale qui n'avaient pas un caractère d'urgence. Selon l'article 113, alinéa 1, chapitre 3 de la même Constitution, le tribunal fédéral — et, partant, toutes les autorités judiciaires ou quasi judiciaires en Suisse — est lié par les lois et arrêtés de portée générale.

Il résultait de la combinaison de ces dispositions que la sanction des inconstitutionnalités que le législateur fédéral peut commettre est de nature exclusivement politique (référendum) et non juridique ou judiciaire (contrôle par un tribunal). Par conséquent, si un acte législatif est soustrait au référendum, le Parlement peut violer quasi librement la Constitution. Si, de plus, l'arrêté de portée générale urgent charge le Conseil fédéral de légiférer, on peut penser que ce dernier est aussi libéré de son devoir de respecter la Constitution. Selon Z. Giacometti (*Bundesstaatsrecht*, p. 782, n° 22), entre 1919 et 1939, le Parlement a adopté 148 arrêtés de portée générale urgents (y compris certains renouvellements), 31 arrêtés de portée générale ordinaires et 114 lois.

Parmi ces arrêtés de portée générale urgents, il convient de rappeler celui concernant les mesures de défense économique contre l'étranger du 14 octobre 1933 (*Recueil des lois*, 1933, p. 831), qui donne au Conseil fédéral le pouvoir de « prendre les mesures nécessaires », sous réserve de faire rapport à l'Assemblée fédérale pour que celle-ci décide éventuellement du maintien des mesures prises par le Conseil fédéral.

On évoquera aussi les arrêtés concernant des mesures extraordinaires destinées à rétablir l'équilibre des finances fédérales du 13 octobre 1933 (*Recueil des lois*, 1933, p. 859) et 31 janvier 1936 (*Recueil des lois*, 1936, p. 17) qui, outre des mesures d'économie, ont permis la création ou l'augmentation de certains impôts fédéraux.

Finalement, la règle de l'article 89 de la Constitution relative

aux arrêtés de portée générale urgents a été amendée par le vote référendaire du 22 janvier 1939 en ce sens que ces arrêtés doivent être limités dans le temps et que l'urgence doit être décidée par la majorité des membres de chacune des Chambres du Parlement. En revanche, aucun vote référendaire n'est institué. Cependant, le 30 août 1939 (*Recueil des lois*, 1939, p. 781), un arrêté de l'Assemblée fédérale accordait les pleins pouvoirs au Conseil fédéral dans des termes analogues à ceux employés en 1914. Cet arrêté a servi de base à près de 1 800 ordonnances du Conseil fédéral entre 1939 et 1945.

Pendant la période de 1914 à 1939, le constituant a confié à la Confédération une série considérable de compétences.

Ainsi, la Confédération est devenue responsable de l'approvisionnement du pays en blé (art. 23 *bis* du 3 mars 1939) ; de la navigation (art. 24 *ter* du 4 mai 1919) ; de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité (art. 34 *quater* du 6 décembre 1925) ; de l'interdiction des maisons de jeu (art. 35 du 21 mars 1920) ; de la réglementation de la circulation automobile et des cycles (art. 37 *bis* du 22 mai 1921) ; de la réglementation en matière de navigation aérienne (art. 37 *ter* du 22 mai 1921).

En outre, le financement des activités accrues de la Confédération a été profondément modifié. Ainsi, l'article 41 *bis* du 23 mai 1917 a autorisé la perception de droits de timbre exclusifs sur certains documents ; l'article 41 *ter* du 6 décembre 1925 a permis la perception d'un impôt sur le tabac.

Finalement, la Confédération a obtenu, le 20 mai 1928, la compétence pour poser des conditions minima à l'acquisition de la nationalité suisse par naturalisation (art. 44) et, le 25 octobre 1925, le pouvoir de légiférer sur le séjour et l'établissement des étrangers (art. 69 *ter*).

Une compétence ancienne, celle relative à la régale des poudres, a été complétée par l'instauration d'un régime d'autorisation pour le commerce en matière d'armement (art. 41).

On aura pu constater que les nouvelles compétences de la Confédération concernent une fois encore la Sécurité sociale et des prérogatives propres à tout Etat telles que la naturalisation et le statut des étrangers. Mais il est surtout frappant de constater que la Confédération est compétente dans tous les nouveaux domaines techniques et que plusieurs de ses nouvelles compétences sont, en réalité, la confirmation de compétences nécessaires en temps de guerre.

E / *Les compétences en 1986*

A la suite de la seconde guerre mondiale, le régime d'économie de guerre a été peu à peu démantelé. Les mesures prises pendant cette période ont été soit confirmées dans le cadre de nouvelles compétences fédérales, soit abolies au cours des années qui ont suivi la fin de la guerre.

Pour tenter d'éviter de nouveaux débordements dans l'utilisation des arrêtés de portée générale urgents, un nouvel article 89 *bis* a été adopté. Il prévoit que ces arrêtés sont obligatoirement soumis au référendum constitutionnel nécessitant un vote favorable de la majorité du peuple et des cantons s'ils dérogent à la Constitution ; ils peuvent simplement être soumis au référendum législatif qui ne requiert que la majorité du peuple s'ils sont conformes à la Constitution. Dans l'une et l'autre hypothèse, le vote a lieu dans l'année qui suit l'adoption de l'arrêté urgent.

Ce nouveau régime n'a pas évité tous les excès lors de la période entre 1964 et 1978, date à laquelle la Confédération a reçu la compétence de mener une politique conjoncturelle active.

Mais le monde issu de la crise mondiale des années 1930, puis de la seconde guerre mondiale, était un monde différent de l'ancien monde européen occidental. En effet, l'Etat de droit défenseur et gardien des libertés des individus s'est doublé d'un Etat social. Les individus qui n'avaient plus de groupements auxquels s'adresser pour trouver aide et protection et qui ne croyaient plus au rééquilibrage naturel des biens et des situations ont cherché aide et protection auprès de la seule entité apparemment forte : l'Etat. C'est ainsi que celui-ci a été chargé de tâches toujours plus nombreuses, notamment en matière de protection sociale.

On aurait pu concevoir que ces tâches soient assumées pour l'essentiel par les cantons et non par la Confédération. Tel n'a pas été le cas. En effet, sauf dans quelques domaines particuliers comme l'organisation de la santé publique (encore que les exigences quant aux aptitudes nécessaires à l'exercice des métiers de la santé soient unifiées sur le plan fédéral et que l'assurance-maladie soit régie par une loi fédérale), ou les mesures d'aide au logement, l'instruction publique (sous réserve des professions sanitaires, des écoles polytechniques et du subventionnement), l'essentiel des activités sociales de l'Etat est le fait de la Confédération.

Cependant, ces tâches sociales, contrairement aux tâches de nature plus purement juridiques ou policières, peuvent être entreprises par plusieurs collectivités agissant de manière complémen-

taire ou même supplémentaire. Ainsi, une prestation vieillesse fédérale en faveur d'un individu peut être complétée par une prestation cantonale. D'ailleurs, plusieurs cantons connaissent des régimes d'aide en matière sociale complémentaire à une aide fédérale. On pensera, par exemple, à l'aide à la construction de logements à loyers modérés.

Ainsi, dans le droit de l'Etat social, les activités qui font l'objet de compétences fédérales peuvent aussi rester dans la compétence cantonale. Le passage de l'une des sphères de compétences à l'autre et l'utilisation de la compétence transférée ne prive pas nécessairement les cantons de toute possibilité d'action dans le même domaine. La seule réserve à ces compétences cantonales maintenues est, peut-être, que le financement des activités cantonales ne peut pas revêtir la même forme que celle retenue pour le régime fédéral. On ne pourrait pas, par exemple, admettre un régime cantonal complémentaire à l'assurance vieillesse et survivants fédérale qui serait lui aussi financé par des contributions paritaires calculées sur le revenu des personnes assurées.

Enfin, l'émergence de groupements de citoyens soucieux de ne défendre que des intérêts bien délimités, sectoriels, et souvent de portée très limitée, a conduit à une série d'attributions de compétence à la Confédération, compétences dont les cantons n'avaient jamais même songé à faire usage. Parfois même une révision constitutionnelle a été l'occasion pour des groupes d'habitants d'un canton ou de quelques-uns d'entre eux d'imposer une politique à des cantons qui ne la souhaitaient pas. On songera, par exemple, aux très nombreuses initiatives populaires qui ont eu leur origine dans les cantons urbains et l'essentiel de leurs effets dans des cantons campagnards ou montagnards.

Toutes les modifications intervenues n'ont pas la même portée. Il nous paraît approprié de ne mentionner ici que celles qui, à notre sens, ont modifié ou pourraient modifier de la manière la plus fondamentale le paysage juridico-politique suisse. Elles sont à notre avis au nombre de cinq.

Deux d'entre elles n'ont pas un rapport direct avec la préoccupation fédéraliste : l'institution d'un impôt fédéral direct et la recherche d'une harmonisation fiscale et les règles sur la protection des consommateurs et la surveillance des prix.

Les trois autres, en revanche, pourraient réduire massivement les compétences cantonales si elles étaient utilisées dans toutes leurs conséquences.

En effet, même si l'article 22 *quater* ne permet que l'édiction de

principes concernant l'aménagement du territoire, la loi fédérale peut prédéterminer les activités qui pourront être poursuivies dans un canton dans la mesure où elles affectent l'utilisation du territoire (par ex. en définissant la surface minimum de certaines zones). Ainsi, la politique même de développement des cantons peut être dictée par les choix de la Confédération, agissant dans le cadre de ses compétences.

Les compétences cantonales peuvent encore plus sérieusement et plus profondément être limitées par la législation prise en exécution de l'article 24 *septies* relatif à la protection de l'environnement. En effet, toute activité pouvant mettre en cause l'environnement doit faire l'objet d'une étude d'impact. Si cette étude aboutit à la conclusion que l'activité est dangereuse par rapport aux normes fédérales, des mesures protectrices doivent être prises et le cas échéant l'activité prohibée. Il n'est pas douteux que la règle fédérale peut empêcher certaines activités peut-être souhaitées par les cantons ; on pensera, par exemple, à la construction de stations de ski en montagne.

Enfin, le fait que, selon l'article 31 *quinquies*, la Confédération puisse mener une politique conjoncturelle, notamment par l'obligation faite aux cantons et aux communes d'établir « leurs budgets compte tenu des impératifs de la situation conjoncturelle », montre très clairement que la politique financière des cantons peut, elle aussi, être très sérieusement limitée.

Ces trois dispositions ont une caractéristique commune, si l'on se place du point de vue des cantons : elles donnent à la Confédération des pouvoirs qui ne visent pas un domaine d'activité comme la navigation, la protection des travailleurs ou l'aide à la gymnastique ; elles concernent les fondements mêmes de toute activité : le sol, l'environnement et le financement. Celui qui peut réglementer ces trois aspects des activités d'un autre a pouvoir sur celui-ci et, dans une large mesure, le commande.

F / *Conclusion*

A notre sens, la Confédération a, au cours des ans, acquis de plus en plus de compétences et cela dans les domaines essentiels de l'activité étatique. Le développement va vers une harmonisation et une unification du droit. Les cantons conservent néanmoins des compétences très importantes en matière d'organisation des pouvoirs et des procédures. Ils ont aussi, dans plusieurs matières, des compétences limitées seulement par les règles générales d'harmonisation mises en place par la Confédération.

Mais la compétence n'est pas tout, ni la législation ; il faut encore dire quelles sont les règles et les tendances en matière judiciaire et exécutive.

IV. — LES COMPÉTENCES EN MATIÈRE D'EXÉCUTION DES LOIS

La question se pose de savoir si une collectivité qui dispose de compétences dans un domaine de l'activité économique et sociale a aussi, par ce fait même, le pouvoir de mettre en œuvre les règles qu'elle édicte.

En effet, une autorité qui dispose du droit de légiférer ne bénéficie pas nécessairement aussi du droit de procéder à l'exécution des normes qu'elle a posées. Ainsi, le législateur ne peut prendre par lui-même aucune décision d'exécution et encore moins adopter des mesures de coercition. Il faut que le pouvoir d'exécuter la loi soit expressément conféré à la Confédération ou aux cantons.

La question ne paraît pas s'être posée aux origines de la Confédération. En effet, les compétences de 1848 étaient telles que les activités fédérales devaient nécessairement être exécutées par les autorités et les agents fédéraux.

La question était plus compliquée en 1874 puisque la Confédération a reçu compétence de légiférer sur des questions de substance.

A cet égard, les termes dans lesquels les compétences nouvelles ont été attribuées à la Confédération montrent que des distinctions devaient être faites. Ainsi, les articles 24 et 25 donnaient à la Confédération un droit de haute surveillance sur la police des endiguements et la police des forêts dans les régions élevées et un droit de statuer des dispositions législatives sur la chasse et la pêche. Il paraît naturel d'interpréter de telles dispositions comme ne donnant que le droit de poser certains principes législatifs et non pas de prendre des mesures concrètes donnant effet à une législation fédérale qui ne peut être que limitée à l'essentiel.

L'article 26 est plus imprécis dans la mesure où il donne à la Confédération le pouvoir de légiférer sur la construction et l'exploitation des chemins de fer. Néanmoins, l'interprétation de ce texte et des conditions de son adoption montre que, très clairement, la volonté du constituant était de donner tous pouvoirs à la Confédération.

Les articles 34, alinéa 1 et 64 donnaient à la Confédération la compétence de statuer respectivement des prescriptions uniformes en matière de droit du travail et de légiférer sur le droit privé com-

mercial. Il ne s'agissait là que du pouvoir de poser des règles et non du pouvoir de décider de leur application dans des cas concrets. En revanche, lorsque l'article 34, alinéa 2, soumet les opérations des agences d'émigration et des entreprises d'assurance à la surveillance et à la législation fédérales, lorsque l'article 36 prévoit que, dans toute la Suisse, les postes et les télégraphes sont du domaine fédéral, lorsque l'article 41 indique que la fabrication et la vente de la poudre de guerre appartiennent exclusivement à la Confédération, celle-ci se voit attribuer la compétence de légiférer et de mettre en œuvre la législation.

On aura ainsi pu constater qu'à l'époque le constituant avait choisi avec soin les termes dans lesquels des compétences étaient accordées à la Confédération, non seulement en ce qui concerne le champ substantiel de la compétence transférée mais aussi quant aux pouvoirs attribués.

On aura aussi remarqué que, dès l'origine, le constituant a eu le souci de ne donner à la Confédération que peu de compétences d'exécution concrète des lois fédérales. Ce trait s'explique sans doute non seulement par le souci fédéraliste mais aussi par le caractère composite, du point de vue linguistique, du pays.

Si l'on examine la Constitution d'aujourd'hui, on constate en revanche une grande confusion. Ainsi, l'article 22 *bis* sur la protection civile indique à son premier alinéa que la législation en la matière est du domaine de la Confédération, ce qui laisserait penser que la Confédération est seule compétente, mais seulement en matière de législation ; cependant elle précise bien, à l'alinéa 2, que les cantons sont chargés de l'application de cette législation, ce qui va de soi, vu la rédaction de l'alinéa 1^{er}.

En revanche, l'article 24 *ter* dispose, lui, que la législation sur la navigation est du domaine de la Confédération, sans autre précision, alors que l'article 27 *ter* prévoit que la Confédération a le droit de légiférer pour encourager la production cinématographique, enfin l'article 32 dispose que les dispositions d'application des compétences concernant les mesures de politique économique et conjoncturelle et la politique restrictive en matière de cafés/restaurants, pour lesquels la concurrence est excessive, ainsi que la législation sur les banques devront prévoir que, « en règle générale, les cantons seront chargés d'exécuter les dispositions fédérales ».

Ces dispositions appellent deux remarques. D'une part, les textes constitutionnels ne permettent plus, par leur seule rédaction, de constater si les cantons restent les collectivités responsables de l'exécution du droit fédéral. D'autre part, il serait dangereux de

vouloir conclure *a contrario* de l'article 32 que l'exécution des lois fédérales est en principe de la compétence des autorités fédérales ; cette disposition ne fait, en effet, que répéter un principe général de l'organisation de la Confédération.

Il est, à cet égard, très remarquable que ce principe de l'exécution décentralisée et cantonale des lois fédérales, sauf disposition contraire, ne soit pas indiqué dans la Constitution, sauf à l'article 32 dans un cadre limité. En revanche, ce principe apparaît très fréquemment dans les lois fédérales adoptées sur le fondement des compétences constitutionnelles de la Confédération. On pourrait donc se demander si, en l'absence de clause chargeant les cantons d'exécuter les lois fédérales, la Confédération devrait s'en charger.

Il n'y a pas de réponse simple à cette question. En effet, il s'agit d'interpréter dans chaque cas le mandat constitutionnel conféré à la Confédération, non pas quant à sa substance mais quant aux pouvoirs dont il prévoit de doter la Confédération. Nous savons déjà que cette interprétation ne peut pas résulter des textes mais elle peut reposer sur d'autres méthodes d'interprétation et notamment sur la volonté du constituant historique. (Car les objections habituellement faites à cette méthode d'interprétation ne valent pas, s'agissant d'un point fondamental d'organisation touchant à l'équilibre entre la Confédération et les cantons.) Il nous paraît que le texte de l'article 3 de la Constitution permet de présumer une compétence cantonale en matière d'exécution de la législation fédérale, puisque les cantons sont compétents dans la mesure où la Constitution ne leur a pas enlevé leurs pouvoirs.

La thèse contraire qui consisterait à prétendre que si un domaine économique ou social est de la compétence fédérale, la présomption est que la Confédération a tous les pouvoirs nécessaires pour faire appliquer la loi fédérale, nous paraît excéder le principe de la proportionnalité. En effet, la Confédération peut parfaitement assurer l'application du droit fédéral par l'exercice d'un pouvoir de surveillance sur les organes cantonaux chargés de mettre en œuvre la législation fédérale.

En conséquence, nous estimons que le pouvoir d'exécuter la législation fédérale par des décisions concrètes et individuelles appartient en principe aux cantons, sous réserve de la surveillance fédérale. Un régime qui donne le pouvoir de décision aux organes et agents fédéraux doit être prévu par la Constitution fédérale elle-même. On se souviendra, dans ce contexte, que toute nouvelle compétence fédérale induit la création de nouvelles entités administratives qui doivent être prévues dans des organigrammes et dont le financement

doit être assuré dans le budget ; ceci renforce encore notre point de vue.

On distinguera, du pouvoir d'exécuter la loi par des décisions, le pouvoir de mettre à exécution ces décisions par des mesures de contrainte ou d'exécution forcée.

Dans ce domaine, la situation est plus claire. La Confédération n'a pratiquement presque aucun moyen en personnel et en matériel pour faire exécuter les décisions d'application du droit fédéral, même si elles sont prises par des agents fédéraux. Tout l'appareil de la contrainte étatique est cantonal.

En revanche, la Confédération a un pouvoir de contrainte contre les cantons et peut les obliger à exécuter le droit fédéral par des décisions et par des mesures de contrainte. Ainsi, l'autorité fédérale peut juridiquement se substituer, en tant qu'autorité de surveillance, à un canton défaillant et prendre des décisions à sa place, après mise en demeure d'agir. Elle peut aussi obliger le canton à prendre des mesures de contrainte par des pressions indirectes, notamment en matière de subventionnement laissé à la discrétion de la Confédération.

Si nous voulons résumer, il nous paraît que les cantons sont, selon la Constitution, en principe et sauf règle contraire, compétents pour prendre les décisions et les mesures d'exécution des lois fédérales. Ce pouvoir n'a que peu diminué depuis 1848 ; en revanche, la latitude d'appréciation quant au choix des décisions à prendre face à des faits donnés a diminué à la mesure de l'augmentation de la législation fédérale, des règlements d'application fédéraux et des contrôles fédéraux.

On peut presque dire que l'étendue des compétences d'exécution du droit fédéral par les cantons dépend de la politique de contrôle des fonctionnaires fédéraux, du nombre et des moyens dont ceux-ci disposent... mais nous quittons là le domaine du droit dont nous voulons traiter.

V. — LES COMPÉTENCES JUDICIAIRES

En matière judiciaire, la répartition des compétences est plus simple.

La Confédération n'a qu'un seul tribunal : le tribunal fédéral. Celui-ci est chargé de veiller à l'application du droit fédéral, non du droit cantonal, sauf dans la mesure où la Constitution et la loi d'organisation judiciaire fédérales prévoient que des affaires ne

mettant en cause que le droit cantonal peuvent être portées devant lui. Il s'agit des affaires concernant la responsabilité de l'Etat cantonal pour ses actes illicites, ainsi que des affaires pécuniaires opposant un canton à un particulier dans un litige relevant du droit public cantonal. En revanche, les litiges concernant des violations de conventions intercantionales ne nous paraissent pas pouvoir être considérées comme des affaires relevant du droit cantonal, au sens de la législation concernant l'organisation judiciaire fédérale.

Le tribunal fédéral est le gardien du respect du droit fédéral en matières pénale, civile et administrative. Il est aussi le gardien du respect du droit constitutionnel fédéral par les autorités cantonales. Il n'est pas dans ses compétences de veiller à ce que les autorités administratives et judiciaires cantonales respectent le droit cantonal, sous réserve que ces autorités, en agissant arbitrairement, violent, de ce fait, le droit fédéral qui interdit l'arbitraire.

Mais le tribunal fédéral ne peut être saisi qu'après que les instances inférieures — normalement cantonales — se sont prononcées sur la question litigieuse. Ces instances peuvent néanmoins aussi être des autorités administratives fédérales appliquant le droit public fédéral. Il s'agit là de cas relativement peu fréquents.

En effet, en matière de droit civil, le recours en réforme n'est ouvert, selon l'article 48 de la loi d'organisation judiciaire (ci-après OJF), que contre les décisions finales des tribunaux ou autres autorités suprêmes cantonales qui ne peuvent pas être l'objet de recours ordinaires cantonaux. La règle est analogue pour le recours civil en nullité selon l'article 68 OJF.

En matière de droit administratif fédéral, l'article 98, lettre g), ne permet le recours de droit administratif que contre les décisions des autorités cantonales « statuant en dernière instance ».

En matière pénale, le pourvoi en nullité est recevable contre « les jugements qui ne peuvent pas donner lieu à un recours de droit cantonal pour violation du droit fédéral », selon l'article 268 de la loi de procédure pénale fédérale.

Enfin, en matière de contrôle de la constitutionnalité des actes des autorités cantonales, le recours de droit public n'est recevable, sauf quelques exceptions, que contre les décisions prises en dernière instance cantonale (art. 86 OJF).

On constate ainsi que le tribunal n'intervient que comme dernière instance après que les autorités cantonales se sont prononcées. Cela revient à dire que les autorités judiciaires chargées de mettre en œuvre le droit fédéral sont les autorités judiciaires cantonales. Ici encore, ce régime résulte du principe que les cantons sont compé-

tents tant que la Confédération ne l'est pas. A cet égard, la Constitution a prévu, limitativement, à ses articles 110 à 114 *bis*, les compétences du tribunal fédéral.

Il ne suffit cependant pas que le tribunal fédéral soit compétent pour faire respecter le droit fédéral pour que ce droit soit effectivement appliqué dans toute la Suisse et selon les mêmes interprétations. Il faut encore que le tribunal soit saisi des questions d'interprétation que le droit fédéral soulève devant les tribunaux cantonaux.

Dans les litiges de droit privé, on peut penser que les particuliers intéressés se pourvoient devant le tribunal fédéral lorsque leurs intérêts sont en cause. Même si cette vérité n'est peut-être pas aussi évidente qu'on pourrait le souhaiter.

Dans les affaires de droit public et de droit pénal, en revanche, l'administré ou le prévenu n'ont, bien entendu, aucun intérêt à recourir si le droit fédéral a été incorrectement appliqué mais en leur faveur. C'est pourquoi des droits de recours ont été institués en faveur de certaines autorités. Ainsi le procureur de la Confédération peut se pourvoir en nullité devant le tribunal fédéral contre certains jugements ou prononcés pénaux d'autorités cantonales (art. 270, al. 6, de la loi de procédure pénale fédérale). De même, les départements fédéraux (ministères) peuvent saisir le tribunal fédéral de certaines décisions cantonales appliquant le droit fédéral en matière de droit public (art. 103, lettre *b*), OJF).

Si l'on veut résumer la situation, la répartition judiciaire des compétences entre la Confédération et les cantons n'a pas évolué au cours des années : les autorités cantonales appliquent le droit fédéral en première instance, sous réserve de recours devant le tribunal fédéral. Les instances fédérales ne sont pas compétentes pour appliquer le droit cantonal ou pour juger de son application par rapport à lui-même.

Il convient cependant de signaler que la jurisprudence du tribunal fédéral appliquant la Constitution fédérale et la législation fédérale, notamment en droit social, ont posé des règles quant à la procédure et à l'organisation judiciaires cantonales qui ont, à tout le moins, harmonisé des procédures qui, en principe, relèvent du seul droit cantonal. Mais l'analyse de ces questions ne relève pas de notre propos actuel.

RÉSUMÉ. — *La contribution analyse l'évolution des relations entre la Confédération et les cantons quant aux compétences respectives de l'une et des autres en matière de législation, d'exécution des lois et en matière judiciaire. Elle montre que la tendance à l'unification est plus grande en matière législative que dans les deux autres types d'activités étatiques.*