

L'importance insoupçonnée du droit comparé pour la législation cantonale

Nicolas Schmitt | *Le droit cantonal offre une matière assez vaste pour servir de support à des recherches de droit comparé. La grande diversité des législations cantonales, véritables laboratoires législatifs, permet de trouver des solutions efficaces et innovatrices en se basant sur les expériences qui ont été réalisées ailleurs. Après une présentation des sources du droit cantonal, l'auteur en souligne l'étonnante diversité et en souligne l'utilité pratique.*

Cette réflexion, dont la version orale a été présentée dans un Institut de droit comparé célèbre pour ses collections de textes extrême-orientaux, se déploie sur trois volets comme un paravent japonais:

- Le premier rappelle que les *sources* du droit cantonal comparé sont plus nombreuses qu'on ne pourrait le penser de prime abord;
- Le deuxième examine le droit cantonal comparé de l'*extérieur*, autrement dit du point de vue des personnes qui ne sont pas impliquées dans le processus législatif, pour en souligner la surprenante *diversité*;
- Le troisième étudie le droit cantonal comparé de l'*intérieur*, donc du point de vue des acteurs de la législation cantonale, pour en souligner l'*utilité*.

1 Les instruments du droit cantonal comparé

L'Institut du Fédéralisme, et plus spécialement son Centre national de recherche et de documentation (par la suite: Centre national), abrite une collection de législations cantonales unique en Suisse par son ampleur, ainsi que le rappelle le tableau détaillé qui figure à la fin de ce texte. Présentée de manière résumée, elle représente pour les 26 cantons quelque:

- 282 classeurs de législation systématique, mis à jour 57 fois par année ;
- 1646 feuilles officielles par année ;
- 1'946 interventions parlementaires et rapports enregistrés en 2002 ;
- une moyenne de 738 projets de lois par année, qui sont lus par les collaborateurs responsables chargés d'en formuler le but ou la particularité essentielle.

Toute cette documentation est triée et enregistrée dans une base de données électronique, disponible d'ailleurs sur Internet. Il suffit de taper <<http://federal1.unifr.ch>> pour accéder aux trois bases de données de l'Institut du

Fédéralisme, à savoir la bibliothèque, les concordats et celle qui nous intéresse ici, les lois cantonales.

Non contente de nécessiter un grand travail d'enregistrement et de saisie, la mise sur pied d'une telle banque de données a exigé la mise au point d'une systématique commune, parce que les cantons ont adopté des systématiques très différentes, à tous points de vue. Non seulement l'ordre des matières peut être fort différent, mais également en terme de numérotation, les cantons ont choisi toutes les combinaisons possibles de chiffres et parfois même de lettres. Pour faire face à cette diversité et permettre de comparer des textes situés dans des chapitres très différents des législations cantonales, nous avons dû adopter notre propre systématique, inspirée de celle qui a été adoptée au niveau fédéral, mais qui prend en compte toutes les spécificités des cantons (La Systématique & L'index de l'Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg 2000).

A titre d'exemple, voici la manière dont les législations cantonales présentent les constitutions des cantons ; à noter que désormais tous ces textes sont répertoriés sous la cote 101.000:

Systématique	Canton
<i>1</i>	<i>LU, SZ ancien, VS ancien</i>
<i>1.1 Cst</i>	<i>VD</i>
<i>1.1101</i>	<i>UR</i>
<i>10.1</i>	<i>FR</i>
<i>100</i>	<i>BL</i>
<i>100.000</i>	<i>SZ nouveau</i>
<i>101</i>	<i>ZH, AI, TG, NE, JU</i>
<i>101.000</i>	<i>SH ancien et nouveau</i>
<i>101.1</i>	<i>BE, VS nouveau</i>
<i>110.000</i>	<i>AG</i>
<i>110.100</i>	<i>GR</i>
<i>111</i>	<i>OW, NW</i>
<i>111.1</i>	<i>ZG, SO, AR, SG</i>
<i>111.100</i>	<i>BS</i>
<i>1A/1/1</i>	<i>GL</i>
<i>1.1.1.1.</i>	<i>TI</i>
<i>A 2 00</i>	<i>GE</i>

Depuis la création de l'Institut en 1985, la banque de données s'est enrichie de quelque 90'000 entrées, ce qui représente au moins le double en terme d'enregistrements, puisque les interventions parlementaires, mais surtout les lois, sont saisies plusieurs fois en fonction des étapes successives de leur parcours: tout d'abord au stade de *projet*, puis *texte adopté soumis au référendum*, puis à l'échéance du délai référendaire *texte définitif avec date d'entrée en vigueur à fixer*, et finalement *loi entrée en vigueur*. Un tel mode de procéder représente plus de 10'000 données par an ou près de quarante par jour....

Le fait que les cantons publient quotidiennement une quarantaine de textes légaux montre bien la vigueur du droit cantonal! Quant à sa diversité, nous avons procédé en 2001 à une petite étude statistique en comptant dans les recueils systématiques le nombre de textes en vigueur dans chaque canton. Les résultats détaillés ont été publiés dans le Bulletin de législation (Engel 2000: XV), mais en voici un résumé:

AR.....	322
UR.....	327
ZG.....	366
AI.....	394
SZ.....	425
NW.....	471
GL.....	498
TG.....	512
GR.....	558
SH.....	559
VS.....	589
AG.....	661
OW.....	743
LU.....	749
BL.....	752
TI.....	761
BE.....	819
GE.....	823
ZH.....	831
VD.....	831
SG.....	874
JU.....	877

<i>JU (y.c. textes en vigueur cités mais non publiés)</i>	908
<i>FR</i>	910
<i>BS</i>	988
<i>NE</i>	1108
<i>SO</i>	1209
<i>VD (y.c. textes en vigueur cités mais non publiés)</i>	1877
<i>Récapitulation générale</i>	19'034

Ces brèves réflexions introductives permettent de se rendre compte que la matière «droit cantonal» représente un volume suffisant pour entreprendre des études de droit comparé. Les personnes mal informées, qui auraient pu avoir l'impression subjective que le droit cantonal n'était composé que d'un nombre réduit de textes d'importance secondaire, pourront donc poursuivre la lecture de cette présentation et découvrir que le droit cantonal mérite que l'on y consacre plus d'intérêt.

2 Le droit cantonal comparé vu de l'extérieur: l'importance de la diversité

2.1 L'importance du droit cantonal

Dans une enceinte dédiée au droit international, comme l'Institut de droit comparé de Lausanne, il peut sembler dérisoire de se concentrer sur des textes législatifs aussi communs que le droit du canton d'à-côté. Il y manque évidemment ce frisson d'exotisme qui fait saliver le chercheur à l'idée de consulter un codex tibétain ou un exemplaire du Popol Vuh, le Livre des Morts maya, pour se lancer dans un savant travail comparatif sur la police mortuaire.

Et pourtant, il ne faut pas négliger ce qui se passe en Appenzell ou à Genève, d'autant qu'on peut y trouver des dimensions juridiques aussi intéressantes que surprenantes pour qui sait les mettre en perspective. Il serait donc dommage de considérer le droit cantonal comme une science subsidiaire, car non seulement il peut receler quelques aspects «étonnants» dont nous allons voir l'un ou l'autre exemple, mais surtout il est la traduction en termes concrets de ce pilier de la Suisse moderne qu'est le fédéralisme.

2.1.1 Droit cantonal et fédéralisme

L'Institut du Fédéralisme reçoit régulièrement des délégations étrangères, envoyées notamment par le DFAE ou la DDC, qui viennent s'informer des particularités du fédéralisme pour tenter de résoudre certains problèmes

politiques, souvent liés aux questions des minorités. Ces délégations viennent généralement de pays qui connaissent des systèmes politiques centralisés et n'ont donc qu'une vague idée de ce qu'est réellement le fédéralisme.

Pour leur permettre de visualiser ce concept, il est possible de leur faire visiter la partie de la bibliothèque qui abrite les vingt-six législations cantonales. On y trouve pour chaque canton les volumes de la législation systématique, ceux de la législation chronologique quand elle existe, mais aussi les classeurs renfermant les feuilles officielles, les projets de lois, les délibérations du parlement cantonal et les interventions parlementaires, sans compter la jurisprudence des autorités judiciaires cantonales, ce qui représente pour les vingt-six cantons une quantité non négligeable de classeurs. De la sorte, le visiteur encore peu au fait de la question peut visualiser ce que représente le fédéralisme. Celui-ci n'est plus un concept abstrait, mais devient une réalité juridique qui se traduit de manière visible par toute une documentation émanant des trois pouvoirs cantonaux, le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Cette abondance de textes juridiques ne fait d'ailleurs que refléter cette réalité: la Suisse est l'une des plus décentralisées de toutes les fédérations.

En effet, qu'est-ce que le fédéralisme? C'est une forme d'organisation territoriale à deux niveaux, qui fait voisiner deux échelons étatiques: un Etat central (qu'on appelle en Suisse la Confédération, ailleurs Etat fédéral, *Bund* ou *Commonwealth*) et des Etats membres (les cantons, ailleurs *states*, *Länder*, provinces ou régions). Une fois cette situation de fait acceptée, la règle du jeu est relativement simple: il suffit de trouver le meilleur équilibre possible entre les éléments de participation et ceux de dévolution. La doctrine fédéraliste anglo-saxonne utilise pour ce faire les concepts de «self-rule» pour en décrire les éléments décentralisés, et de «shared rule» pour les éléments centralisés.

De la sorte, un élément essentiel pour le respect de la théorie du fédéralisme est le maintien de cette qualité d'Etat pour les Etats membres. Certes, il ne s'agit pas d'Etats souverains au sens du droit international, bien que certains experts engagent la discussion à ce propos. On se souviendra d'ailleurs qu'au temps de l'URSS, l'Ukraine et la Biélorussie avaient droit à deux sièges aux Nations Unies. Mais au-delà de cette question de souveraineté, la qualité d'Etat des Etats membres, à laquelle nous faisons référence, découle d'éléments tels que l'existence d'une constitution, la quantité et la qualité de leurs compétences, la possibilité pour eux d'entretenir des relations extérieures, la liberté dans l'organisation et le choix de leurs autorités... autant d'éléments qui se traduisent en termes de législation. Un Etat mem-

bre généreusement doté en compétences, et donc disposant d'une réelle qualité d'Etat, générera automatiquement une abondante législation décentralisée. C'est ce qui permet aux visiteurs étrangers de percevoir de manière très concrète le fait qu'en Suisse, un canton n'est pas une simple circonscription administrative, mais un authentique micro-Etat disposant de son gouvernement, de son parlement et de ses tribunaux.

A titre de comparaison, une anecdote révélatrice mérite d'être signalée. Il y a quelques années, le canton de Genève a procédé à une refonte complète de sa législation cantonale, accompagnée de la mise de cette dernière sur un support informatique de type CD-Rom. A cette occasion, il a souhaité profiter de ce travail d'envergure pour systématiser et informatiser de la même manière la législation des 45 communes genevoises. Le responsable du projet a donc rendu visite à toutes les municipalités du canton, dans le but de collecter les précieux règlements communaux. Ce faisant, il s'est rendu compte que les textes en question étaient fort difficiles à rassembler, non seulement parce qu'ils étaient rares, mais parce qu'au surplus ils étaient éparpillés dans des tiroirs, des classeurs ou des endroits plus inaccessibles encore. Cette absence «physique» de la législation traduit à l'évidence la minceur des compétences communales dans un canton comme Genève.¹ Certaines régions de pays étrangers n'ont guère plus de compétences vis-à-vis de l'Etat central que les communes genevoises envers leur canton, et la minceur de la législation «régionale» ne fait que traduire cette faiblesse.

2.1.2 *Respect de l'histoire*

Dans ce contexte, il est nécessaire de signaler une particularité supplémentaire – mais fondamentale – de la Suisse: ses cantons ont une très longue histoire. Certes, c'est le cas pour toutes les régions du globe, mais il n'est pas question ici d'un truisme: les cantons suisses sont demeurés pour l'essentiel dans leurs frontières et selon leur structure historique, remontant aisément jusqu'au moyen âge. Comme au surplus ils disposent de compétences et d'une grande autonomie tant organisationnelle que financière, la législation cantonale peut donc parfaitement tenir compte de toutes ces particularités pour refléter les racines les plus profondes, la substance même du canton et pour souligner ses différences. Cela contribue au maintien de l'identité cantonale qui, elle aussi, participe pleinement de cette notion d'Etat si importante pour le fédéralisme.

2.2 Le droit cantonal, un reflet de la diversité

Comme le système fédéraliste suisse laisse une généreuse marge de manœuvre aux cantons, ceux-ci ont tout loisir d'adopter des réglementations qui tiennent compte de leurs spécificités. Il en résulte une incroyable diversité. C'est la conclusion à laquelle aboutissent quotidiennement les juristes de l'Institut du Fédéralisme lorsqu'ils rédigent des études de droit cantonal comparé: à l'évidence, les cantons font le plus large usage de toute la liberté qui est à leur disposition. Parmi des centaines d'exemples qui pourraient être tirés des études réalisées par l'Institut, nous allons en voir ci-après quelques-uns, choisis de manière arbitraire, parfois pour leur aspect un peu anecdotique, toujours pour leur exemplarité.

2.2.1 Premier exemple: le contrôle financier sur les communes

La manière dont les cantons ont *formellement* traité cette question est fort différente de l'un à l'autre, surtout en ce qui concerne le nombre d'articles qui y est consacré. Alors que certains cantons (OW, AI) ne disposent pas d'une loi sur les communes, d'autres (UR, BS, SH, SG, TG, VD, NE et JU) ont prévu des textes *spécifiques* pour ce qui touche à l'administration financière des communes. Ils sont présentés en italique dans le tableau qui suit.

Les Textes Topiques présentés en fonction de leur Ancienneté:

ZH	<i>Gesetz über das Gemeindewesen</i>	06.06.1926
VD	<i>Loi sur les communes</i>	28.02.1956
LU	<i>Gemeindegesetz</i>	09.10.1962
NE	<i>Loi sur les communes</i>	21.12.1964
OW	<i>Verfassung des Kantons Unterwalden ob dem Wald</i>	19.05.1968
SZ	<i>Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke</i>	29.10.1969
BL	<i>Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden</i>	28.05.1970
NW	<i>Gesetz über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden</i>	28.04.1974
GR	<i>Gemeindegesetz des Kantons Graubünden</i>	28.04.1974
JU	<i>Loi sur les communes</i>	09.11.1978
AG	<i>Gesetz über die Einwohnergemeinden</i>	19.12.1978
SG	<i>Gemeindegesetz</i>	23.08.1979
VD	<i>Règlement sur la comptabilité des communes</i>	14.12.1979
ZG	<i>Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden</i>	04.09.1980

FR	<i>Loi sur les communes</i>	25.09.1980
VS	<i>Loi sur le régime communal</i>	13.11.1980
SG	<i>Haushaltverordnung</i>	12.10.1981
GE	<i>Loi sur l'administration des communes</i>	13.04.1984
BS	<i>Gemeindegesezt</i>	17.10.1984
UR	<i>Reglement über das Rechnungswesen der Gemeinden</i>	04.06.1985
JU	<i>Décret concernant l'administration financière des communes</i>	21.05.1987
SH	<i>Gesetz über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden</i>	26.06.1989
SO	<i>Gemeindegesezt</i>	16.02.1992
GL	<i>Gemeindegesezt</i>	03.05.1992
NE	<i>Règlement sur les finances et la comptabilité des communes</i>	18.05.1992
NE	<i>Directives aux organes de révision des comptes communaux</i>	08.11.1995
BS	<i>Verordnung über die Gemeindeaufsicht</i>	10.06.1997
BE	<i>Gemeindegesezt</i>	16.03.1998
AR	<i>Gemeindegesezt</i>	07.06.1998
SH	<i>Gemeindegesezt</i>	17.08.1998
TG	<i>Gesetz über die Gemeinden</i>	05.05.1999
TG	<i>Verordnung des Regierungsrates über das Rechnungswesen der Gemeinden</i>	16.05.2000

2.2.2 *Deuxième exemple: les droits populaires*

L'Institut du Fédéralisme a publié une étude sur le nombre de signatures nécessaires pour faire aboutir un référendum ou une initiative dans les cantons (voir Schmitt, PIFF N° 16), et de ce point de vue la diversité des situations est étonnante....

Avant toute chose, on peut constater des différences conceptuelles. Si tous les cantons connaissent le référendum et l'initiative constitutionnelle, il existe des différences en ce qui concerne le référendum financier ou le référendum législatif, qui ne sont pas connus de la même manière dans tous les cantons. Par ailleurs certains cantons prévoient des initiatives parfois insolites, telles celles qui visent à la destitution du parlement ou du gouvernement cantonal.

En ce qui concerne le nombre de signatures, notre étude les a comptées à la fois en valeur absolue et en pourcentage de la population. Pour des raisons pratiques, nous ne reproduisons ici que quelques maxima et minima:

Initiative législative:

Valeur absolue: Minimum: GL/AI : 1 Maximum: BE: 15'000

Valeur relative: Minimum: AI: 0,0071% Maximum: NE: 4,456 %

Initiative constitutionnelle:

Valeur absolue: Minimum: GL: 1; AR 300 Maximum: BE: 5'000/30'000

Valeur relative: Minimum: GL: 0,00329 % Maximum: NE : 7,761 %

Référendum financier obligatoire/ou plus souvent facultatif:

Maximum: LU: 2,1 % du revenu du canton; NE 2,562 % sous le régime de l'ancienne Constitution

Minimum: SZ: 0,005 % du revenu du canton

Référendum législatif, obligatoire ou facultatif:

Il y a de moins en moins de cantons qui connaissent le référendum législatif obligatoire (SZ, GL, AR, GR, AG). En cas de référendum législatif facultatif, le nombre de signatures requises s'élève de 100 (OW) à 12'000 (VD).

Référendum facultatif en général:

En valeur absolue, le nombre de signature requises s'élève de 100 (OW), 200 (AI), 250 (NW) ou 450 (UR), jusqu'à 10'000 (BE) ou même 12'000 (VD). En valeur relative, ce nombre s'étend de 0,355% (OW) ou 0,526% (ZH), à 3,178% (TI).

La patiente récolte de ces chiffres permet de démontrer à quel point l'accès des citoyens aux droits populaires est varié. Il faudrait évidemment poursuivre la recherche pour établir précisément de quelle manière ces différences reflètent des conceptions diverses de la démocratie. Mais on voit par exemple immédiatement que les petits cantons de Suisse centrale sont très généreux en la matière, héritage peut-être de la *Landsgemeinde*, même quand celle-ci n'existe plus.

2.2.3 Troisième exemple: la dénomination des autorités communales dans les cantons romands

Il s'agit en l'occurrence d'une petite étude réalisée pour le magazine «Coopération». Elle met en lumière les différences terminologiques considérables en ce qui concerne les autorités communales dans les sept cantons romands.

Ainsi, le nom du *législatif communal* (quand il est institué, car là aussi les conditions différent) varie d'un canton à l'autre:

- Parlement (BE)
- Conseil général (FR, VS, NE, JU)

- Conseil communal (VD)
- Conseil municipal (GE)

Il en va de même pour le nom de l'*exécutif communal*:

- Conseil communal (BE, FR, NE, JU)
- Conseil municipal (VS)
- Conseil administratif (GE)
- Municipalité (VD)

Et c'est identique pour le nom du *président de cet exécutif*:

- Maire (BE, GE, JU)
- Syndic (FR, VD)
- Président (VS, NE)

Quand on sait qu'à Genève l'ensemble du corps électoral est appelé *Conseil général*, on se rend compte des quiproquos qui peuvent exister entre certains cantons où le *même nom* désigne d'un côté tous les électeurs et de l'autre un parlement local quand il est institué... Ou que le *Conseil communal*, comme d'ailleurs le *Conseil municipal*, est un *exécutif* dans cinq cantons, et un *législatif* dans deux autres.

2.2.4 *Quatrième exemple: les membres des parlements cantonaux*

Notre recherche prend en compte le nombre de parlementaires dans les Grands conseils cantonaux, une fois en valeur absolue, et une fois en calculant le nombre d'habitants que représente chaque parlementaire.

Le nombre *absolu* de parlementaires varie dans une proportion de 1 à 4: 46 (AI), 55 (OW), 60 (JU, NW), 64 (UR) et 200 (AG). Le nombre *relatif* de citoyens représentés par parlementaire s'étend de 6'598 (ZH) ou 3'989 (GE) à 556 (UR), 484 (GL) ou 324 (AI). On distingue là une variation encore plus considérable dans le degré de démocratie, puisqu'un parlementaire zurichois représente 20 fois plus de citoyens qu'un parlementaire appenzellois.

2.2.5 *Cinquième exemple: le droit du propriétaire aux fruits pendants*

Cette recherche a été réalisée pour l'édition tessinoise du magazine de protection des consommateurs «Bon à savoir». La question des fruits pendants constitue l'un des rares domaines relevant du Code Civil et dont la compétence appartient toujours aux cantons. Là encore, il est intéressant de relever les différences dans l'utilisation de celle-ci.

Très exactement la moitié des cantons n'a pas pris de disposition d'application spécifique (ZH, BE, LU, SZ, SO, BS, SH, SG, GR, AG, TG, GE et JU). C'est donc la règle générale de l'art. 667 CC qui s'applique:

Le propriétaire du fonds sur lequel les branches et racines s'avancent [nous l'appellerons le voisin] a le droit de les couper et de les garder [moyennant réclamation préalable, bien entendu].

Il a également droit aux fruits pendants de ces branches.

A noter que la loi ne parle pas des fruits tombés, alors que certains cantons le font.

Au contraire, au terme de l'art. 688 CC, le droit cantonal peut obliger ce voisin à souffrir que les branches s'avancent sur son fonds et peut le priver du droit aux fruits pendants (ou réglementer ce droit).

Si l'on analyse comment les cantons ont réglementé cette question, abstraction faite de spécificités encore plus originales, on arrive au résultat suivant. En ce qui concerne l'avancement des branches:

- 21 cantons permettent au voisin de couper ou de garder les branches et racines qui s'avancent sur son fonds.
- 5 cantons (UR, OW, GL, BL, AI) obligent le voisin à souffrir cet avancement.

En ce qui concerne les fruits pendants:

- Dans 23 cantons, les fruits pendants appartiennent au voisin.
- Dans 2 cantons (AI et VS) les fruits pendants appartiennent au propriétaire de l'arbre.
- Dans 1 canton (GL) ils sont distribués à parts égales entre le voisin et le propriétaire.

Cette réglementation cantonale peut conduire à un résultat surprenant, même s'il demeure évidemment très théorique. Mais l'actualité nous rappelle tous les jours que la réalité dépasse souvent la fiction. Si donc dans une propriété située dans la commune de Massongex (VS), des branches surplombent une propriété voisine qui se trouve dans la commune de Bex (VD), et que cette branche porte des fruits, ceux-ci appartiendront *simultanément* à deux propriétaires.

2.2.6 Sixième exemple: la police mortuaire

Ce dernier exemple relève de l'anecdote, mais il est tellement révélateur... L'Institut a été chargé de procéder à une recherche relative à l'existence (ou non) de réglementations cantonales relatives à des «carrés musulmans» dans les cimetières.² Comme ceux-ci relèvent essentiellement du droit communal, l'étude entreprise n'a pratiquement livré aucune disposition pertinente en la matière dans les législations cantonales relatives à la police mor-

tuaire. Mais en revanche, les textes relatifs à cette question mettent en lumière des différences considérables entre les cantons sur des points de détails tels que les délais d'inhumation, les dimensions des fosses dans les cimetières, la profondeur des tombes, quand il n'agissait pas de prescriptions relatives aux matériaux ou aux décorations des cercueils. Cette volonté de régler un tel domaine dans les moindres détails, et avec un luxe de détails dans la diversité, constitue de manière bien involontaire un florilège d'humour noir.

2.3 Les cantons, des laboratoires législatifs

Cette possibilité offerte aux cantons d'inscrire leurs spécificités dans leur législation, et ainsi de se positionner très clairement par rapport aux autres cantons, représente un avantage supplémentaire du fédéralisme. En effet, il permet à de petites collectivités de jouer le rôle de laboratoires législatifs dans de nombreux domaines.

C'est un principe qui fonctionne d'ailleurs très bien en Suisse, où les cantons font traditionnellement office de pionniers. Ainsi en a-t-il été dès les années 1830, puisque certains cantons se sont «régénérés» avant d'entraîner tous les autres dans leur sillage. Il en est allé de même avec le vote des femmes, qui a été introduit dans plusieurs cantons avant de l'être au niveau fédéral. Plus récemment, on peut citer la «Convention relative à la négociation, à la ratification, à l'exécution et à la modification des conventions inter-cantoniales et des traités des cantons avec l'étranger», appelée plus communément le «Concordat des Concordats», qui a été conclue le 9 mars 2001 entre les six cantons romands de Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura (Cf. RS 134.11)³ et est entrée en vigueur le 23 avril 2002 (RS 134.11). Comme son nom l'indique, les cantons signataires ont mis au point des structures et des procédures permettant d'associer les parlements cantonaux à toutes les phases du concordat, de sa préparation à son exécution. Sa publication au RS fédéral signifie ipso facto qu'il est ouvert à la signature des autres cantons suisses, bien que ces derniers ne s'y soient vraisemblablement pas encore intéressés.

Dans un tel contexte, le droit comparé joue un rôle essentiel, puisque les autorités cantonales et fédérales doivent se tenir au courant de ce qui se passe ailleurs. Pour les aider, notre *Bulletin de législation* comprend une rubrique «Trends» qui leur permet de consulter les dernières nouveautés législatives. Un des points de cette rubrique répertorie les mots-clés, autrement dit les thèmes qui préoccupent les cantons, souvent sous la forme d'interventions parlementaires. Au fil des mois, on se rend compte qu'un grand

nombre de thèmes d'actualité ont suscité l'interrogation, l'étude et le débat au sein des législatifs et des exécutifs cantonaux.

2.4 Diversité et fusions de cantons

Cette diversité juridique joue un rôle fondamental dans un domaine qui a passablement agité le landerneau politique ces dernières années: les fusions de cantons. Il est d'autant plus légitime d'aborder ce thème ici que l'Institut suisse de droit comparé se situe dans un des deux cantons qui ont connu l'aventure d'une initiative visant à le faire fusionner avec son voisin. Ce faisant, on peut souligner que si les initiants avaient procédé à une étude de droit cantonal comparé, ils auraient pu se rendre compte des insurmontables difficultés pratiques que recelait leur projet.

Ils auraient en effet découvert que la fusion de deux cantons implique des uniformisations législatives d'une telle ampleur qu'elles permettraient à une «petite armée» de juristes de vivre confortablement pendant quelques décennies. Mais comme précisément l'un des arguments avancés par les initiants était celui des économies d'échelle, le public un peu averti pouvait aisément s'apercevoir que le travail législatif imposé par une fusion serait tellement considérable qu'il réduirait à néant les avantages économiques de l'opération. En effet, il ne s'agit pas uniquement de procéder à une nouvelle rédaction législative, mais de parvenir à synthétiser deux conceptions juridiques parfois vieilles de plusieurs siècles, ainsi que nous l'avons rappelé ci-dessus. De telles conséquences ont été malheureusement passées sous silence par les initiants. Du point de vue du droit comparé, un exemple substantiel peut être mis en lumière: la question de la réglementation des relations entre l'Eglise et l'Etat, qui relèvent des compétences cantonales les plus importantes.

En la matière, le canton de Genève est de tous les cantons suisses celui dans lequel la séparation entre l'Eglise et l'Etat est la plus aboutie, au point d'ailleurs que l'Eglise est parfois amenée à déplorer les difficultés de sa situation économique. A l'opposé, le canton de Vaud est de tous les cantons suisses celui dans lequel l'Eglise et l'Etat sont les plus proches, avec des pasteurs qui sont des fonctionnaires. Comment concilier à la satisfaction générale des conceptions aussi divergentes, qui reposent sur une histoire pluriséculaire, et au surplus dans un domaine toujours sensible? A titre comparatif, on se doit de signaler que, dans le canton de Fribourg, il existe une loi du 26 septembre 1990 sur les rapports entre l'Eglise et l'Etat. Les premiers travaux relatifs à cette loi ont débuté dans les années 60, mais elle n'est entrée en vigueur dans son régime ordinaire qu'en 1998. Il a donc fallu

plus de trente ans d'efforts pour arriver à un compromis qui satisfasse toutes les communautés religieuses, ce qui est à peine surprenant quand on songe à quel point ce domaine est délicat, même si l'on peut avoir l'impression que la religion tend à perdre de son importance en Suisse. C'est peut-être vrai, mais le feu qui couve ne demande qu'à se rallumer. Que l'on pense d'ailleurs à tous les débats passionnés qui ont entouré la question du foulard islamique.

Mutatis mutandis, les mêmes problèmes se posent pour de nombreux domaines sensibles. Il suffit de songer aux tensions qui naissent régulièrement en matière de planification hospitalière ou de statut des enseignants pour imaginer toutes les impasses auxquelles on risque d'aboutir en cas de fusion, et qui seront d'autant moins faciles à surmonter qu'elles impliquent des citoyens dotés en Suisse de nombreux droits sociaux et politiques.

Donc, si les tenants de la fusion avaient pris la peine de procéder à une étude de droit comparé, ils auraient pu se rendre compte que l'union de Vaud et de Genève serait un cauchemar législatif, et ils auraient sagement rangé leur idée au rayon des utopies. Le net rejet du projet en votation populaire a montré que les citoyens des cantons concernés avaient un sens pratique plus développé. En effet, la vigueur du sentiment identitaire, qui se traduit en termes législatifs, est trop forte: «*On ne peut pas casser ces entités*» (Gross 2003, 10).

3 Le droit cantonal comparé vu de l'intérieur: son utilité

Ainsi donc, l'expert neutre qui fait des recherches en matière de droit intercantonal comparé peut en constater la richesse, la variété et la diversité, ce qui joue un rôle capital pour le maintien du fédéralisme.

Mais un second aspect important mérite d'être mis en lumière. Il s'agit de l'importance du droit comparé *de l'intérieur*, à savoir du point de vue des autorités cantonales chargées de légiférer. Au-delà des considérations relatives à la théorie du fédéralisme, il s'agit de persuader les législateurs de l'utilité du droit cantonal comparé.

3.1 Le droit cantonal comparé, une atteinte à la diversité?

L'expérience prouve que les cantons font, dans leur législation, le plus large usage de la diversité qui leur est proposée. C'est dans ce contexte que les adversaires du droit comparé vont faire entendre leurs critiques. Ils vont prétendre que la fonction première du droit cantonal comparé est unificatrice, voire uniformisatrice. C'est d'ailleurs une opposition qui a été exprimée il y a quelque 20 années, lorsqu'il a été question de fonder un Insti-

tut du Fédéralisme doté d'un Centre de documentation de droit cantonal. Plusieurs cantons ont exprimé quelques réserves quant au rôle unificateur qu'il pourrait jouer en la matière, puisqu'il allait désormais être très facile de procéder à des comparaisons entre tous les cantons. Les années ayant passé et l'Institut ayant réalisé de nombreuses études en la matière, force est de reconnaître que ces craintes se sont révélées sans fondement.

3.2 Le droit cantonal comparé, tout simplement utile

Le droit intercantonal comparé doit permettre de trouver les solutions les plus efficaces et les plus innovatrices en se basant sur les expériences qui ont été réalisées ailleurs. C'est une vision que d'aucuns trouveraient un peu idéaliste, mais elle explique que celui-ci permette de renforcer la diversité, parce qu'il autorise les cantons à trouver des solutions qui correspondent le plus possible à leurs spécificités. Bien évidemment, tous les cantons ne vont pas recourir à ce schéma pour chaque nouveau projet législatif. Certains d'entre eux recopient même simplement des textes qu'ils jugent bien rédigés.

Cette ambiguïté ressemble un peu à celle qui entoure la rédaction législative ou constitutionnelle bilingue. Elle permet évidemment de rédiger les textes légaux importants de la manière la plus adéquate, mais elle se révèle aussi dispendieuse en temps qu'en énergie... et donc en argent.

En deçà de cette vision «angélique» selon laquelle le droit cantonal comparé permet un renforcement sensible de la diversité, les quelques exemples qui suivent démontrent qu'il est en maintes occasions extrêmement utile, ce qui est déjà fort méritoire. Il permet en effet à un canton de s'informer de manière exhaustive et de se positionner, ce qui peut en fin de compte lui permettre de réaliser d'intéressantes économies.

3.3 Positionnement

Le droit comparé permet à un canton de se situer par rapport aux autres, lorsqu'il est question d'adopter ou de réviser un texte de loi.

Le canton peut ainsi se rendre compte qu'il est le premier ou le dernier à légiférer et décider en toute connaissance de cause, ce qui est important, par exemple dans le contexte de la préparation des débats parlementaires. Les députés ne vont pas accueillir de la même manière un texte tout à fait novateur ou un texte qu'il faut adopter parce que le canton est le dernier à ne pas l'avoir encore fait. Le message gouvernemental devra être plus solidement charpenté dans le premier cas que dans le second.

Une petite anecdote permet ici d'illustrer le débat. L'Institut du Fédéralisme a reçu une demande du canton de Genève, qui souhaitait savoir quel était l'état des législations en Suisse en ce qui concernait les archives. Le canton disposait d'un texte relativement ancien et partait du principe que dans ce domaine réputé poussiéreux, les législations l'étaient également. Quelle ne fut pas sa surprise d'apprendre qu'en fait tous les cantons disposaient de législations récentes! Le résultat ne s'est pas fait attendre, et le canton s'est rapidement doté d'une toute nouvelle loi: il s'agit de la loi du 1^{er} décembre 2000 sur les archives publiques, qui abroge celle du 2 décembre 1925. Le projet PL 8182 est daté du 13 janvier 2000, ce qui signifie que les travaux ont été rondement menés. On peut d'ailleurs lire en page 9 de ce projet qu'il s'est inspiré de la loi fédérale sur l'archivage du 26 juin 1998 et de la loi sur les archives de Bâle-Ville du 11 septembre 1996.⁴

3.4 Un exemple d'économies potentielles, la structure du canton

Le Centre national a réalisé, pour le compte d'un canton qui souhaitait procéder à une modification de son aménagement interne, une étude sur les districts et les régions des cantons suisses.⁵ Sa conclusion est que de nombreux cantons se sont lancés dans de telles opérations, mais qu'elles n'ont presque jamais abouti.

Comme les modifications totales des constitutions cantonales, les réformes des structures territoriales des cantons sont à la mode. Plusieurs cantons ont entrepris une telle modification ou envisagent de le faire. Mais comme le fait remarquer Jean-François *Aubert* avec une pointe d'irrévérence à propos des constitutions cantonales, il est important de ne pas se laisser impressionner par la «pensée constitutionnelle unique» (La Constitution neuchâteloise 2001, XV). Transposée à l'organisation territoriale, cette réflexion rappelle que plusieurs cantons se sont lancés ont essayé de concevoir – ce qui est un peu illusoire – une nouvelle organisation territoriale qui représenterait l'efficacité *absolue*.

Cette quête a débouché sur la publication de nombreuses études structurelles, sociales ou juridiques, notamment dans les cantons de Berne, Schwyz, Soleure et St.Gall. Ces ébauches se sont malheureusement heurtées à la réalité. Comme le dit cette citation que l'on pourrait attribuer à *Confucius*, «entre la théorie et la pratique, il y a plus que l'épaisseur d'une feuille de papier». Les auteurs de ces projets se sont inspirés de considérations économiques, de globalisation et de «New Public Management», mais en fin de compte la plupart de ces réformes sont restées lettre morte ou ont été rejetées, parce que dans un système de démocratie directe comme celui de la

Suisse les citoyens n'aiment pas être bousculés. L'expérience comparative nous apprend donc qu'il est fort difficile de concrétiser de telles réformes et de dépasser le stade de projets souvent trop spéculatifs.

La structure idéale, permettant de résoudre tous les problèmes, n'existe pas. La division du territoire cantonal, prérogative fondamentale et exclusive des cantons, est un exercice essentiellement politique, et la politique n'est jamais que l'art du possible. C'est la raison pour laquelle des structures relativement complexes seront inévitables pour tenir compte de la quantité des paramètres existant dans des cantons aussi anciens que les nôtres. Voilà pourquoi les expériences et les tentatives cantonales trop radicales présentent de telles distorsions entre la théorie et la pratique. Certains cantons ont échafaudé de grands projets, voire une «Vision» (selon le terme même utilisé à BE) pour trouver l'efficacité absolue, mais ceux-ci peinent à transcender les obstacles politiques et identitaires.

La prise en compte de telles considérations peut permettre à un canton d'éviter d'engager trop de temps et d'énergie dans un projet qui a peu de chances d'aboutir, ainsi que le montre l'expérience comparative. Et le canton qui voudrait quand même se lancer dans une telle réforme serait bien inspiré de choisir une voie modérée.

3.5 Un autre exemple d'économies, la législation genevoise sur la santé

Il s'agit ici d'un petit exemple révélateur de l'ingéniosité d'une commission. Le canton de Genève a décidé d'entreprendre une refonte de sa loi sur la santé publique. L'expert mandaté pour ce faire est le professeur Olivier Guillo, directeur de l'Institut de droit de la santé de Neuchâtel, qui avait déjà procédé à la refonte de plusieurs lois romandes en la matière. Avec une louable modestie, la Commission chargée de l'élaboration d'un projet de loi sur la santé a accepté que le texte de base de ses travaux soit repris de la nouvelle loi fribourgeoise sur la santé du 16 novembre 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Le Conseiller d'Etat Pierre-François Unger et la Commission ont considéré que le travail déjà effectué pouvait très bien servir de base de réflexion. En l'occurrence, l'œuvre de droit comparé réalisée par un expert a permis d'éviter des études préparatoires longues et onéreuses.

3.6 Les mouvements et tendances

Le droit cantonal comparé permet de se rendre compte des mouvements et tendances qui se dessinent dans le paysage législatif suisse. Cette fonction rejoint celle de laboratoire, dont nous avons déjà parlé, mais relève égale-

ment du positionnement: un canton peut en effet toujours savoir s'il entend sciemment jouer le rôle de pionnier.

Ainsi, en parcourant cette présentation, nous avons croisé quelques mouvements qui se dessinent au plan national, comme la tendance à restreindre le nombre des membres d'autorités, ou celle à supprimer le référendum législatif obligatoire. Certes, il faut faire attention là encore au syndrome de la pensée unique. Mais les organes dirigeants peuvent, en étant informés de la situation, prendre une décision en toute connaissance de cause et choisir soit de s'aligner sur la tendance constatée, soit de rester fidèles à leurs convictions.

La révision des constitutions cantonales, à laquelle peu de cantons se sont soustraits, constitue peut-être le *trend* le plus affirmé de ces dernières années. Il est révélateur de lire sous la plume du professeur Etienne Grisel le commentaire suivant, quant à la nécessité de la révision de la Constitution cantonale: « Le Valais fait partie d'un groupe de six cantons [sur 26] qui est resté à l'écart d'un mouvement que l'on peut à juste titre considérer comme général».

3.7 La nécessité de la clarification, l'exemple du marché de l'électricité

Sans aller jusqu'à l'unification, il peut quand même y avoir la nécessité d'une certaine harmonisation, dans un but de clarification conceptuelle. Ainsi en va-t-il du marché de l'électricité. C'est une recherche que le Centre national a réalisée pour l'Office fédéral de l'énergie, en fonction d'un catalogue de questions très précis.

Ce faisant, il est très vite apparu qu'il n'existait pas deux cantons dans lesquels la question était réglée de la même manière. Tous les cantons ne disposent pas d'ailleurs d'une loi sur l'énergie. Il s'est même trouvé des cas où la matière était réglementée par le biais d'une convention privée ne figurant pas au recueil systématique de la législation cantonale. Le citoyen-contribuable ne peut donc trouver aucune trace de réglementation d'un sujet aussi important. De la sorte, les différences deviennent trop considérables entre les cantons qui ont pratiquement tout réglementé, et ceux qui n'ont rien entrepris.

Dans certains cantons, le Conseil d'Etat a adopté un tarif, mais si celui-ci est obligatoire pour l'établissement cantonal chargé d'approvisionner l'électricité, il ne l'est pas pour les entreprises privées. Il y a donc de grandes différences de traitement entre les clients, qui ne ressortent cependant pas des textes. En fin de compte, on en vient presque à s'étonner que les citoyens puissent quand même être approvisionnés en courant électrique. De la

sorte, le droit comparé permet de mettre en lumière les failles d'un domaine dans lequel une certaine harmonisation pourrait se révéler souhaitable.

4 Conclusion générale

Contrairement à ce que pourraient craindre certaines personnes qui considèrent les vingt-six cantons suisses comme indignes d'intérêt législatif, le droit cantonal offre une matière assez vaste pour servir de support à des recherches en matière de droit comparé.

Celles-ci font au surplus ressortir une double utilité du droit cantonal comparé.

Dans un premier temps, il permet de vérifier que la diversité cantonale est toujours assez grande pour correspondre à l'un des éléments-clé de la théorie du fédéralisme. A l'heure actuelle en Suisse, on peut constater qu'il n'y a rien à craindre à ce propos.

Dans un deuxième temps, le droit cantonal comparé doit permettre à chaque canton de se situer exactement par rapport aux autres, pour savoir s'il entend ou non jouer le rôle de pionnier, pour savoir s'il est en avance ou en retard, et surtout pour s'inspirer de ce qui a déjà été fait, non dans l'idée de copier servilement, mais tout simplement pour éviter de recommencer des études déjà faites ailleurs, ou alors pour ne pas se lancer dans une entreprise qui a déjà montré ses risques ou ses limites dans d'autres cantons.

Devant tant d'avantages démontrés, comment ne pas être convaincus de l'importance du droit cantonal comparé...

Tableau récapitulatif de la documentation juridique à disposition du Centre national de l'Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg.

Canton	Legislation systematique		Legislation chronologique	Feuilles officielles	Legislation en preparation (projets de lois)					Moyenne	Interventions parlementaires, rapports, divers					Moyenne	Protocole le GC (n° par an (env))	Jurisprudence cantonale
	Nombre de recueils	Mises à jour par an			Si oui, à disposition depuis	Nombre par année	1999	2000	2001		2002	1999	2000	2001	2002			
ZH	11	4	1981	51	62	43	62	45	53	195	296	254	339	271	45	Bizur 1987		
BE	32	4	1994	52	55	99	36	52	60	164	230	196	212	200	5	BV/R/LAB 1990		
LU	15	2	1988	52	19	17	22	16	19	4	5	3	4	4	4	LGVE 1980		
UR	6	2	0	51	17	12	10	13	13	0	0	0	0	0	0	1982		
SZ	7	1	0	51	19	12	11	13	13	12	15	21	14	16	0	EGV-SZ 1984		
OW	0	0	1899	52	21	14	12	21	17	6	9	12	17	11	0	VVGE 1986		
NW	8	2	0	52	12	16	15	19	16	7	8	12	15	10	0	NGVP 1983		
GL	6	1	1976	51	17	24	21	15	19	15	19	17	6	14	0	1984		
ZG	7	2	1981	51	11	17	13	12	13	15	19	30	30	24	17	GVP 1985		
FR	32	4	1803	52	31	40	22	26	30	52	55	57	56	55	7	RF/JFZR 1992		
SO	16	2	1989	52	56	60	41	30	47	80	53	50	99	70	9	SOG 1974		
BS	12	3	1987	97	14	18	12	13	14	43	34	86	88	63	13	BLM 1986		
BL	9	2	1992	52	11	19	17	24	18	26	46	81	96	18	20	VGE 1980		
SH	5	1	0	52	19	18	20	28	22	2	19	28	20	18	26	1975		
AR	8	1	0	52	0	13	12	18	15	6	6	2	3	5	0	GVP 1989		
AI	5	1	0	52	23	28	27	27	26	0	1	2	3	2	0	1985		
SG	9	5	0	52	18	14	26	27	22	90	131	154	107	121	4	GVP 1970		
GR	5	2	1976	52	50	69	14	18	37	56	51	85	76	68	5	PKG 1981		
AG	9	2	1984	52	36	31	29	24	31	166	205	175	174	180	49	AGVE 1985		
TG	5	2	0	52	6	7	14	13	10	7	9	23	16	15	16	TVR 1985		
TI	11	3	1989	104	32	38	25	32	32	55	58	57	58	57	3	Rep 1979		
VD	12	0	1984	104	30	21	29	23	28	97	67	49	84	74	10	JdT 1974		
VS	8	2	1984	52	18	28	17	15	19	178	180	125	136	155	0	RV/JZWR 1985		
NE	16	2	0	104	23	30	23	24	25	44	30	25	29	32	0	RJN 1980		
GE	16	6	1984	156	96	96	108	78	95	94	83	110	98	96	0	SemJud 1994		
JU	12	1	0	46	46	67	38	24	44	116	143	136	162	139	23	RJJ 1991		
Total	282	57		1646	750	851	676	650	738	1532	1772	1790	1946	1718	256			

Notes

L'auteur tient à remercier chaleureusement Mme Christine Verdon pour son aide précieuse.

- 1 Dans l'édition 2/2003 du CD-Rom genevois, seules sont systématiquement les législations des communes de Bernex, Carouge, Confignon, Ville de Genève et Lancy.
- 2 Cf. à ce propos la modification du 4 juin 2003 de la loi sur les sépultures du canton de NE, entrée en vigueur le 27 août 2003.
- 3 p. 1 texte en italique.
- 4 Il est relativement fréquent que des textes cantonaux contiennent une comparaison intercantonale. Ainsi en est-il allé de deux interventions parlementaires valaisannes publiées aux pp. 32 et 34 de la liste des motions développées en session de mars 2003 ; la première est le postulat en vue de l'administration d'une expertise sur le fonctionnement de la justice pénale valaisanne (4.169), qui se réfère explicitement à l'expertise identique réalisée pour la justice pénale fribourgeoise ; la seconde est la motion en vue de la création de l'obligation pour les juges d'instruction pénale d'établir pour chaque dossier un bordereau mentionnant toutes les opérations d'enquête (4.174), qui contient une comparaison intercantonale pour signaler

que le canton du Valais est en retrait. Dans ce même canton, signalons que le message du 18 septembre 2002 accompagnant le projet de loi modifiant la loi concernant les dossiers de police judiciaire du 28 juin 1984, contient une comparaison intercantonale en matière de réglementation de la prostitution.

- 5 L'étude s'intitule: De l'existence, des fonctions et de l'utilité d'un échelon intermédiaire en Suisse et plus spécialement dans le Canton du Valais.

Bibliographie

- Engel, Pierre, 2001, Sur l'inflation législative, *Bulletin de législation* 4/2001, p. XV.
- Gross, Andreas, 2003, Interview dans la *quotidien Liberté* du samedi 4 juin, p. 10.
- La Constitution neuchâtelaise du 24 septembre 2000, 2001, *Bulletin de législation* 5/2001, p. XV.
- La Systématique & L'Index de l'Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg, 2000, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich.
- Schmitt, Nicolas, Le nombre de signatures nécessaires dans les cantons suisses pour les initiatives et les demandes de référendum (Etat de la législation: 01.01.2000), Travaux de recherche PIFF, No 16.

Zusammenfassung

Das kantonale Recht bietet für rechtsvergleichende Untersuchungen ein weites Anwendungsfeld. Mit ihrer grossen Verschiedenartigkeit sind die Gesetzgebungen der Kantone so etwas wie Versuchslabors der Rechtsetzung. Dank einem Vergleich der bestehenden Regelungen kann man sich Erfahrungen, die anderswo gemacht wurden, zunutze machen und zu wirksamen und innovativen Problemlösungen gelangen. Der Autor stellt die kantonalen Rechtsquellen vor und illustriert anhand gelegentlich kurioser Beispiele deren Vielfalt. Dann zeigt er den praktischen Nutzen der Rechtsvergleichung für kantonale Behörden, die mit Rechtsetzungsprojekten befasst sind. Der Autor ist zwar nicht der naiven Meinung, die Rechtsvergleichung könne die föderalistische Vielfalt spürbar verstärken und jedem Kanton zu Lösungen verhelfen, die seinen Besonderheiten optimal gerecht werden. Dennoch zeigt er, dass es sich lohnt, wenn Kantone sich von Erfahrungen anderer Kantone inspirieren lassen. Der interkantonale Rechtsvergleich macht auch auf gewisse Tendenzen aufmerksam, die sich in der schweizerischen Rechtsetzungslandschaft abzeichnen. Er ermöglicht es schliesslich zu erkennen, in welchen Bereichen sich eine konzeptionelle Harmonisierung aufdrängt.