



Article scientifique

Article

2018

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Contrôle abstrait et qualité pour recourir d'un canton devant le Tribunal fédéral

Grodecki, Stéphane

How to cite

GRODECKI, Stéphane. Contrôle abstrait et qualité pour recourir d'un canton devant le Tribunal fédéral. In: Pratique juridique actuelle, 2018, n° 2, p. 181–186.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:102834>



Contrôle abstrait et qualité pour recourir d'un canton devant le Tribunal fédéral

STÉPHANE GRODECKI*

De nombreux cantons connaissent une forme de juridiction constitutionnelle cantonale. La présente contribution examine dans quelle mesure un canton peut saisir le Tribunal fédéral d'un recours contre un jugement cantonal relatif au contrôle abstrait d'une norme. L'auteur soutient que seul le Tribunal fédéral doit s'assurer de l'application uniforme du droit fédéral et qu'un canton devrait pouvoir déposer un recours sur la base de l'article 89 al. 2 let. c LTF, lorsque – et uniquement dans ce cas – l'application du droit fédéral, notamment en lien avec la portée de la primauté du droit fédéral (art. 3 et 49 Cst.) est contestée.

Zahlreiche Kantone verfügen über eine kantonale Verfassungsgerichtsbarkeit. Dieser Beitrag untersucht, inwiefern ein Kanton bezüglich einer kantonalen abstrakten Normenkontrolle das Bundesgericht anrufen kann. Der Verfasser ist einerseits der Ansicht, dass einzig das Bundesgericht über die einheitliche Anwendung des Bundesrechts zu wachen hat. Andererseits sollte ein Kanton eine Beschwerde gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG einreichen können, wenn – und nur in diesem Fall – die Anwendung von Bundesrecht, insbesondere im Zusammenhang mit dem Vorrang von Bundesrecht (Art. 3 und Art. 49 BV), strittig ist.

Plan

- I. Introduction
- II. Bref survol de la qualité pour recourir d'un canton auprès du Tribunal fédéral (art. 89 LTF)
- III. La jurisprudence et la doctrine sur la qualité pour recourir du canton devant le Tribunal fédéral contre l'annulation d'une norme cantonale
- IV. L'annulation d'une norme cantonale par un arrêt cantonal : conflit intra-organique ou nécessité d'un contrôle de l'application uniforme du droit fédéral par le Tribunal fédéral ?
- V. De la nécessité d'une interprétation plus large du recours des communes et autres collectivités publiques pour violation de garanties constitutionnelles (art. 89 al. 2 let. c LTF) en matière de contrôle abstrait des normes
- VI. Conclusion

I. Introduction

De plus en plus de cantons connaissent une forme de juridiction constitutionnelle cantonale. A ce jour, pas moins de onze cantons prévoient dans leurs constitutions ou législations cantonales un mécanisme de contrôle abstrait de la législation ou réglementation cantonale, plus ou moins étendu selon les cantons : Argovie (art. 70 VRG/AG¹), Bâle-Ville (art. 116 Cst./BS²), Bâle-Campagne

(art. 86 Cst./BL³), Genève (Art. 124 Cst./GE⁴), Grison (art. 55 Cst./GR⁵), Jura (art. 104 Cst./JU⁶), Lucerne (art. 188 VRG/LU⁷), Nidwald (art. 69 Cst./NW⁸), Schaffhouse (art. 46 JG/SH⁹), Vaud (art. 136 Cst./VD¹⁰) et Zurich (art. 79 al. 2 Cst./ZH¹¹)¹².

Les tensions susceptibles d'exister entre les autorités cantonales exécutives ou législatives, d'une part, et judiciaires, d'autre part, sont ainsi proportionnellement de plus en plus élevées. Il convient dès lors de déterminer si un canton, insatisfait de la décision prise par sa juridiction constitutionnelle, peut porter ce litige devant le Tribunal fédéral, qui est la seule autorité judiciaire suprême de la Confédération suisse (art. 188 al. 1 Cst.).

Le Tribunal fédéral n'a rendu qu'un arrêt explicite sur cette question, il y a plus de quinze ans. Il avait alors

* STÉPHANE GRODECKI, Dr en droit, chargé de cours à l'Université de Genève, premier procureur à Genève.

¹ Gesetz des Kantons Aargau vom 4. Dezember 2007 über die Verwaltungsrechtspflege (RS/AG 271.200).

² Constitution du 23 mars 2005 du canton de Bâle-Ville (RS 131.222.1).

³ Constitution du 17 mai 1984 du canton de Bâle-Campagne (RS 131.222.2).

⁴ Constitution du 14 octobre 2012 de la République et canton de Genève (RS 131.234).

⁵ Constitution du 18 mai 2003/14 septembre 2003 du Canton des Grisons (RS 131.226).

⁶ Constitution du 20 mars 1977 de la République et Canton du Jura (RS 131.235).

⁷ Gesetz des Kantons Luzern vom 3. Juli 1972 über die Verwaltungsrechtspflege (RS/LU 40).

⁸ Constitution du 10 octobre 1965 du canton de Nidwald (RS 131.216.2).

⁹ Justizgesetz des Kantons Schaffhausen vom 9. November 2009 (RS/SH 173.200).

¹⁰ Constitution du 14 avril 2003 du canton de Vaud (RS 131.231).

¹¹ Constitution du 27 février 2005 du canton de Zurich (RS 131.211).

¹² ANDREAS AUER, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zurich, 2016, 600 ss.

jugé – sous l’empire de l’aOJ¹³ – qu’un recours contre un contrôle abstrait cantonal aboutissant à l’annulation de l’acte cantonal était irrecevable au motif que l’acte n’était pas arrivé au terme de son processus d’adoption prévu par le droit cantonal¹⁴. En revanche, le recours d’une commune contre l’annulation d’un règlement communal par une juridiction constitutionnelle cantonale a été déclaré recevable, sans autre examen¹⁵.

Se pose dès lors la question de savoir si le Tribunal fédéral, notamment garant de l’application uniforme du droit fédéral¹⁶, doit laisser des juridictions constitutionnelles cantonales trancher définitivement, et le cas échéant contradictoirement d’un canton à un autre, des domaines susceptibles de relever de l’interprétation du droit fédéral.

Le Conseil fédéral avait d’ailleurs relevé, lors des travaux préparatoires de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), qu’une telle conclusion pouvait être problématique : « Cette conception n’est pas entièrement satisfaisante, notamment lorsqu’un tribunal cantonal déclare un acte normatif cantonal contraire au droit fédéral sur la base d’une interprétation de ce dernier non conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral »¹⁷. La proposition d’accorder aux gouvernements cantonaux un droit de recours contre les décisions judiciaires de dernière instance cantonale imposant « d’importantes dépenses supplémentaires ou réduit considérablement ses recettes »¹⁸ n’a toutefois pas été retenue par le législateur¹⁹. Simple péripétie législative ou silence qualifié pour le domaine qui nous intéresse ?

II. Bref survol de la qualité pour recourir d’un canton auprès du Tribunal fédéral (art. 89 LTF)

La qualité pour recourir au Tribunal fédéral, en matière de droit public, est définie à l’article 89 LTF, qui a la teneur suivante :

Art. 89 LTF

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l’autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l’acte normatif attaqué ; et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

² Ont aussi qualité pour recourir :

- a. la Chancellerie fédérale, les départements fédéraux ou, pour autant que le droit fédéral le prévoit, les unités qui leur sont subordonnées, si l’acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d’attributions ;
- b. l’organe compétent de l’Assemblée fédérale en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération ;
- c. les communes et les autres collectivités de droit public qui invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale ;
- d. les personnes, organisations et autorités auxquelles une autre loi fédérale accorde un droit de recours.

³ En matière de droits politiques (art. 82, let. c), quiconque a le droit de vote dans l’affaire en cause a qualité pour recourir.

L’article 89 al. 1 LTF définit à supprimer de manière générale la qualité pour recourir, alors que son alinéa 2 prévoit un certain nombre de qualités pour recourir spéciales pour des organes étatiques.

S’agissant des cantons, le Tribunal fédéral, qui semble actuellement durcir sa jurisprudence²⁰, relève – au sujet de la reconnaissance de la qualité pour recourir fondée sur la clause générale de l’article 89 al. 1 LTF – qu’il convient d’imposer une retenue particulière lorsque s’opposent des autorités de la même collectivité, en particulier un gouvernement cantonal face au Tribunal cantonal. En cas de décisions ayant des répercussions financières, n’importe quel intérêt financier de la collectivité publique découlant directement ou indirectement de l’exécution d’une tâche publique ne suffit pas pour fonder un droit de recours sur la base de la clause générale. La qualité pour recourir est admise lorsque les prétentions financières litigieuses atteignent un montant considérable et que la question juridique en cause a une valeur de précédent pour l’exécution d’une tâche publique avec une répercussion financière

¹³ Ancienne Loi fédérale du 16 décembre 1943 d’organisation judiciaire (OJ) (RO 60 269), en vigueur jusqu’au 31 décembre 2006 (RO 2006 1205 ss).

¹⁴ TF, 2P.112/2002, 12.11.2002, c. 2, in : RJJ 2002 290 et RDAF 2005 I 67.

¹⁵ TF, 2C_740/2009, 4.7.2011, c. 1.4, non publié in : ATF 137 I 257.

¹⁶ PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016, 526 ; ALAIN WURZBURGER, *Le Tribunal fédéral*, Zurich 2011, 35.

¹⁷ Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l’organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000 ss, 4128.

¹⁸ Projet de loi sur le Tribunal fédéral, FF 2001 4281 ss, 4303.

¹⁹ Cf. ATF 141 II 161 c. 2.2 ; 140 V 328 c. 5.2 ; MICHAEL PFLÜGER, *Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten*, Zurich, 2013, 203 ss.

²⁰ THIERRY TANQUEREL, *La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de qualité pour agir en droit public : principes et ajustements*, in : Giorgio A. Bernasconi/Rocco Filippini (édit.), *Giurisprudenza recente del Tribunale federale*, Bâle 2017, 71 ss, 83 ; ETIENNE POLTIER, RDAF 2017 I 330 ; GEROLD STEINMANN, ZBI 2015 372. Contra, DAVID HOFMANN, *La qualité de l’Etat pour recourir au Tribunal fédéral*, in : David Hofmann/Fabien Waelti (édit.), *Actualités juridiques de droit public 2011*, Berne 2011, 13 ss, 42.

importante qui dépasse le cas particulier ; la qualité pour recourir est en revanche déniée lorsque seules sont en cause les conséquences financières de l'activité administrative, qui touchent la collectivité publique en sa qualité d'autorité détentrice de la puissance publique²¹. Il existe ainsi, en principe, une interdiction du recours intra-organique, formé par un canton contre un jugement de l'autorité judiciaire de dernière instance cantonale²². Il n'existe ainsi pas de droit général d'un canton de contester un arrêt cantonal²³.

S'agissant de la qualité pour recourir spéciale de l'article 89 al. 2 LTF, la lettre qui semble pertinente dans le cadre de notre analyse est la lettre c. Bien qu'applicable en premier lieu aux communes²⁴, une partie de la doctrine soutient que cette disposition pourrait être invoquée par une autorité cantonale pour se plaindre d'une violation de sa souveraineté cantonale garantie par l'article 3 Cst.²⁵. A ce jour, le Tribunal fédéral a toutefois laissé cette question ouverte²⁶.

III. La jurisprudence et la doctrine sur la qualité pour recourir du canton devant le Tribunal fédéral contre l'annulation d'une norme cantonale

Nous avons vu²⁷ que le Tribunal avait en 2002 déclaré irrecevable un recours formé contre l'annulation d'une norme cantonale – lors d'un contrôle abstrait – au motif

que la norme n'était pas arrivée au terme de son processus d'adoption²⁸.

En revanche, s'agissant d'un contrôle concret, le Tribunal fédéral a en 2012²⁹ déclaré recevable un recours formé par un gouvernement cantonal contre l'arrêt de dernière instance cantonale qui avait considéré qu'un règlement cantonal était dénué de base légale et contrevenait ainsi au principe de la séparation des pouvoirs. Le recours a été déclaré recevable sur le fondement de l'article 89 al. 1 LTF :

Ne se confinant pas à désavouer le gouvernement cantonal sur une décision isolée à la faveur d'une conception juridique divergente, l'arrêt litigieux lui dénie partant une prérogative qu'il estime pouvoir tirer directement de l'ordre juridique genevois. L'arrêt porte ainsi atteinte à l'existence même d'une compétence relevant de la puissance publique et se prononce au sujet de la répartition constitutionnelle des compétences au sein du canton de Genève, de sorte à affecter le bon fonctionnement de l'administration en matière de certifications officielles. Le canton se plaint d'ailleurs d'une violation de la répartition des compétences et de la séparation des pouvoirs dans son recours. Il faut partant admettre que l'arrêt attaqué touche le canton de manière significative et concerne un intérêt digne de protection lié à l'exécution de tâches publiques, de sorte que la légitimation à recourir du canton de Genève doit être exceptionnellement retenue sur la base de l'art. 89 al. 1 LTF³⁰.

Cet arrêt a été critiqué par la doctrine car elle estime que l'autorité exécutive ne représenterait pas mieux le canton que la dernière instance cantonale³¹.

BOLKENSTEYN³² et MORITZ³³ soutiennent ainsi, en se fondant sur l'arrêt de 2002 et la critique de l'arrêt de 2012, qu'il n'existe aucune possibilité pour un canton de saisir le Tribunal fédéral contre un arrêt cantonal qui, dans le cadre d'un contrôle abstrait, annule une norme cantonale.

En revanche, AUER estime, se fondant notamment sur l'arrêt de 2012, que le canton dispose d'un intérêt digne de protection pour saisir le Tribunal fédéral, en applica-

²¹ ATF 141 II 161 c. 2 et les références citées.

²² POLTIER (n. 20), 330.

²³ ATF 133 II 400 c. 2.4.1.

²⁴ ATF 136 I 265 c. 1.3 ; 135 I 302 c. 1.1.

²⁵ HANSJÖRG SEILER, in : Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich/Niklaus Oberholzer (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Stämpfli Handkommentar, 2^e éd., Berne 2015, art. 89 N 89–90 (cit. SHK BGG-SEILER) ; BERNHARD WALDMANN, art. 89 N 59, in : Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2011 ; dubitatif : YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Berne 2008, N 3160 ; en défaveur : ALAIN WURZBURGER, in : Bernard Corboz/Alain Wurzbürger/Pierre Ferrari/Jean-Maurice Frésard/Florence Aubry Girardin (édit.), Commentaire de la LTF, Berne 2009, art. 89 N 39 (mais ne tranchant plus la question, ALAIN WURZBURGER, in : Bernard Corboz/Alain Wurzbürger/Pierre Ferrari/Jean-Maurice Frésard/Florence Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, ad art. 89 N 50).

²⁶ TF, 2C_1016/2011, 3.5.2012, c. 1.2.1, non publié in : ATF 138 I 196. TF, 2C_740/2009, 4.7.2011, c. 1.4, non publié in : ATF 137 I 257 ; TF, 9C_476/2010, 24.11.2010, c. 1, in : SVR 2011 BVG no 17, 62.

²⁷ Cf. *supra* I.

²⁸ TF, 2P.112/2002, 12.11.2002, c. 2, in : RJJ 2002 290 et RDAF 2005 I 67.

²⁹ TF, 2C_1016/2011, 3.5.2012, c. 1, non publié in : ATF 138 I 196.

³⁰ TF, 2C_1016/2011, 5.5.2012, c. 1.2.3, non publié in : ATF 138 I 196. Cf. aussi ATF 135 II 12 c. 1 où le Tribunal fédéral relève que le contrôle de la bonne application du droit fédéral fonde aussi un intérêt digne de protection pour un canton pour recourir.

³¹ PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, vol. I : Les fondements, 3^e éd. Berne 2012, 614–615. Cf. aussi PFLÜGER (n. 19), 207.

³² ARUN BOLKENSTEYN, Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales, Berne 2014, 346.

³³ JEAN MORITZ, Contrôle des normes : La juridiction constitutionnelle vaudoise à l'épreuve de l'expérience jurassienne, RDAF 2005 I 1, 34.

tion de l'article 89 al. 1 LTF, contre un jugement de sa dernière instance cantonale en charge du contrôle constitutionnel abstrait³⁴.

Enfin, PFLÜGER relève, de manière générale, qu'il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁵ qu'en pratique un canton se voit reconnaître la qualité pour recourir, sur la base de l'article 89 al. 1 LTF, contre tout jugement cantonal qui déclare une réglementation cantonale contraire au droit fédéral³⁶.

IV. L'annulation d'une norme cantonale par un arrêt cantonal : conflit intra-organique ou nécessité d'un contrôle de l'application uniforme du droit fédéral par le Tribunal fédéral ?

Il est admis qu'en Suisse la règle est celle de l'interdiction des procédures intra-organiques, à savoir l'interdiction, pour une autorité d'une collectivité, d'agir devant le Tribunal fédéral contre la décision d'une autre autorité de la même collectivité³⁷.

Dès lors que le contrôle abstrait de constitutionnalité d'une norme édictée par les autorités législative ou exécutive cantonales par une juridiction du même canton s'assimile à une procédure intra-organique, il se justifie, lorsqu'il s'agit uniquement d'examiner la bonne application du droit cantonal, d'exclure le recours devant le Tribunal fédéral.

Premièrement, les autorités législative ou exécutive ne représentent pas mieux le canton que l'autorité judiciaire³⁸. Il n'existe ainsi pas de justification à leur reconnaître un intérêt digne de protection à saisir le Tribunal fédéral sur la base de l'article 89 al. 1 LTF. Deuxièmement, l'interprétation et l'application du droit cantonal – fût-il constitutionnel – par une autorité du même canton ne saurait être considérée comme une violation de la souveraineté cantonale susceptible d'être portée devant le Tribunal fédéral en application de l'article 89 al. 2 let. c LTF.

En revanche, le contrôle abstrait d'une norme cantonale au regard du droit fédéral doit amener à une autre réponse. Il n'est pas contestable qu'il appartient à une juridiction constitutionnelle cantonale de s'assurer du respect de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.) lorsqu'elle

examine un acte cantonal – ou communal – dans le cadre d'un contrôle abstrait. En revanche, à notre sens, il n'appartient pas à une juridiction constitutionnelle cantonale de trancher définitivement les questions relatives à l'interprétation du droit fédéral.

La seule autorité qui s'est vue confier, dans l'ordre juridique suisse, la compétence de s'assurer de l'application uniforme du droit fédéral est le Tribunal fédéral³⁹. Il s'agit ainsi de l'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 188 al. 1 Cst.). La Constitution fédérale garantit en outre qu'il tranche les contestations relatives à l'application du droit fédéral (art. 189 al. 1 let. a Cst.). Il ne serait ainsi pas admissible de voir une juridiction constitutionnelle cantonale pouvoir faire interdiction au législateur cantonal de légiférer dans un domaine au motif, par exemple, qu'il existe déjà une réglementation fédérale exhaustive, sans que le Tribunal fédéral puisse trancher, en dernier lieu, ce conflit. A défaut, un canton pourrait se voir priver de la possibilité de légiférer dans un domaine, suite à une interprétation du droit fédéral par une autre autorité cantonale, sans jamais que le Tribunal fédéral ne puisse contrôler la question.

Or, la Constitution fédérale garantit aux cantons le respect de leurs compétences, à savoir le fait qu'ils sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération (art. 3 Cst.). Cette disposition sera d'une acuité particulière lorsque – comme souvent – la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est réglée par secteur⁴⁰.

Laisser une juridiction constitutionnelle cantonale statuer définitivement sur les litiges relatifs à l'application du droit fédéral priverait un canton de la possibilité de faire trancher la bonne application de l'article 3 Cst., à savoir son droit d'exercer toutes les attributions⁴¹ qui ne sont pas confiées à la Confédération, par la seule autorité judiciaire fédérale dont c'est le rôle : le Tribunal fédéral.

L'article 3 Cst. garantissant aux cantons de pouvoir exercer leurs attributions⁴², il s'agit également d'une norme qui doit servir à trancher les conflits de compétence, soit d'un cas d'application du principe de la primauté du droit fédéral⁴³.

³⁴ AUER (n. 12), 615–618.

³⁵ Cf. ATF 135 II 12 c. 1 (cf. *supra* n. 30).

³⁶ PFLÜGER (n. 19), 160.

³⁷ PIERRE MOOR/ÉTIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011, 756.

³⁸ Cf. *supra* n. 31.

³⁹ Cf. *supra* n. 16.

⁴⁰ Cf. p.ex., en lien avec les tarifs de transport : ATF 143 I 109.

⁴¹ Cf. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in : Jean-Francois Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 19 avril 1999*, Zurich 2003, art. 3 N 13.

⁴² AUBERT (n. 41), art. 3 N 13.

⁴³ BSK BV-BIAGGINI, art. 4 N 29, in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (édit.), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Bâle 2015.

V. De la nécessité d'une interprétation plus large du recours des communes et autres collectivités publiques pour violation de garanties constitutionnelles (art. 89 al. 2 let. c LTF) en matière de contrôle abstrait des normes

Afin de s'assurer d'une application uniforme du droit fédéral, il nous apparaît dès lors nécessaire d'ouvrir le recours au canton contre un jugement de dernière instance de son autorité judiciaire, mais exclusivement lorsque des questions relatives à une application uniforme du droit fédéral se pose.

A notre sens, l'argument par lequel le Tribunal fédéral a en 2002 déclaré irrecevable un recours contre l'invalidation d'une norme par une juridiction cantonale, à savoir que la norme n'était pas arrivée au terme de son processus d'adoption⁴⁴ n'est pas convaincant⁴⁵.

Cet arrêt concerne au demeurant le canton du Jura, qui connaît un système particulier de contrôle constitutionnel : le contrôle préventif⁴⁶, lequel intervient avant la mise en vigueur de la norme (art. 177 CPA/JU⁴⁷).

Or, dans la très grande majorité des cantons, le contrôle abstrait d'une norme ne peut être déposé qu'une fois que la norme est promulguée, soit une fois qu'elle est parfaite (*cf.* par exemple art. 130B al. 1 let a LOJ/GE⁴⁸), soit un contrôle répressif⁴⁹. D'autre part, un tel contrôle n'est, en outre, fréquemment doté d'aucun effet suspensif (*cf.* par exemple art. 66 al. 2 LPA/GE⁵⁰; avec le principe inverse toutefois : art. 7 LJC/VD⁵¹)⁵². Même dans un canton comme celui de Vaud où il existe un effet suspensif à un tel contrôle, le recours d'une commune contre l'annulation d'un règlement communal par une juridiction constitutionnelle cantonale a été déclaré recevable⁵³. Il ne s'agit

ainsi nullement d'un argument déterminant pour déclarer un tel recours irrecevable.

Il existe ainsi des motifs importants pour ouvrir une telle voie de droit aux cantons. Reste à déterminer si l'article 89 al. 2 let. c LTF, qui prévoit que les communes et les autres collectivités de droit public qui invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale, est une base légale suffisante pour permettre au Tribunal fédéral de déclarer un tel recours recevable.

A cet égard, SEILER soutient qu'un tel recours n'entre pas en ligne de compte car un canton ne peut pas se plaindre, sur la base de l'article 89 al. 2 let. c LTF, d'une violation de son autonomie par une autre autorité de ce même canton⁵⁴.

A notre sens, la question se pose dans d'autres termes en cas d'annulation d'une norme cantonale par une juridiction constitutionnelle pour violation du droit fédéral. Dans une telle hypothèse, le canton se voit privé de sa faculté – reconnue par la Constitution (art. 3 Cst.) – d'adopter, totalement ou partiellement, une réglementation dans un domaine dans lequel il s'estime compétent. Que cette interdiction provienne d'une autorité judiciaire du même canton n'y change rien. Le canton se voit privé de sa garantie constitutionnelle (art. 3 Cst.) de légiférer dans un domaine. Or, l'article 89 al. 2 let. c LTF ne contient pas le terme d'autonomie, mais bien de garantie (Garantien dans le texte en allemand et *garanzie* dans le texte italien). Il s'agit donc d'un recours destiné à permettre aux autorités concernées de défendre des garanties qui leurs sont accordées, notamment par la Constitution. Qu'il soit porté atteinte à ces garanties par une autorité – judiciaire – de la même entité n'y change, à notre sens, rien.

La lettre de l'article 89 al. 2 let. c LTF ne s'oppose donc pas à la reconnaissance d'une telle voie de droit, laquelle s'impose en application d'une interprétation téléologique comme nous l'avons vu précédemment. A notre sens, elle est en tout cas préférable à la reconnaissance artificielle d'un intérêt digne de protection du canton fondée sur l'article 89 al. 1 LTF en construisant une analogie avec la situation d'un particulier, ce dont le respect des compétences cantonales au regard du droit fédéral ne relève assurément pas.

Par ailleurs, le refus, lors des débats sur la LTF, de l'introduction d'une norme spécifique accordant un droit de recours aux cantons contre les décisions judiciaires

⁴⁴ TF, 2P.112/2002, 12.11.2002, c. 2 in : RJJ 2002 290 et RDAF 2005 I 67.

⁴⁵ *Cf.* aussi AUER (n. 12), 615.

⁴⁶ AUER (n. 12), 604.

⁴⁷ Code jurassien du 30 novembre 1978 de procédure administrative (RS/JU 175.1).

⁴⁸ Loi genevoise du 26 septembre 2010 sur l'organisation judiciaire (RS/GE E 2 05).

⁴⁹ AUER (n. 12), 608.

⁵⁰ Loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (RS/GE E 5 10).

⁵¹ Loi vaudoise du 5 octobre 2004 sur la juridiction constitutionnelle (RS/VD 173.32).

⁵² AUER (n. 12), 608 ; KASPAR PLÜSS, Aufschiebende Wirkung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, ZBl 2014, 414 ss, 417 ; BOLKENSTEYN (n. 32), 113 ss.

⁵³ TF, 2C_740/2009, 4.7.2011, c. 1.4, non publié in : ATF 137 I 257.

⁵⁴ SHK BGG-SEILER (n. 25), art. 89 N 89. *Cf.* aussi PFLÜGER (n. 19), 160, N 922, qui juge qu'un tel recours est envisageable uniquement contre une décision d'une autorité fédérale (et non cantonale donc).

supérieures⁵⁵ ne s'oppose pas à l'ouverture du recours au Tribunal fédéral aux cantons, fondée sur l'article 89 al. 2 let. c LTF, que nous préconisons par la voie d'une interprétation téléologique⁵⁶.

En effet, l'Assemblée fédérale – en particulier le Conseil des Etats – a renoncé à introduire une telle norme au motif que le conflit entre les autorités exécutive et judiciaire du canton est une question politique qui doit être réglée par le canton⁵⁷. Or, le conflit pour lequel nous préconisons une ouverture de la possibilité pour un canton de recourir ne peut pas être réglé par le canton. Si une interprétation divergente du droit cantonal par les autorités exécutive et judiciaire peut être réglée par une intervention politique – la modification de la législation cantonale par le canton – il ne peut pas en aller de même pour l'annulation d'une norme cantonale par une juridiction constitutionnelle cantonale au motif qu'elle est contraire à la primauté du droit fédéral. Dans un tel cas, les autorités législatives ou exécutives ne peuvent pas régler ce problème sur le plan cantonal : une juridiction constitutionnelle s'oppose à une intervention. Une nouvelle réglementation ne pourrait donc que subir le même sort que la première. Cette hypothèse n'a ainsi pas été examinée par le parlement lors de son refus d'adopter une qualité pour recourir spéciale du canton dans la LTF. Ce refus ne doit pas pour cette question précise recevoir la qualification de silence qualifié, soit de renoncement volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part. Son inaction équivaut à un silence qualifié⁵⁸.

VI. Conclusion

La juridiction constitutionnelle cantonale est en essor. Elle est pleinement légitimée à trancher les conflits qui lui sont confiés, notamment quant à l'interprétation du droit cantonal. Sa légitimité amène la doctrine à souhaiter que le Tribunal fédéral adopte ensuite une retenue lorsqu'il est saisi d'un recours contre la décision cantonale⁵⁹.

Il n'en demeure pas moins que les différentes juridictions constitutionnelles cantonales n'ont pas vocation à assurer une application uniforme du droit fédéral. Leurs différences est assurément une richesse du système fédé-

raliste suisse. C'est néanmoins le Tribunal fédéral qui est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 188 al. 1 Cst.). C'est à lui qu'appartient la charge d'assurer une application uniforme du droit fédéral (art. 189 al. 1 let. a Cst.).

Au vu de ce qui précède, il est souhaitable que le Tribunal fédéral reconnaisse aux cantons connaissant un contrôle constitutionnel répressif la qualité pour recourir devant lui, fondée sur l'article 89 al. 2 let. c LTF, lorsque – et uniquement dans ce cas – l'application du droit fédéral, notamment en lien avec la portée de la primauté du droit fédéral (art. 3 et 49 Cst.) est contestée.

⁵⁵ Cf. *supra*, I.

⁵⁶ Cf. *supra*, IV.

⁵⁷ Cf. PFLÜGER (n. 19), 204 et les références citées aux travaux de la commission judiciaire du Conseil des Etats.

⁵⁸ Cf. ATF 139 I 57 c. 5.2.

⁵⁹ BOLKENSTEYN (n. 32), 347–348.