

Chapitre 4

L'égalité, mesure du fédéralisme

Francis DELPÉRÉE*
Marc VERDUSSEN**

Résumé

La règle d'égalité sert d'ordinaire d'étalon pour mesurer l'état des relations juridiques entre les individus au sein de la société politique. Cette même règle d'égalité sert également à mesurer l'état d'avancement de la société démocratique. Et si celle-ci devait aussi servir à mesurer l'état des relations entre les diverses collectivités politiques qui sont instituées au sein de l'État fédéral ? La question essentielle revient à savoir si le droit public peut, et même doit, contribuer à traiter également les acteurs du système fédéral gouvernemental. La question de l'égalité fédérale mérite d'être envisagée dans une double perspective, fonctionnelle et institutionnelle.

D'un point de vue fonctionnel, l'on tend à considérer que la collectivité fédérale, d'un côté, et chacune des collectivités fédérées, de l'autre, doivent être placées sur un pied d'égalité lorsqu'il leur appartient d'exercer les fonctions respectives qui leur reviennent et, plus concrètement encore, de mettre en œuvre

Abstract

The principle of equality, which is at the very heart of our political society, ordinarily serves as a backdrop against which the state of legal relations between individuals is assessed. This same principle is often used to measure the progress of democratic society. But what if it were also used to measure the state of legal relations between the various political entities comprising the federal State? It follows that the question of federal equality would have to be approached from a dual perspective, one that considers both functional and institutional dimensions.

With respect to the functional perspective, we tend to consider the federal entity, on the one hand, and the federated units, on the other hand, as having equal footing in exercising their functions and powers. Sovereignty is shared; each partner being master of its domain of activity. However, if inequality is organized to the benefit or detriment of either of the partners, one should wonder whether institutional realities are properly reflected in formal

* Correspondant de l'Académie royale de Belgique et de l'Institut de France, professeur à l'Université Catholique de Louvain (UCL).

** Professeur à l'Université Catholique de Louvain (UCL).

les compétences qui leur sont attribuées. La souveraineté est partagée. Chacun des partenaires est maître de son domaine d'activités. Si un statut inégalitaire est organisé au profit ou au détriment de l'un d'eux, il est permis de se demander si les réalités institutionnelles sont à la hauteur des dénominations privilégiées et si un fédéralisme authentique peut se développer dans ces conditions.

D'un point de vue institutionnel, l'on tend à considérer que le système fédéral de gouvernement, qui repose sur l'égalité fonctionnelle des différents partenaires, ne requiert pas nécessairement que les différentes collectivités fédérées bénéficient d'une égalité institutionnelle. Elles peuvent jouir de statuts différenciés, par exemple dans l'aménagement des autorités publiques ou dans la détermination du volume des compétences exercées. Égalité ne signifie pas similitude. Des différences institutionnelles peuvent être tolérées, acceptées, voire encouragées. Certes, elles ne peuvent conduire à placer l'une des collectivités fédérées dans un statut de subordination par rapport aux autres collectivités fédérées ou à la collectivité fédérale. Mais elles peuvent servir à distinguer, même de manière nette, le statut des collectivités politiques au sein de l'ensemble fédéral.

arrangements and whether an authentic federal system can develop under these conditions.

From an institutional perspective, we tend to think that a federal system of government, which rests on the functional equality of the constituent entities, does not necessarily require their institutional equality. For instance, the federated units can enjoy institutional arrangements differing with respect to the organization of public authorities or the distribution of powers among them. In other words, equality does not signify identity. Certain institutional differences can be tolerated, accepted, and even encouraged. Admittedly these should not lead to a situation where one federated unit is placed in a subordinate position in relation to the other units or the federal entity. However, these differences can also serve to distinguish, in a very clear manner, the status of the political entities comprising the federal system. Thus, a federalism premised on the principle of equality produces a regime of shared sovereignty, and does not exclude the development of differentiated sovereignties.

INTRODUCTION

D'ordinaire, la règle d'égalité sert d'étalon pour mesurer l'état des relations juridiques entre les individus au sein de la société politique. La Constitution prescrit, par exemple, qu'ils doivent être « égaux devant la loi », tant il est vrai, depuis la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, que « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse ».

Cette même règle d'égalité sert également à mesurer l'état d'avancement de la société démocratique. Il est établi, par exemple, que chaque citoyen n'y a droit qu'à un vote. Le suffrage universel, pur et simple, devient une condition de réalisation d'une société où chaque citoyen détient un même droit, et donc un droit égal, à participer, fut-ce de manière indirecte, à la gestion des affaires publiques.

Et si la règle d'égalité devait aussi servir à mesurer l'état des relations entre les diverses collectivités politiques qui sont instituées au sein de l'État fédéral ?

Certes, la situation est différente et la comparaison ne paraîtra pas, en tous points, pertinente. Ce n'est plus de personnes physiques ni même, par extension, de personnes morales de droit privé dont il est question, mais de corps politiques, le plus souvent constitués sur une base territoriale. L'avènement d'une société libre et démocratique n'est pas l'objectif poursuivi de manière prioritaire.

Cependant, un point commun demeure. L'égalité entre collectivités politiques s'entend, ici aussi, en termes proprement juridiques. La question essentielle revient à savoir si le droit public peut, et même doit, contribuer à traiter également les acteurs du système fédéral de gouvernement.

Ce n'est donc pas une égalité de fait qui est prescrite. Ce n'est même pas une égalité politique qui est recherchée. La démarche pourrait d'ailleurs paraître vaine. Comment mesurer, sinon en termes psychologiques ou sociologiques, les sentiments que peuvent éprouver les ressortissants de telle ou telle collectivité vis-à-vis d'autres¹ ? Comment modifier leurs comportements ou leurs représentations mentales ?

La démarche poursuivie ici est plus modeste et plus réaliste. Elle revient à se demander si la règle d'égalité juridique doit commander les relations qui existent entre les partenaires institutionnels au sein de la Fédération. Étant entendu que, si une telle égalité n'est ni imposée ni recherchée, il y a lieu de s'interroger, au-delà des appellations ou des proclamations officielles, sur le caractère éminemment fédéral des structures étatiques mises en place.

La question de l'égalité fédérale mérite d'être envisagée dans une double perspective, fonctionnelle et institutionnelle.

D'un point de vue fonctionnel, l'on tend à considérer que la collectivité fédérale, d'un côté, et chacune des collectivités fédérées, de l'autre, doivent être placées sur un pied d'égalité lorsqu'il leur appartient d'exercer les fonctions respectives qui leur reviennent et, plus concrètement encore, de mettre en œuvre les compétences qui leur sont attribuées. La souveraineté est partagée.

1. Il reste que la vie d'une société politique risque d'être particulièrement complexe, sinon agitée, s'il existe un décalage évident entre le droit existant, qui prescrit l'égalité juridique, et les réalités ou les perceptions de fait, qui contribuent à accréditer l'idée d'une inégalité réelle. En imposant l'égalité juridique, la règle de droit peut également indiquer un objectif politique et social à atteindre, à savoir une égalité de fait entre les différents partenaires.

Chacun des partenaires est maître de son domaine d'activités. Si un statut inégalitaire est organisé au profit ou au détriment de l'un d'eux, il est permis de se demander si les réalités institutionnelles sont à la hauteur des dénominations privilégiées et si un fédéralisme authentique peut se développer dans ces conditions déséquilibrées.

D'un point de vue institutionnel, l'on tend à considérer que le système fédéral de gouvernement, qui repose sur l'égalité fonctionnelle des différents partenaires, ne requiert pas nécessairement que les différentes collectivités fédérées bénéficient d'une égalité organisationnelle. Elles peuvent jouir de statuts différenciés, par exemple dans l'aménagement des autorités publiques ou dans la détermination du volume des compétences exercées. Égalité ne signifie pas similitude. Des différences institutionnelles peuvent être tolérées, acceptées, voire encouragées. Certes, elles ne peuvent conduire à placer l'une des collectivités fédérées dans un statut de subordination par rapport aux autres collectivités fédérées ou à la collectivité fédérale. Mais elles peuvent servir à distinguer, même de manière nette, le statut des collectivités politiques au sein de l'ensemble fédéral.

En somme, un fédéralisme construit sur la règle de l'égalité organise un régime de souveraineté partagée. Il n'exclut pas le développement de souverainetés différenciées.

A. UNE SOUVERAINETÉ PARTAGÉE

La règle d'égalité guide-t-elle les relations entre le niveau fédéral et le niveau fédéré ? Ne doit-on pas admettre que la collectivité fédérale n'est – ou ne devrait être – qu'un acteur parmi d'autres sur la scène fédérale ?

Dans l'État fédéral belge, il existe un principe fondamental selon lequel les deux niveaux de pouvoir sont, et doivent rester, sur un pied d'égalité :

La Constitution qui est règle distributrice se veut aussi règle égalisatrice. Elle n'inscrit pas l'État fédéral, les communautés et les régions dans une structure pyramidale. Elle ne donne pas à l'un des partenaires le droit du dernier mot. Elle les place – sur un pied de stricte égalité – dans une structure plane².

Ce principe sous-jacent à l'État fédéral belge peut-il être considéré comme un principe inhérent au fédéralisme en général ? Est-il un élément du « phénomène fédéral » ?

Le fédéralisme, on le sait, ne se prête pas à une définition exhaustive et homogène, qui serait opérationnelle à l'échelle de la planète entière. Il n'y a pas un « type idéal » ou général d'État fédéral. Cependant, au-delà des par-

2. Voir F. DELPÉRÉE, « Pour une Belgique fédérale dans une Europe fédérale », (1999) *Bulletin de la Classe des Lettres de l'Académie Royale de Belgique*, p. 412.

ticularités propres à chaque expérience fédérale, il est possible de dégager un certain nombre de valeurs qui inspirent – ou devraient inspirer – tout État fédéral. Ces valeurs sont autant d'idéaux que chaque État fédéral devrait poursuivre, tout en les adaptant à des données spécifiquement nationales.

L'égalité entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées représente assurément l'une de ces valeurs. Malheureusement, elle est trop souvent négligée dans la littérature juridique et même politique sur le fédéralisme, qui a tendance à privilégier d'autres exigences, comme la subsidiarité, la superposition, l'autonomie et la participation.

Or l'égalité est sans doute le critère qui permet le mieux de départager le fédéralisme et la décentralisation³. En effet, à la différence de la décentralisation, le fédéralisme est incompatible avec un système de pouvoirs configuré sur le mode de la subordination. Dans un État fédéral, écrit Gérard Beaudoin, « aucun ordre de gouvernement n'est, en principe, subordonné à l'autre⁴ ». « Il ne peut y avoir de souverain dans un État fédéral », écrivait Carl Friedrich⁵. Ou, plus exactement, seule la Constitution – qui établit les relations entre l'État fédéral et les collectivités fédérées – est souveraine dans ce type de structure étatique.

L'égalité postule que les règles d'aménagement d'un État fédéral visent autant que possible à ne pas placer les entités fédérées dans une situation subordonnée, ce qui permet à chaque niveau de la structure fédérale d'être « une réalité pleine et entière »⁶.

De cette non-subordination du fédéré au fédéral découlent au moins trois conséquences⁷ :

3. Voir Y. LEJEUNE, « Régionalisation et fédéralisme dans les États d'Europe », (1997) *Louvain*, p. 16 : il « arrive que des États transfèrent à des entités situées immédiatement au niveau sub-étatique la gestion d'une part plus ou moins importante des responsabilités publiques sans se dessaisir pour autant du pouvoir du dernier mot. [...] Il ne s'agit plus alors de fédéralisme. Loin de reposer sur une sorte de "partage de la souveraineté" entre partenaires égaux, comme dans un système fédéral, l'État procède en réalité à une régionalisation administrative ou politique ».
4. G.-A. BEAUDOIN, *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 24. Voir aussi O. BEAUD, « Fédération et État fédéral », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 716 : il ne faut pas envisager les rapports entre la Fédération et les États membres « comme étant des rapports hiérarchiques [...], mais simplement égalitaires », l'État fédéral étant fondé sur l'idée « d'une égalité principielle entre l'instance fédérale et les instances fédérées ».
5. C.J. FRIEDRICH, *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruxelles, Institut belge de science politique, 1971, p. 19.
6. J. BAECHLER, *Contrepoints et commentaires*, Paris, Calmann-Lévy, 1996, p. 300.
7. Pour plus de détails, voir M. VERDUSSEN, « Évolution du fédéralisme, de la décentralisation et du régionalisme », dans *Cinquante ans de constitutionnalisme – Réalités et perspectives (1945-1995)*, Quatrième Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel (Tokyo), Helbing & Lichtenhahn, 1999, particulièrement aux p. 230-254.

- dans tout État fédéral, le pouvoir constituant produit, d'abord, un ordre juridique structurant et englobant qui s'impose aux ordres juridiques partiels des collectivités fédérées, ainsi qu'à l'ordre juridique, lui aussi partiel, de la collectivité fédérale. Le pluralisme inhérent au choix de la forme fédérale doit être garanti « par un ordre juridique tiers au sens où il structure tous les ordres juridiques appelés à se rencontrer dans la communauté politique »⁸. Cette suprématie de l'ordre constitutionnel à l'égard de tous les niveaux de pouvoir permet de garantir au mieux l'égalité entre tous les ordres juridiques partiels⁹ ;
- dans tout État fédéral, les collectivités fédérées doivent, ensuite, être en mesure d'adopter – dans la sphère de leurs compétences – des normes dont la valeur est équivalente – équipollente, écrit-on parfois – à celle des normes législatives fédérales. Au passage, il est permis de se demander si cela ne suppose pas l'existence dans chaque collectivité fédérée d'une assemblée élue démocratiquement, voire de deux assemblées élues ;
- dans tout État fédéral, enfin, l'ensemble des normes législatives doivent être soumises à un contrôle de constitutionnalité destiné notamment à vérifier que nulle autorité législative n'outrepasse les limites des pouvoirs qui lui ont été attribués. En clair, les lois fédérées doivent normalement échapper à tout contrôle d'opportunité qui serait exercé par l'autorité fédérale. Comme l'écrit Rusen Ergéc, « les collectivités fédérées sont affranchies de toute tutelle, de tout lien hiérarchique à l'égard du pouvoir central, à la différence des collectivités décentralisées. Chaque entité fédérée dispose d'un ordre juridique et de compétences propres qu'elle exerce à l'abri de toute ingérence du pouvoir central. Ces compétences propres ne sont pas à la merci du pouvoir central, mais découlent directement de la Constitution fédérale et des lois qui la complètent¹⁰ ». Le seul contrôle admissible, et inéluctable, est donc un contrôle de constitutionnalité, contrôle à la fois juridique et juridictionnel¹¹.

Certes, à l'instar de l'égalité entre les individus, l'égalité entre deux niveaux de pouvoir ne saurait s'entendre d'une égalité stricte et formelle. Dans l'État fédéral, il est permis de trouver des règles qui manifestent une certaine

8. Voir M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constitutive*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 147.

9. Le caractère tout à la fois englobant et suprême de l'ordre constitutionnel emporte comme corollaire que toute procédure de révision du texte constitutionnel doit idéalement impliquer, d'une manière ou d'une autre, les différentes collectivités intégrées dans cet ordre.

10. Voir R. ERGEC, « Les aspects juridiques du fédéralisme » dans A. ALEN, J. BEAUFAYS et G. d'ALCANTARA (dir.), *Le fédéralisme – Approches politique, économique et juridique*, Bruxelles, De Boeck, 1994, p. 42.

11. Comme l'écrit E. Zoller, « ce n'est pas un hasard si le contrôle de constitutionnalité des lois puise ses origines dans le fédéralisme ». E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1998, p. 366.

prééminence de l'ordre juridique fédéral. Dès le moment où elles répondent à des impératifs objectivement et raisonnablement justifiables et où elles conservent un caractère dérogatoire, ces règles ne sont pas inconciliables avec l'option fédérale de base.

L'égalité est envisagée ici en tant qu'idéal de répartition des compétences, et non comme un critère rigide et absolu. En ce sens, il serait d'ailleurs préférable de parler d'équivalence ou d'équilibre plutôt que d'égalité. Comme l'a écrit John E. Trent, « le principe fédéral qui sous-tend tous les autres est la notion d'équilibre », qui « ne représente pas une position arrêtée mais plutôt une attitude de base »¹².

En revanche, les difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit de s'accorder sur un système de répartition des compétences qui réponde à cet idéal d'égalité entre le niveau fédéral et le niveau fédéré.

À notre sens, le principe de l'exclusivité des compétences respectives de la collectivité fédérale et des composantes fédérées est une solution qui permet de préserver adéquatement l'égalité entre les deux niveaux de pouvoir. C'est l'idée que, pour une situation ou une relation donnée, il n'y a qu'une collectivité compétente : la collectivité fédérale ou les collectivités fédérées¹³.

Cependant, personne n'ignore que les réalités du fédéralisme aient fini par ébranler une conception dualiste trop strictement cloisonnée du partage des pouvoirs. Un système de répartition des compétences suscite inévitablement des problèmes de démarcation¹⁴. De plus, la gestion de l'une ou l'autre matière ne s'accommode pas d'une distribution rigide de celles-ci, mais réclame, au contraire, la possibilité de quelques imbrications.

12. J.E. TRENT, « Les origines du fédéralisme sont ses principes : le cas du Canada », dans P. DESTATTE (dir.), *L'idée fédéraliste dans les États-Nations*, Bruxelles, Presses universitaires européennes, 1999, p. 136.

13. Voir R.A. DAHL, *Democracy and Its Critics*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1989, p. 197 : « By federalism I mean a system in which some matters are exclusively within the competence of certain local units—cantons, states, provinces—and are constitutionally beyond the scope of the authority of the national government, and where certain other matters are constitutionally outside the scope of the authority of the smaller units. » Voir aussi K.C. WHEARE, *Federal Government*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 10 et 14 : « By the federal principle I mean the method of dividing powers so that the general and regional governments are each, within a sphere, co-ordinate and independent. [...] What is necessary for the federal principle is not merely that the general government, like the regional governments, should operate directly upon the people, but, further, that each government should be independent of the other. »

14. Voir R.L. WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1996, p. 34 : « Even where most powers have been assigned exclusively to one level of government or the other, experience [...] has indicated that overlaps of jurisdiction are unavoidable because it is virtually impossible to define watertight compartments of exclusive jurisdiction. »

Le principe de l'exclusivité des compétences est généralement assorti de correctifs, plus ou moins importants selon les États fédéraux. Deux de ces correctifs méritent d'être relevés¹⁵ : il s'agit, d'une part, des compétences concurrentes, que l'on trouve notamment aux États-Unis, en Suisse et en Allemagne, mais pas en Belgique, et, d'autre part, des compétences complémentaires pour lesquelles les entités fédérées sont réduites à un rôle d'exécution des lois fédérales, comme en Allemagne et en Suisse, par exemple, mais pas en Belgique.

Ces correctifs sont inéluctables. On les trouve, sous une forme ou sous une autre, dans la plupart des États fédéraux. Dans quelques États, ils ont reçu ou acquis, cependant, une portée considérable. Leur mise en œuvre a conduit à une réduction substantielle de l'autonomie des collectivités fédérées. L'autonomie s'est réduite « comme une peau de chagrin », a même écrit Christian Autexier à propos de l'Allemagne¹⁶. D'autres n'hésitent pas à affirmer que des États fédéraux comme les États-Unis, l'Allemagne ou la Suisse « fonctionnent en fait comme des États unitaires »¹⁷.

Face à un tel constat, on ne peut s'empêcher de penser que plus un État renonce à l'exclusivité des compétences, plus il s'éloigne de l'idéal d'égalité propre aux États fédéraux. Les compétences concurrentes et complémentaires sont fondées sur une clause de suprématie du droit fédéral¹⁸. D'ailleurs, elles s'accompagnent parfois de prérogatives de contrôle au profit des autorités fédérales, qui peuvent ainsi s'ingérer directement dans les affaires intérieures des collectivités fédérées, dans le contexte d'une structuration hiérarchique difficilement compatible avec la nature même du fédéralisme¹⁹.

S'il semble clair, par exemple, qu'aux États-Unis le gouvernement fédéral ne peut obliger les États fédérés à mettre en œuvre, par voie législative ou exécutive, des programmes de réglementation fédérale²⁰, en Allemagne, par

15. Pour plus de détails, voir VERDUSSEN, *supra*, note 7, particulièrement aux p. 241-245.

16. C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, P.U.F., 1997, p. 98.

17. M. GJIDARA, « La solution fédérale : bilan critique », (1991) 57 *Pouvoirs*, p. 95.

18. La clause de suprématie signifie que dès le moment où la collectivité fédérale décide d'intervenir, c'est-à-dire de régler tout ou partie du domaine concurrent, sa réglementation l'emporte sur celle des collectivités fédérées. La suprématie – ou primauté – du droit fédéral ne doit pas être confondue avec le caractère immédiatement et directement applicable des normes fédérales au sein des ordres juridiques fédérés, qu'exprime par exemple l'article VI-2 de la Constitution américaine : « This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof ; [...] shall be the supreme Law of the Land ; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding. »

19. Voir E.L. RUBIN et M. FEELEY, « Federalism: Some Notes on a National Neurosis », (1994) 41 *U.C.L.A. L. Rev.* 903, 911 : « In a federal system, the subordinate units possess prescribed areas of jurisdiction that cannot be invaded by the central authority. »

20. Arrêt *Printz c. United States*, 521 U.S. 898 (1997) : « [T]he Federal Government may not compel the States to implement, by legislation or executive action, federal regulatory programs. » Voir également l'arrêt *New York c. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

contre, la Fédération dispose, dans certaines matières, du pouvoir d'adresser aux Länder des injonctions, générales ou individuelles.

Un autre phénomène mérite d'être relevé : il s'agit des dépenses consenties par les autorités fédérales dans les champs de compétences des entités fédérées. Comment ne pas voir que ce « pouvoir de dépenser » procède, dans certains cas, de la volonté de s'immiscer dans la sphère des compétences étatiques et d'y imposer un certain nombre de politiques standardisées, dans des domaines dont la gestion réclame des ressources financières importantes ?

On y verra aussi une rupture de l'égalité entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées. En effet, la liberté qu'ont ces dernières d'accepter ou de refuser les subventions fédérales est parfois formelle, spécialement lorsque la distorsion entre leurs responsabilités et leurs revenus les met dans l'incapacité financière d'assumer ces responsabilités. On comprend dès lors la réaction d'Andrée Lajoie lorsqu'elle affirme que « cette pratique nie les principes de base du fédéralisme et conduit à un État unitaire », ajoutant que « le pouvoir de dépenser est un parasite qui finira par détruire l'organisme qui lui permet d'exister »²¹. L'affirmation est d'autant plus avérée dans les États fédéraux conflictuels.

Au demeurant, les risques de déséquilibre dans l'État fédéral ne sont pas imputables uniquement au comportement des autorités politiques et administratives, mais aussi à celui du juge, et tout spécialement du juge constitutionnel, dont on sait qu'il peut exercer une force centralisatrice (centripète) puissante.

On doit pourtant à la vérité de dire que pointent à l'horizon certaines évolutions significatives.

Aux États-Unis, la Cour suprême a longtemps développé une jurisprudence privilégiant de manière considérable les pouvoirs du Congrès, au détriment de ceux des États fédérés. Quelles que soient les intentions de la majorité actuelle de la Cour suprême, il est indéniable que la jurisprudence la plus récente aboutit à un certain rééquilibrage des deux niveaux de pouvoir²².

En Allemagne fédérale, l'article 72 de la Loi fondamentale subordonnait le droit de la Fédération de légiférer dans les matières concurrentes au besoin d'une réglementation nationale pour un des motifs énumérés dans ce même article 72. Ces conditions n'ont pas empêché la Fédération d'intervenir très

21. A. LAJOIE, citée par D. BARIL, « Déséquilibre fiscal et Constitution », (2002) 36 iForum ; en ligne <www.iforum.umontreal.ca>. Voir aussi le rapport de la Commission sur le déséquilibre fiscal relatif au pouvoir fédéral de dépenser (Québec, 2002).

22. Voir notamment *United States c. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) ; *Seminole Tribe of Florida c. Florida*, 517 U.S. 44 (1996) ; *Prinz c. United States*, *supra*, note 20 ; *City of Boerne c. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

librement sur le terrain des compétences concurrentes, la Cour constitutionnelle fédérale se cantonnant sur ce point à un contrôle pour le moins symbolique. À l'occasion de la réforme constitutionnelle de 1994, les conditions d'intervention dans les matières concurrentes ont été rendues plus restrictives : suivant la nouvelle formulation de l'article 72, « la Fédération a le droit de légiférer lorsque et pour autant que la réalisation de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique dans l'intérêt de l'ensemble de l'État rendent nécessaire une réglementation législative fédérale ». De surcroît, une nouvelle voie de recours a été ouverte devant la Cour constitutionnelle afin d'assurer le respect par la Fédération des exigences de l'article 72 nouveau et ainsi, peut-être, endiguer la progression du pouvoir législatif fédéral.

Qu'il s'agisse des États-Unis ou de l'Allemagne fédérale – ou encore de l'Espagne –, il est évident que les réformes constitutionnelles et les évolutions jurisprudentielles les plus récentes se prêtent à de multiples interprétations. Par exemple, certains y ont vu l'émergence progressive d'une logique de subsidiarité²³. Mais on peut aussi y voir l'indice qu'un État fédéral ne saurait demeurer viable lorsque les relations entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées sont marquées par un déséquilibre qui place ces dernières dans une position d'infériorité. Lorsque les dérogations à l'exclusivité des compétences fédérées sont trop nombreuses et trop conséquentes, au point de prendre le pas sur le principe, c'est le caractère fédéral de l'État qui est mis en cause.

On dira que ces dérogations s'inscrivent parfois dans un schéma fédéral réellement coopératif dans lequel les imbrications de compétences sont librement discutées et négociées entre les partenaires de l'État fédéral, dans le cadre de relations intergouvernementales dynamiques et surtout dans le respect du principe contractuel de l'autonomie de la volonté. Mais une telle coopération ne requiert-elle pas précisément une stricte égalité entre les cocontractants ?

Il convient toutefois d'être conscient que, dans les États où l'autonomie des collectivités fédérées est liée aux politiques fédérales, il existe parfois des mécanismes compensateurs, qui visent par exemple à faire participer les entités fédérées à la définition des politiques fédérales, comme en témoigne l'exemple du Bundesrat allemand.

Au demeurant, les risques de rupture de la nécessaire égalité entre le niveau fédéral et le niveau fédéré sont d'autant plus grands lorsque le fédéralisme est vécu et pratiqué sur un mode conflictuel, ce qui se constate souvent

23. Voir G. HIRSCH, « Le principe de subsidiarité dans une perspective comparatiste », dans F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2002, p. 57 ; L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 446.

dans les États fédéraux qui se sont constitués par désagrégation²⁴. Ces risques sont plus réduits dans les États fédéraux où règne le consensualisme.

En conséquence, autant le principe de l'exclusivité des compétences est – ou devrait être – un élément cardinal de toute organisation fédérale, autant un État fédéral ne saurait être bâti sur ce seul principe : même si elles représentent des brèches dans la nécessaire égalité entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, les dérogations à l'exclusivité des compétences fédérées relèvent de l'ordre de l'inéluctable. Pourtant, il faut être conscient qu'à partir du moment où ces dérogations sont trop nombreuses et trop conséquentes, au point de prendre le pas sur le principe, c'est le caractère fédéral de l'État qui est en cause. Il en est ainsi, plus généralement, de tout facteur de déséquilibre entre le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés.

B. DES SOUVERAINETÉS DIFFÉRENCIÉES

La règle d'égalité devrait prévaloir pour l'exercice des fonctions que remplissent les diverses collectivités politiques qui composent l'État fédéral. L'égalité constitutionnelle est, en ce sens, une égalité constitutive. Les collectivités fédérées sont égales entre elles. Elles sont également égales à la collectivité fédérale. En témoigne notamment le fait que la norme de droit que chacune d'elles édicte est du même rang que les autres²⁵.

La même règle d'égalité postule-t-elle que les collectivités fédérées disposent du même système institutionnel ? C'est une réponse nuancée qui mérite d'être apportée à cette question.

Dans le système fédératif, en effet, la Constitution se donne normalement comme objectif d'établir le statut des autorités fédérales. Elle peut aussi chercher à établir celui des autorités fédérées. Si elle agit de la sorte, elle privilégiera un statut uniforme. Elle imposera, en quelque sorte, aux collectivités fédérées d'agir dans le cadre – certains diront plutôt le carcan – institutionnel qu'elle aura façonné à leur intention. Elle fera prévaloir la règle d'égalité jusque dans l'aménagement interne des collectivités politiques qu'elle a contribué à mettre en place.

Le système présente des avantages certains. Il préserve des traits communs dans l'organisation institutionnelle des collectivités fédérées. Il confère à leurs autorités un air de parenté. Il impose, pour autant que de besoin, le respect des principes d'organisation démocratique, tels qu'ils s'expriment

24. Sur la distinction entre le « *integrative federalism* » et le « *devolutionary federalism* », voir K. LENAERTS, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », (1990) *Am. J. Comp. L.* 206.

25. En Belgique, par exemple, lois, décrets et ordonnances ont une valeur juridique identique et nulle règle ne saurait, en droit ou en fait, prévaloir sur les autres.

dans le droit constitutionnel commun ou dans le droit international conventionnel. Il évite les dérapages que pourrait occasionner l'exercice de l'autonomie dans ce secteur sensible. Il évite à la Fédération de devoir rappeler ses partenaires au respect de la loyauté fédérale ou de la fidélité constitutionnelle.

Le système expose aussi à des écueils. Il introduit un régime uniforme là où, peut-être, il se justifie le moins. Il compromet le légitime souhait des collectivités fédérées d'utiliser leur autonomie dans l'aménagement de leurs propres institutions. Il marque une intrusion de la Fédération dans l'organisation même des collectivités fédérées. Il risque de froisser leur susceptibilité par des mesures de contrôle tatillonnes.

Un rapide bilan des coûts et des avantages peut inciter l'État fédéral à ne pas établir un statut identique pour ses composantes. Il tolère, voire organise, des formes d'asymétrie.

Le fédéralisme asymétrique²⁶ est à mode. Il repose sur un postulat. Au sein de l'État fédéral, des collectivités politiques particulières ont été constituées. Peu importent les appellations (cantons, régions, provinces, communautés, nationalités, etc.), toutes ces collectivités détiennent des attributs de la souveraineté ; toutes, elles exercent des responsabilités publiques significatives. Il n'est pas requis, cependant, que ces collectivités fédérées disposent toutes d'un même statut. L'une est pourvue d'une assemblée qui est choisie par le système de l'élection directe, l'autre par un système d'élection au second degré. L'une fait du bicaméralisme, l'autre du monocalaméralisme. L'une est pourvue d'un gouvernement d'assemblée, l'autre d'un gouvernement de type parlementaire. L'une accepte la démocratie directe, l'autre ne fait confiance qu'aux modes de la représentation électorale. Et ainsi de suite.

Comment expliquer cette vogue, et même cette vague, qui déferle à travers tous les continents ?

L'explication peut paraître simple. L'État fédéral s'attache à concilier l'unité et la diversité. *E diversitate, maxima diversitas...* Si l'on se préoccupe, par exemple, de tenir compte des intérêts d'une minorité au sein d'une société majoritaire, pourquoi ne pas chercher aussi à protéger une minorité au sein de la minorité ? Et ainsi de suite. Comme dans une spirale sans fin.

26. Cette forme d'organisation fédérale porte les appellations les plus diverses : fédéralisme flexible, fédéralisme plastique, fédéralisme à la carte, fédéralisme à géométrie variable, fédéralisme sur mesure, *soft federalism*, etc. Quelles que soient les dénominations dont il est affublé, le fédéralisme asymétrique connaît un succès indéniable. L'Europe, l'Amérique du Nord, l'Amérique centrale, l'Amérique latine et l'Asie sont touchées l'une après l'autre. Ce fédéralisme asymétrique contribue à l'émergence de figures distinctes du fédéralisme : voir F. DELPÉRÉE, « Les figures du fédéralisme », dans P. TRONQUOY (dir.), *La Ve République, permanence et mutations*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 93-94.

Le fédéralisme asymétrique s'inscrit directement dans cette préoccupation de proximité. Il s'agit de suivre et de serrer au plus près la complexité et la diversité des situations politiques. Il s'agit de leur réserver, chaque fois, un sort particulier. Vivent, par conséquent, les sociétés distinctes, les régimes dérogatoires, les statuts spéciaux, appelés – comme il se doit – à coexister avec un régime général qui est le régime de droit commun et qui est organisé pour le plus grand nombre.

Cela va presque de soi. Un fédéralisme asymétrique n'est pas l'autre. Chacun cultive, comme par essence, son originalité, au risque de rendre impossible tout discours scientifique un peu systématique sur ce phénomène institutionnel. La diversité au sein de la diversité prend le pas sur les préoccupations d'uniformité.

L'asymétrie institutionnelle présente néanmoins des variétés connues : elle peut être *imposée*, mais elle peut aussi être *choisie*.

L'asymétrie institutionnelle peut être prescrite par la Constitution ou par des lois particulières. Les régions italiennes à statut spécial ne sont pas les régions à statut ordinaire. Les communautés historiques d'Espagne ne sont pas les communautés autonomes. Les Açores n'ont pas le même statut que les collectivités portugaises. La Communauté germanophone n'est ni la Communauté française, ni la Communauté flamande de Belgique. Et ainsi de suite.

Dès le départ, c'est-à-dire dès l'instauration du statut qui est le leur, ces collectivités sont différenciées. L'asymétrie est clairement affichée. Elle est même l'un des éléments structurels de l'État fédéral. La Constitution porte clairement la trace de cette asymétrie. Mieux même : elle l'instaure, elle l'organise, elle en définit les traits essentiels.

L'asymétrie peut aussi être choisie. Les collectivités fédérées disposent d'une liberté d'organisation qui leur permet de bénéficier de formes particulières. Cette idée s'impose, en particulier, dans les États qui sont issus d'une confédération d'États souverains et qui entendent préserver les éléments d'une souveraineté originelle au profit de leurs composantes.

Les cantons sont souverains, précisent les articles 1^{er} et 3 de la Constitution suisse, qui ne manque pas d'en déduire qu'ils peuvent se donner leurs propres règles d'organisation. « L'autonomie constitutionnelle des cantons est un aspect essentiel de la souveraineté que la Constitution fédérale reconnaît à ces derniers. Elle est d'ailleurs expressément reconnue par la Constitution fédérale (art. 47) », écrivent Andreas Auer, Giorgio Malinverni et Michel Hottelier²⁷.

27. A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Berne, Stämpfli Editions, 2000, p. 60.

Chaque collectivité fédérée adopte alors des formes politiques qui sont adaptées aux réalités et aux sensibilités locales. Elle préserve un héritage historique. Elle conserve des traditions sociales, politiques et culturelles. Ce faisant, elle se distingue évidemment de ses voisines – ou, plus exactement, elle peut se distinguer – jusque dans ses institutions.

La Constitution autrichienne ne pratique pas autrement. Elle reconnaît aux Länder ce que Heinz Schaffer appelle une « autonomie constitutionnelle relative²⁸ ». La Basse-Autriche, le Tyrol, la Styrie – pour ne citer que ces exemples – se sont donné des règles d'organisation originales, notamment dans le domaine de la démocratie directe.

L'asymétrie institutionnelle peut être *restreinte*, mais aussi être *générale*.

Dans une perspective réduite, l'asymétrie se limite à quelques particularités de fonctionnement qui tiennent compte, par exemple, d'une situation excentrique, périphérique, insulaire et qui justifient un statut particulier par rapport au centre, à la métropole, au continent.

L'on renvoie ici aux dispositions de la Constitution italienne qui envisage, dans son article 119, des mesures particulières « pour mettre en valeur le Midi et les Îles ». L'on se réfère également aux dispositions de la Constitution portugaise qui, en son article 227, tient compte des « caractéristiques géographiques, économiques, sociales et culturelles » des Açores et de Madère et qui renvoie aux « immémoriales aspirations autonomistes des populations insulaires ».

À l'inverse, les mesures particulières peuvent tenir compte de la situation centrale d'une collectivité politique. L'on sait, depuis les travaux de Simone Dreyfus et de Donald Rowat²⁹, que les capitales fédérales – depuis le district fédéral de Brasília ou celui de Columbia jusqu'à la Région bruxelloise – bénéficient, à raison des tâches spécifiques qui leur incombent, d'un statut particulier dans l'État fédéral.

L'asymétrie peut aussi être entendue au sens très *large* de l'expression ; elle porte sur les fondements mêmes de l'organisation de la collectivité publique. Elle sert alors à composer une société politique dont les traits distinctifs sont particulièrement accusés. L'exécutif, le législatif, l'appareil juridictionnel, l'appareil administratif sont profondément différents.

28. H. SCHAFFER, « Le fédéralisme autrichien : concept juridique et réalité politique », dans *Le fédéralisme en Europe*, Barcelone, ICPS, 1992, p. 59.

29. D.C. ROWAT, *The Government of Federal Capitals*, Toronto, University of Toronto Press, 1973 ; *id.*, « Ways of Governing Federal Capitals », dans J. TAYLOR, J.G. LONGELLÉ et C. ANDREW (dir.), *Capital Cities: International Perspectives*, Ottawa, Carleton University Press, 1993, p. 149-171.

Cette situation ne manque pas de poser problème.

Il est, d'abord, d'ordre pédagogique. Des institutions publiques différenciées peuvent contribuer à composer une mosaïque dont la compréhension ne sera concevable qu'à condition de préciser, chaque fois, de quelle collectivité politique il est effectivement question. L'intelligence des institutions commande de ne pas s'arrêter aux différences de détail, mais à essayer de dégager des principes, fussent-ils très généraux, d'organisation institutionnelle. Dans certains cas, elle peut aussi requérir la présentation en parallèle de situations qui sont, en tous points, antinomiques.

Une autre difficulté peut se présenter. Elle tient à la préservation de l'équilibre général de l'État fédéral. Si la Constitution s'abstient de formuler quelques principes, même élémentaires, pour l'organisation des collectivités fédérées, c'est un État mosaïque qui se constitue. Les principes communs d'organisation disparaissent. Des règles distinctes vont s'opposer, voire se contredire. Elles vont susciter des questions d'application alternative ou cumulative pour les situations mixtes.

On ne peut manquer d'exprimer à ce sujet une inquiétude. Si les citoyens d'un État ne partagent plus les mêmes vues, par exemple, sur les contours de la citoyenneté, une vie commune a-t-elle un sens ? Autrement dit, l'autonomie constitutive des collectivités fédérées ne doit-elle pas rester dans certaines limites ?

L'asymétrie institutionnelle peut n'être que *provisoire* ; elle peut aussi s'inscrire *de manière définitive* dans le paysage institutionnel fédéral.

Lorsqu'elle est provisoire, l'asymétrie indique le chemin qui doit être parcouru pour rejoindre le groupe central. Le statut différencié est conçu à titre transitoire, comme une préfiguration d'un régime plus uniforme. À terme, il doit disparaître.

La situation qui a été faite aux Länder de l'Allemagne orientale s'inscrit notamment dans cette perspective. L'on sait que plusieurs dispositions constitutionnelles, notamment d'ordre financier, ont été suspendues au profit des Länder de l'ancienne République démocratique allemande, de manière à ne pas hypothéquer trop lourdement les finances des anciens Länder et à permettre un rattrapage économique des nouveaux.

L'asymétrie peut aussi être définitive. Elle devient l'un des éléments les plus significatifs de l'organisation étatique. Sans cette asymétrie, le fédéralisme belge³⁰ ou le régionalisme espagnol ne sont pas viables.

30. La Cour d'arbitrage vérifie par priorité si les différents législateurs qui sont à l'œuvre dans l'ordre juridique belge respectent les règles d'égalité inscrites dans les articles 10 et 11 de la Constitution et n'hésite pas à censurer les discriminations qu'ils auraient commises. Dans une

CONCLUSION

Faire prévaloir la règle d'égalité entre les personnes n'est pas commode. Certains systèmes juridiques se sont cassé les dents dans cette entreprise qui confine à l'utopisme. Des jurisprudences sophistiquées ont néanmoins permis de vaincre ces obstacles et de préserver des équilibres minimaux entre ceux qui sont conviés à vivre dans une même société politique.

Faire prévaloir la règle d'égalité entre des collectivités politiques expose à plus d'embûches encore. Insister sur la dimension égalitaire de l'État fédéral, c'est peut-être prendre le risque de mettre l'accent sur des facteurs trop évidents de dissociation. C'est aussi inciter les collectivités composantes à s'inscrire dans une démarche comparative qui les conduit à mesurer au jour le jour les traitements privilégiés ou discriminatoires dont elles seraient l'objet.

L'enjeu est, en effet, celui-là : composer et faire vivre une fédération, et une seule, qui puisse s'afficher, quand il le faut, avec les traits d'un ensemble politique unifié, mais qui n'exclut pas l'intervention autonome de ses composantes dans leurs domaines de responsabilité. Une égalité mesurée peut servir cet objectif : pleine et entière, lorsqu'il s'agit d'octroyer à chacun sa part de souveraineté ; moins complète, lorsqu'il s'agit de construire les appareils institutionnels qui prendront en charge les compétences autonomes.

Le fédéralisme peut trouver là les conditions de son équilibre. Mais certains rappelleront sans doute que ce n'est qu'une forme d'équilibre. À tout instant, il peut déraiper.

étude sur l'égalité devant la Cour d'arbitrage, J.-C. Scholsem relève que le juge constitutionnel choisit de donner de l'égalité « une définition-carrefour en vue de se positionner comme juridiction-carrefour » (J.-C. SCHOLSEM, « L'égalité devant la Cour d'arbitrage », dans *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, p. 775). L'égalité devient la principale norme de référence en droit public. Il n'est pas excessif de considérer que cette notion est désormais l'alpha et l'oméga du système constitutionnel. Les personnes, de droit privé ou de droit public, peuvent revendiquer le bénéfice des articles 10 et 11 de la Constitution. Dans la mesure où elles sont habilitées à agir devant la Cour d'arbitrage, elles peuvent même réclamer du juge constitutionnel l'application directe de cette règle juridique.