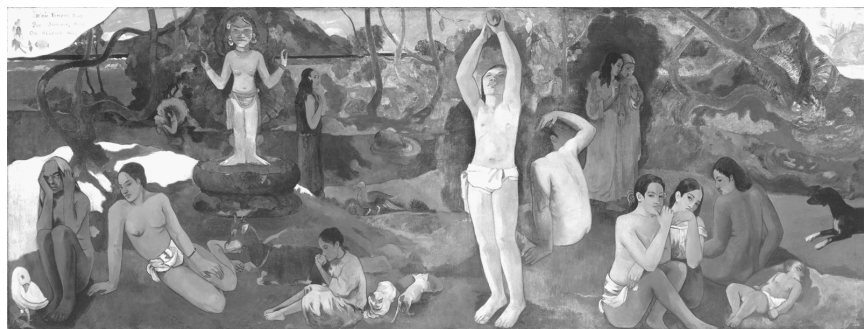


**LE FÉDÉRALISME
DANS TOUS SES ÉTATS**
Gouvernance, identité et méthodologie

**THE STATES AND MOODS OF
FEDERALISM**
Governance, Identity and Methodology

Photo de la couverture / Cover Photo © 2005 Museum of Fine Arts, Boston



Paul Gauguin, Français, 1848-1903, *D'où venons-nous ? Que sommes-nous ? Où allons-nous ?*, 1897-1898, Huile sur toile, 139,1 X 374,6 cm, Museum of Fine Arts, Boston, Tompkins Collection, 36.270

Paul Gauguin, French, 1848-1903, *Where Do We Come From? What Are We? Where Are We Going?*, 1897-1898, Oil on canvas, 54.75 X 147.5 in., Museum of Fine Arts, Boston, Tompkins Collection, 36.270

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

Gouvernance, identité et méthodologie

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

Governance, Identity and Methodology

Sous la direction de / Edited by
Jean-François Gaudreault-DesBiens
Fabien Gélinas



BRUYLANT
BRUXELLES

EB ÉDITIONS YVON BLAIS
UNE SOCIÉTÉ THOMSON

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives Canada

Vedette principale au titre :

Le fédéralisme dans tous ces états : gouvernance, identité et méthodologie = The states and moods of federalism : governance, identity and methodology

Textes présentés lors du colloque international sur le fédéralisme organisé par l'Université McGill et tenu en nov. 2002 à la Faculté de droit de l'Université McGill.

Publ. en collab. avec Bruylant.
Comprend des réf. bibliogr.
Textes en français et en anglais.

ISBN 2-89451-796-3

1. Fédéralisme – Congrès. 2. Gouvernement fédéral – Congrès. 3. Multiculturalisme – Congrès. 4. Fédéralisme – Canada – Congrès. 5. Fédéralisme – Europe – Congrès. I. Gaudreault-DesBiens, Jean-François, 1965- . II. Gélinas, Fabien, 1966- . III. McGill University. IV. Titre : States and moods of federalism.

JC355.F45 2005

321.02

C2005-940725-5F

Library and Archives Canada Cataloguing in Publication

Main entry under title :

Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie = The states and moods of federalism : governance, identity and methodology

Papers presented at an international conference on federalism organized by McGill University and held at Faculty of Law of McGill University, in Nov. 2002.

Co-published by Bruylant.
Includes bibliographical references.
Text in French and English.

ISBN 2-89451-796-3

1. Federal government – Congresses. 2. Multiculturalism – Congresses. 3. Federal government – Canada – Congresses. 4. Federal government – Europe – Congresses. I. Gaudreault-DesBiens, Jean-François, 1965- . II. Gélinas, Fabien, 1966- . III. McGill University. IV. Title : States and moods of federalism.

JC355.F45 2005

321.02

C2005-940725-5E

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada accordée par l'entremise de Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIÉ) pour nos activités d'édition.

© Les Éditions Yvon Blais Inc., 2005
C.P. 180 Cowansville (Québec) Canada
Tél. : (450) 266-1086 Fax : (450) 263-9256
Site web: www.editionsyvonblais.com

Toute reproduction d'une partie quelconque de ce volume par quelque procédé que ce soit est strictement interdite sans l'autorisation écrite de l'éditeur.

Dépôt légal : 2^e trimestre 2005
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

ISBN : 2-89451-796-3

REMERCIEMENTS

Les textes réunis dans cet ouvrage ont été présentés à l'origine lors d'un colloque international sur le fédéralisme tenu à la Faculté de droit de l'Université McGill, à Montréal. Ayant participé directement à l'organisation de ce colloque à un moment ou un autre, nous souhaitons en premier lieu remercier le professeur Peter Leuprecht, alors doyen de la Faculté de droit, pour son soutien indéfectible au projet de colloque, à sa réalisation et à son aboutissement. Nous souhaitons également remercier les commanditaires suivants pour leur soutien financier et logistique : la Faculté de droit de l'Université McGill, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada, le cabinet d'avocats Osler, Hoskin & Harcourt LLP de Montréal, ainsi que le Forum des Fédérations, commanditaire principal.

Nous désirons tout particulièrement adresser nos remerciements à M^{me} Julie Guyot, dont la contribution à la planification et à l'organisation du colloque s'est avéré un élément-clé de sa réussite, à M^{me} Louise Beudet, qui lui a prêté assistance, à M^{me} Marianne Breeze qui s'est chargée d'une partie importante du travail d'édition, à M^{me} Emma Blanchard pour le travail de traduction et à M^{me} Élise Labrecque, qui s'est courageusement chargée du travail de préparation de cet ouvrage. Nous remercions également M^{me} Danielle Miller qui a contribué à la préparation des énoncés de mission pour les auteurs.

En dernier lieu, nos remerciements très sincères s'adressent aux auteurs pour leur généreuse participation à la réalisation de ce projet et leur grande patience dans la préparation de cet ouvrage.

Jean-François Gaudreault-DesBiens, Toronto
Fabien Gélinas, Montréal
Mai 2005

ACKNOWLEDGEMENTS

The papers published in this book were first presented at an international conference on federalism, which took place at the Faculty of Law of McGill University, in Montreal. Having been directly involved in the organization of this conference at one time or another, we wish to thank Professor Peter Leuprecht, then Dean of the Faculty of Law, for his unfaltering support. We also wish to thank the following contributors for their financial and logistical support: the McGill Faculty of Law, the Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade, Osler, Hoskin & Harcourt LPP of Montreal, and the Conference's principal sponsor, the Forum of Federations.

Our special thanks go to Ms. Julie Guyot, whose contribution to the planning and organization of the conference was a key element to its success, to Ms. Louise Beaudet who assisted her, to Ms. Marianne Breeze who was responsible for a large part of the editing work, to Ms. Emma Blanchard for her draft translation of the introductory text, and to Ms. Élise Labrecque who courageously oversaw the material preparation of this book. Our special thanks also go to Ms. Danielle Miller, who was greatly involved in the preparation of the mission statement for the authors.

Finally, we wish to thank the authors for their generous contribution to this project and their patience in the preparation of this book.

Jean-François Gaudreault-DesBiens, Toronto
Fabien Gélinas, Montreal
May 2005

**TABLE DES MATIÈRES
TABLE OF CONTENTS**

INTRODUCTION

**PROLÉGOMÈNES À UNE ÉTUDE RENOUVELÉE DU
FÉDÉRALISME. 3**

INTRODUCTION 3

I. Phénoménologie du fédéralisme et méthodologie du
fédéralisme comparé 5

II. Gouvernance et complexité identitaire. 8

III. Représentation, valeurs et règlement des différends 26

CONCLUSION 48

OPENING NEW PERSPECTIVES ON FEDERALISM 51

INTRODUCTION 51

I. Phenomenology of Federalism and Methodology of
Comparative Federalism 52

II. Governance and the Complexity of Identity 56

III. Representation, Values, and Dispute Resolution 73

CONCLUSION 94

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

**PARTIE I
PHÉNOMÉNOLOGIE DU FÉDÉRALISME ET
MÉTHODOLOGIE DU FÉDÉRALISME COMPARÉ**

**PART I
PHENOMENOLOGY OF FEDERALISM AND
METHODOLOGY OF COMPARATIVE FEDERALISM**

CHAPITRE 1 DU PRINCIPE FÉDÉRAL À UNE TYPOLOGIE DES FÉDÉRATIONS : QUELQUES PROPOSITIONS	
<i>Bruno Théret</i>	99
INTRODUCTION	100
A. Réflexions préliminaires sur la méthode comparative	101
1. Comparer : pour quoi faire ?	101
2. Sortir des impasses courantes du fédéralisme comparatif	107
3. Ultimes remarques méthodologiques	111
B. Vers une typologie des fédérations	113
1. Un idéal méthodologique encore inatteignable	113
2. Un premier débroussaillage	115
C. Formes élémentaires de structuration des pactes fédératifs	123
1. Structuration politique	125
2. Structuration fisco-financière	129
CONCLUSION.	132
CHAPTER 2 COMPARATIVE CONSTITUTIONAL FEDERALISM: ITS STRENGTHS AND LIMITS	
<i>Vicki C. Jackson</i>	135
INTRODUCTION	136
A. Constitutional Comparison: Contrasting Transnational Constitutional Discourse in Individual Rights and Federalism Cases	141
B. Constitutional Federalism and the Limits of Comparison: “Package Deals” and Historical Compromises	146
1. Package Deals.	148

TABLE DES MATIÈRES

2. Historically Contingent Political Compromises 151

C. Implications: Limits on Comparison of Enumerated Powers
in Federal Systems. 155

D. Comparative Constitutional Federalism and Other Questions of
Structure 160

1. Commandeering. 160

2. The Question of Secession 161

CONCLUSION. 168

PARTIE II
GOVERNANCE ET COMPLEXITÉ IDENTITAIRE

PART II
GOVERNANCE AND THE COMPLEXITY OF IDENTITY

**CHAPTER 3 THE CHALLENGE OF ETHNIC DIVERSITY
TO FEDERALISM**
Thomas Fleiner 171

INTRODUCTION 172

A. Why Does the Nation-State Exclude Multiculturalism? 173

1. Equality of *Homo Sapiens* 173

2. Diversity and the “Nation Concept” 174

3. Taking Cultural Diversity Seriously 176

B. Controversy Over the Roots of Conflicts within Multicultural
States. 178

C. Does Globalisation Eliminate or Even Resolve Those Conflicts? . . 179

D. What Tools Are Available to the Multicultural State in Order to
Meet the Increasing Challenges of Multiculturalism?. 180

1. Policy of Tolerance 180

2. Policy of Reconciliation. 181

3. Equalizing Minorities with the Majority 182

4. Enhancing Diversity 183

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

E. The Different Actors Uniting Multicultural Societies.	184
1. The State as an Actor for State-making and Nation-building. . .	184
2. Decentralised Units as Actors.	186
3. Civil Society as an Actor	187
4. International and Regional Action with Regard to Conflicts in Multicultural Societies	189

CHAPITRE 4 L'ÉGALITÉ, MESURE DU FÉDÉRALISME

Francis Delpérée et Marc Verdussen 193

INTRODUCTION 194

A. Une souveraineté partagée. 196

B. Des souverainetés différenciées 203

CONCLUSION. 208

**CHAPTER 5 THE MORAL PSYCHOLOGY OF
FEDERALISM**

Daniel M. Weinstock 209

A. Foundational Myths 210

B. Nationalism and Federalism. 213

C. Nostalgic and Aspirational Myths. 214

D. Myth-making: The Case of Quebec and Canada 216

E. Conclusions 225

**CHAPITRE 6 PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ ET PRINCIPE
DE PERSONNALITÉ EN FÉDÉRALISME
COMPARÉ : LE CAS DU LIBAN ET
PERSPECTIVES ACTUELLES POUR LA
GESTION DU PLURALISME**

Antoine Messarra 227

A. Le fédéralisme suivant le principe de territorialité 228

 1. Le principe de personnalité dans les traditions
 constitutionnelles 232

 2. Les deux caïmacamats : personnalité ou territorialité ?. 236

TABLE OF CONTENTS

3.	Personnalité de juridiction	238
4.	L'application en Estonie et en Pologne	239
B.	Le fédéralisme suivant le principe de personnalité dans les sociétés multicommunautaires contemporaines	240
1.	Les cas spéciaux répandus	241
2.	Belgique : principe de personnalité	243
3.	La langue de l'enseignement	245
4.	Un bicaméralisme fédéral	246
5.	Représentation fédérale, personnelle et paritaire	247
6.	L'ancien fédéralisme personnel chypriote	248
7.	Autriche, Pays-Bas, Malaisie, URSS, Inde	252
8.	Nigeria et Soudan	253
9.	Du statut inférieur au statut égalitaire.	254
10.	Fédéralisme personnel et islam	256
11.	L'impasse territorialité/personnalité au Proche-Orient	257
	CONCLUSION.	258
	CHAPTER 7 KALEIDOSCOPIIC FEDERALISM	
	Roderick A. Macdonald.	261
	INTRODUCTION: THE FACES OF FEDERALISM.	262
A.	Plural Motifs: Reconstitutive (Or Dialogic) Federalism	264
B.	Plural Ambitions: Mapping Federalism in Society	267
C.	Plural Sites: Multiple Centres of State Power.	270
D.	Plural Modes: Territorial, Personal, and Psychological Federalism	273
	CONCLUSION: KALEIDOSCOPIIC FEDERALISM.	277
	Postscript: Sources and References	279
1.	History, Foundations, Structures, Modes, and Sites of Federalism.	279
2.	Institutional Design to Accommodate Social Diversity.	280
3.	Identity and Legal Pluralism	282

CHAPITRE 8 L'UNION EUROPÉENNE : UNE FÉDÉRATION INTERNATIONALE <i>Nicolas Levrat</i>	285
INTRODUCTION	286
A. Constitution de l'Europe et fédéralisme	289
1. Un processus de constitution fédéraliste	289
2. Une « Constitution fédérale européenne »	291
B. Les relations entre le niveau fédéral et les individus	297
1. Le lien entre le niveau fédéral et les individus	298
2. Le lien entre individus et « pouvoir fédéral »	299
CONCLUSION	302

**PARTIE III
REPRÉSENTATION, VALEURS
ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS**

**PART III
REPRESENTATION, VALUES,
AND DISPUTE RESOLUTION**

CHAPTER 9 THE PROVINCES AND INTERNATIONAL RELATIONS IN CANADA <i>Armand de Mestral</i>	309
INTRODUCTION	310
A. The Legal Framework	311
1. Public International Law	311
2. Canadian Constitutional Law Governing International Relations	312
3. Political Positions—Claims and Counterclaims	314
4. Federal Legislation	316
5. Doctrinal Writing	316
6. Provincial Legislation Relating to Foreign Affairs	317
B. The Current <i>Modus Vivendi</i>	317

TABLE DES MATIÈRES

1.	Representation Abroad	317
2.	Travel Abroad by Provincial Government Officials	318
3.	Reception of Visiting Foreign Dignitaries	319
4.	Participation in International Organizations and International Conferences and Negotiations	319
	(i) General	319
	(ii) United Nations	319
	(iii) Specialized Agencies	320
	(iv) Special Case of “ <i>la francophonie</i> ”	320
	(v) Other Intergovernmental Organizations	320
	(vi) Major Diplomatic Negotiations.	321
5.	Practice Respecting Agreements and Treaties	322
6.	Practice Relating to Foreign Diplomatic and Consular Representatives in the Province.	323
7.	Practice Relating to Reception of NGOs	323
8.	Responsibility of the Federal Government for Provincial Acts	324
	CONCLUSION.	324
	CHAPITRE 10 L’EXÉCUTION FÉDÉRALE DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES : LE CAS DE LA BELGIQUE ET DU CANADA <i>Annemie Schaus</i>	327
	INTRODUCTION	328
A.	La compétence des entités fédérées dans la mise en œuvre des obligations internationales.	330
	1. Le cas du Canada	330
	2. Le cas de la Belgique	334
B.	Les pouvoirs d’exécution fédérale en cas de défaillance des entités fédérées	335
	1. Le cas de la Belgique	336
	2. Le cas du Canada	340
	CONCLUSION.	347

CHAPTER 11 THE VOICE OF LÄNDER, REGIONS AND COMMUNITIES IN THE EUROPEAN UNION <i>Rainer Arnold</i>	349
A. Supranational Integration and Federalism/Regionalism	350
1. Supranationalism as a Characteristic Phenomenon in Post-war Europe.	350
2. Federalism/Regionalism as a Changing Concept in Europe	352
3. Supranationalisation of Federalism/Regionalism in Europe: General Aspects.	353
B. Federalism/Regionalism and the EU Decision-making Process	356
1. EC Provisions on the Participation of Federal Subentities (Länder/Regions) in Decisions on EU Matters	356
2. Provisions in the EC Treaty Regarding Member States of Federations/Regions.	356
3. Regimes in Member States in relation to the Participation of Territorial Subentities in the EU Legislative Process.	359
CHAPITRE 12 GARANTIR L'INTÉGRATION DES VALEURS MINORITAIRES DANS LE DROIT : UNE ENTREPRISE IRRÉALISABLE PAR LA VOIE STRUCTURELLE <i>Andrée Lajoie</i>	365
INTRODUCTION	366
A. Quelques hypothèses d'aménagements administratifs du pouvoir judiciaire	366
1. Bilinguisme et même... bijuridisme.	367
2. Territorialisation du système judiciaire	370
3. Participation territoriale dans la sélection des juges	372
B. Une entreprise irréalisable par la voie structurelle	372
1. Le sort des valeurs des Autochtones	373
2. Le sort des valeurs des Québécois	375
CONCLUSION.	378

TABLE OF CONTENTS

CHAPTER 13 THE SUPREME COURT OF CANADA’S UNDERSTANDING OF FEDERALISM: EFFICIENCY AT THE EXPENSE OF DIVERSITY
Jean Leclair 383

INTRODUCTION 385

A. The Supreme Court of Canada’s Functional Approach to Federalism 388

1. The Centripetal Potential of Judge-made Constitutional Law Concepts 388

2. The Judicial Reinforcement of the Central Government’s Power to Regulate the Economy 391

(i) The Liberal Interpretation of Parliament’s Enumerated Powers 392

(ii) The “Provincial Inability Test”: A Federal Trojan Horse . . 394

3. The Court’s Diverging Approaches to the Defence of National and Regional Interests. 398

(i) The Neglected Virtues of “Formalism” 398

(ii) The Court’s Vigorous Defence of National Interests . . . 400

(iii) The Court’s Weak Defence of Regional Interests 405

B. The Tension Resulting from the Need to Address Federalism Issues from a Community Perspective 408

CONCLUSION. 413

CHAPTER 14 CARTOGRAPHERS OF THE NEW CONSTITUTIONAL SETTLEMENT: THE UNITED KINGDOM’S TOP COURTS AND DEVOLUTION
Richard Cornes 415

INTRODUCTION 416

A. The Union Before 1997 419

B. The “Union Theme”—Building a New Union Identity Based on Civic Principles as a Counterweight to Devolution 422

1. A Brief Survey of the New Institutions 422

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

2.	Devolution, the Growth of Identity Politics in the UK and the Unaddressed Question of a Union Identity	424
3.	The Devolution Programme: A New Role for the Judicial Committee and Implications for the UK's Legal Systems	427
4.	Securing a Role—The Scope of “Devolution Issue”	428
C.	The “Devolution Theme”—Securing the Constitutional Status of the Devolution Acts	434
	Introduction	434
1.	Devolution of Federalism: Legal Versus Political Sovereignty	434
2.	Distinguishing the Devolved Institutions—Not Merely Local Government on a Grand Scale?	436
3.	Confirming the Constitutional Status of the Devolution Acts. . .	437
	CONCLUSION.	440

CHAPITRE 15 LES ENTENTES INTERGOUVERNEMENTALES ET LA GOUVERNANCE FÉDÉRALE : AUX CONFINS DU DROIT ET DU NON-DROIT

	<i>Johanne Poirier</i>	441
	INTRODUCTION	442
A.	La diversité des fonctions remplies par les ententes intergouvernementales dans la gouvernance fédérale.	444
1.	Les fonctions « explicites » des ententes intergouvernementales	445
	i) La coordination matérielle	445
	ii) La coopération procédurale.	446
2.	Les fonctions « latentes » des ententes intergouvernementales	447
	i) Le contournement de la répartition formelle des compétences	447
	ii) Le maintien d'un flou artistique autour de la répartition des compétences	450
	iii) L'alternative aux réformes constitutionnelles	450
	iv) La mise en œuvre effective de réformes constitutionnelles	452

TABLE DES MATIÈRES

B. Le rôle du juge face à la pratique des ententes intergouvernementales dans divers régimes fédéraux : l'évanescence frontière entre le droit et le non-droit	453
1. La nature des ententes intergouvernementales entre les parties signataires	454
2. La place des ententes intergouvernementales dans la hiérarchie des normes	457
3. Le droit : symbole de l'esprit fédéral et instrument de <i>realpolitik</i>	461
C. La « culture juridique » comme élément d'analyse du phénomène fédéral.	463
1. Le « légicentrisme » ambiant favorise une conception juridique des ententes intergouvernementales	465
2. La tradition civiliste ou de <i>common law</i> des constitutionnalistes influence leurs conceptions des ententes intergouvernementales.	466
3. Le caractère principalement « moniste » ou « dualiste » d'un État à l'égard du droit international influence la conception de la place des ententes intergouvernementales dans l'ordre juridique interne	468
4. Les modèles de référence contribuent à entériner une certaine conception des ententes intergouvernementales	470
CONCLUSION.	472

INTRODUCTION

Prolégomènes à une étude renouvelée du fédéralisme

Jean-François GAUDREAU-DESBIENS*
Fabien GÉLINAS**

*D'où venons-nous ? Que sommes-nous ?
Où allons-nous¹ ?*

INTRODUCTION²

Le fédéralisme est dans tous ses états. Au-delà de l'observation juste, mais banale, d'un regain d'intérêt pour la pratique et l'étude du fédéralisme depuis quelques années, on ne saurait ignorer que la multiplicité des formes contemporaines que prend le fédéralisme en complique singulièrement l'appréhension. De fait, bien qu'ayant en partage un certain nombre de caractéristiques fondamentales, les structures fédérales sont élaborées dans un contexte sociopolitique particulier et évoluent selon une dynamique qui est propre à chacune. Cette diversité, qui rend vaine toute velléité de proposer une description exhaustive et prescriptive du fédéralisme, fait en sorte que l'étude des diverses expressions que prend le « phénomène fédéral » paraît plus prometteuse que celle du fédéralisme entendu dans son acception traditionnelle de mode d'organisation de l'État.

D'autant que le fédéralisme connaît en effet plusieurs *états*. Confronté, dans cette acception traditionnelle, à des phénomènes comme la réémergence à l'échelle internationale d'identités subétatiques jusque-là « contenues » au sein de fédérations déjà établies, ou l'élaboration d'un ordre juridique supra-

* Professeur, Faculty of Law, University of Toronto.

** Professeur à la Faculté de droit, Directeur, Institut de droit comparé, Université McGill.

1. D'après la toile de Paul Gauguin « D'où venons-nous ? Que sommes-nous ? Où allons-nous ? », 1897, Museum of Fine Arts, Boston, Tompkins Collection. Voir : M. PROTHER et C.F. STACKAY, *Gauguin. A Retrospective*, New York, Park Lane, 1987, p. 28.

2. Dans le cadre de ce texte introductif, nous avons adopté la politique de systématiquement traduire en français les titres des articles publiés en anglais dans cet ouvrage, ainsi que toute citation provenant de ces articles.

étatique de plus en plus envahissant, notamment en matière de commerce international, sa pertinence même ou, à tout le moins, sa capacité d'adaptation sont mises à rude épreuve. En pareil contexte, le fédéralisme est pour ainsi dire condamné à évoluer et à se complexifier, à mesure que l'*État* auquel il est associé lui aussi évolue et se complexifie. Mais est-il encore vraiment avisé de lier inextricablement État et fédéralisme ? Des dynamiques fédérales ne sont-elles pas également perceptibles au sein d'organisations ou d'entités qui ne présentent pas, *stricto sensu*, les caractéristiques d'un État ? Peut-on, autrement dit, séparer conceptuellement ces frères siamois que sont le fédéralisme et l'État et que la doctrine classique déclarait jadis inséparables ? Pareille interrogation renvoie à la nécessité de penser, ou plutôt d'*impenser*, le phénomène fédéral dans un cadre théorique qui serait plus large que celui, essentiellement institutionnel, de la réflexion sur l'organisation de l'État. Le fédéralisme demeure certes un important mode d'organisation de l'État, de plus en plus fréquemment sollicité du reste, mais il peut également être envisagé sous l'angle de la culture juridique qu'il sous-tend, des règles minimales de civilité qu'il présuppose, ou des aspirations qu'il promeut, qu'elles fassent ou non l'objet d'une juridicisation formelle, questions dont l'étude incite à pluraliser le modèle théorique ayant jusqu'à maintenant servi de cadre à l'essentiel des travaux réalisés en droit sur la question.

Ce n'est pas un hasard si nous mettons ici l'accent sur les recherches *juridiques* ayant trait au fédéralisme. Il est en effet difficile de ne pas remarquer combien les juristes semblent s'être désintéressés, depuis quelques décennies, de la *théorie* du fédéralisme. Hormis quelques exceptions, la majorité d'entre eux ont orienté leurs travaux vers la dimension strictement technique des rapports juridiques qu'un régime fédéral suppose, laissant ainsi aux politologues, aux économistes et aux philosophes le champ de la réflexion sur les valeurs fondamentales et les dynamiques qui animent en profondeur les diverses expressions du phénomène fédéral, ou encore sur les questions de méthodologie que suscite l'étude comparative des fédéralismes. L'emploi de l'expression « phénomène fédéral » plutôt que « fédéralisme » dans l'énoncé de mission distribué aux auteurs de cet ouvrage visait d'ailleurs à les inciter, et notamment les juristes parmi eux, à envisager ce phénomène sous un angle qui ne serait pas que technique. L'un des objectifs de cet ouvrage était en ce sens de contribuer à décaper quelque peu la pensée sur le fédéralisme afin que soient posés des jalons menant à une possible rethéorisation de ce concept et que la réflexion juridique sur celui-ci se réinscrive dans une relation dialogique avec la pensée politique, économique ou philosophique. D'où le fait que la majorité des auteurs ayant collaboré à cet ouvrage soient des juristes, mais qu'en même temps l'interdisciplinarité et, dans certains cas, la transdisciplinarité, y jouent un rôle de premier plan. Cela dit, quel que soit leur prisme disciplinaire, tous étaient invités, comme l'indique le titre de cet ouvrage, à appréhender le fédéralisme dans tous ses états...

I. Phénoménologie du fédéralisme et méthodologie du fédéralisme comparé

Ils l'ont d'abord fait en se posant la question du regard. Comment aborder le phénomène fédéral ? Sous quel angle le scruter ? Comment mettre les diverses expressions de ce phénomène en rapport les unes avec les autres ? La prémisse d'une telle interrogation, qui fait l'objet de la première partie de l'ouvrage, intitulée « Phénoménologie du fédéralisme et méthodologie du fédéralisme comparé », est que le constat d'une absence de modèle véritablement prescriptif de fédéralisme, qui, empiriquement, ne paraît guère contestable, est pourtant souvent contredit par l'établissement d'adéquations entre une expression particulière du fédéralisme et le fédéralisme tout court. Autrement dit, le phénomène fédéral se trouve réduit, généralement dans le discours politique, à l'une de ses incarnations. Le prisme national à travers lequel les observateurs appréhendent souvent ce phénomène peut en venir à fausser de manière radicale leur perception et à agir ainsi comme obstacle épistémologique³.

Par ailleurs, des pathologies sont susceptibles d'affecter l'acte comparatif lui-même. Aussi importe-t-il, avant de procéder à une phénoménologie du fédéralisme, à une analyse comparative des expressions de ce phénomène ainsi qu'à une rethéorisation de ce dernier, de réfléchir sur les différents écueils susceptibles de faire échouer de telles entreprises intellectuelles. C'est à Bruno Théret, du Centre National de la Recherche Scientifique, à Paris, et à Vicki Jackson, de la Faculté de droit de l'université Georgetown, à Washington, qu'a incombé cette tâche.

Dans sa contribution intitulée « Du principe fédéral à une typologie des fédérations : quelques propositions », Bruno Théret se livre à ce que l'on pourrait appeler une « épistémologie de la comparaison ». Adoptant comme postulat la nécessité de « construire le comparable », Théret soutient qu'« [i]l n'y a de comparaison, dans cette perspective, que construite et référée à un problème théorique, problème par ailleurs posé en termes structurels et de configurations entre éléments. Appliquée au phénomène fédéral, cette approche implique donc [une] exigence de "rethéorisation du fédéralisme"⁴ », qui appelle les comparatistes à éviter les impasses intellectuelles que constituent la réduction du phénomène fédéral à l'une de ses expressions particulières, qui empêche la rethéorisation souhaitée de ce phénomène, et le relativisme culturaliste qui incite à récuser toute possibilité de « dépasser l'incomparabilité des expériences locales de mise en œuvre du principe fédéral⁵ ». Ironiquement, souligne-t-il, la

3. Le concept d'obstacle épistémologique a été élaboré par le philosophe Gaston Bachelard qui désignait par là les causes, le plus souvent internes car d'origine discursive, de stagnation de la pensée. Voir : G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 12^e éd., Paris, Vrin, 1983.

4. B. THÉRET, « Du principe fédéral à une typologie des fédérations : quelques propositions », chapitre premier, p. 106.

5. *Ibid.*, p. 108.

démarche comparative qui permet d'éviter ces écueils « requiert [elle-même] de concilier l'unité abstraite du principe fédéral et la diversité concrète du phénomène fédéral⁶ ». Principe et phénomène qui, selon Théret, doivent se penser à la lumière tant des relations existant entre les entités collectives composant chaque fédération que de celles liant ces entités collectives, généralement incarnées dans des ordres de gouvernements, et les individus y évoluant. Dans cette optique, les préconceptions idéologiques qui apparaissent souvent sous couvert de théories objectivantes et qui mènent à occulter ces deux niveaux de relations risquent en bout de ligne d'empêcher une appréhension complexe à la fois du principe fédéral et du phénomène fédéral.

Ces importantes remarques méthodologiques étant faites, Théret en vient à proposer, à partir d'une démarche à la fois inductive et déductive, une typologie provisoire destinée à mettre en ordre la diversité des expressions du phénomène fédéral. Cette typologie s'articule autour de deux grands critères, l'un politico-juridique, distinguant les types interétatique et intra-étatique de relations constitutionnelles prévalant entre ordres gouvernementaux fédéral et fédérés, l'autre économique-monétaire, qui s'intéresse au type de régulation financière en vigueur au sein de chaque fédération. Il entrebâille également la porte à un usage potentiel d'un critère fondé sur le caractère associatif ou dévolutif du pacte fédéral originel.

Bruno Théret est un économiste. Dans la foulée d'un certain idéal-type de la méthode en sciences sociales, son approche du fédéralisme comparé n'a aucune visée prescriptive⁷. Au surplus, bien qu'il aborde de manière incidente la question du *pourquoi* de la comparaison, il s'intéresse avant tout au *comment* de celle-ci.

Vicki Jackson, quant à elle, inverse cette équation dans son article « Le fédéralisme constitutionnel comparé : ses forces et ses faiblesses ». Situait la problématique du fédéralisme comparé dans le cadre, plus large, de celle du constitutionnalisme comparé, elle fait remarquer qu'alors que l'on observe un phénomène de trans-nationalisation croissante du discours judiciaire constitutionnel, le fédéralisme semble pour sa part échapper à cette tendance. Pourtant, relève-t-elle, les avantages à tirer d'une comparaison bien faite de divers systèmes de droit sont légion, qu'il s'agisse d'une compréhension plus nuancée de certains concepts à vocation universaliste (par exemple, l'égalité ou la dignité), d'une relativisation de certaines particularités constitutionnelles locales pourtant présentées comme « données », d'un réexamen de la théorie

6. *Ibid.*, p. 110.

7. Nous faisons ici référence à un *idéal-type* des sciences sociales puisque, comme le reconnaît Théret lui-même, plusieurs chercheurs se réclamant du corpus des sciences sociales ont employé le langage de l'objectivité scientifique pour masquer des choix idéologiques qui, inévitablement, coloraient leur conception de la nature du fédéralisme, de son rapport aux autres régimes constitutionnels, de ses fonctions, voire de sa pertinence.

des sources de droit constitutionnel, ou d'un approfondissement de l'analyse de l'influence de certaines structures institutionnelles et de leur configuration sur l'atteinte d'objectifs sociaux⁸. Aussi, comment expliquer que, malgré une résurgence de l'intérêt pour le fédéralisme à l'échelle de la planète, les tribunaux des États fédéraux ou quasi-fédéraux demeurent pour la plupart réticents à se pencher sur les précédents pertinents émanant d'autres juridictions lorsque ceux-ci ont trait au fédéralisme, alors qu'ils ne montrent guère d'hésitation à le faire lorsque ces précédents intéressent les droits de la personne ? Le fédéralisme ne serait-il concevable qu'à travers ses expressions locales et, dans cette foulée, la réflexion sur le fédéralisme serait-elle inéluctablement condamnée au relativisme ? Sans pour autant défendre cette thèse, Jackson n'en estime pas moins que, de fait, la comparaison des fédéralismes présente des difficultés que ne présente pas, par exemple, celle des droits de la personne. À ce stade de son analyse de type institutionnaliste, le *comment* de la comparaison rejoint le *pourquoi*. S'agissant de la comparaison des fédéralismes, concept polysémique s'il en est un, elle souligne que les problèmes particuliers que suscite ce type de comparaison tiennent d'abord au fait que les structures fédérales émergent généralement à la suite de compromis politiques éminemment circonstanciels, et que, dès lors, les dispositions constitutionnelles expresses en résultant sont moins susceptibles d'être fondées sur des principes fermes clairement articulés. Ils tiennent ensuite au fait que les structures fédérales se donnent en principe à voir comme parties intégrantes d'un ensemble plus large de normes et d'institutions constitutionnelles interdépendantes, de telle sorte que la comparaison de dispositions particulières ne saurait avoir de sens sans les resituer dans le contexte du système d'où elles émanent. Compte tenu de ces variables contextuelles et structurelles qui sont en quelque sorte encodées dans chaque expression particulière du fédéralisme, Jackson, sans se déclarer ouvertement partisane de la thèse de l'incommensurabilité des fédéralismes, opine que la principale vertu du fédéralisme comparé tient peut-être plus à sa capacité d'aider l'interprète à s'interroger sur son propre système fédéral qu'à celle de lui indiquer précisément quelle pourrait être la « meilleure réponse » dans une espèce donnée. Elle conclut que c'est probablement en nourrissant la réflexion sur les questions ayant trait à la configuration des fédérations que le fédéralisme comparé peut s'avérer le plus utile, semblant rejoindre en cela le juge américain Antonin Scalia qui, dans un passage déjà célèbre, n'attribuait à la comparaison qu'un rôle dans l'*élaboration* des constitutions et non dans leur *interprétation*⁹. Toutefois, une différence de taille demeure entre les positions de Jackson et de Scalia : alors que c'est la rigueur méthodologique qui incite la première à évoquer cette hypothèse, ce sont avant tout des considérations idéologiques qui semblent inspirer le second.

8. V. JACKSON, « Comparative Constitutional Federalism: Its Strengths and Limits », chapitre 2, p. 138.

9. *Printz c. United States*, 521 U.S. 898 (1997), p. 921, note 11.

Une fois identifiés les principaux problèmes méthodologiques et épistémologiques que soulève l'étude comparative des expressions du phénomène fédéral, plusieurs grands thèmes intéressant ce phénomène pouvaient faire l'objet de développements. Deux d'entre eux ont retenu notre attention. Le premier concerne les rapports entre fédéralisme, gouvernance et complexité identitaire. Il en sera question dans la seconde partie de cet ouvrage. Le deuxième a trait aux arbitrages réalisés ou réalisables entre certaines valeurs que l'on pourrait qualifier d'« inhérentes » au fédéralisme et d'autres procédant d'impératifs qui, sans être étrangers au fédéralisme, ne lui sont pas pour autant inhérents. On en traitera dans la troisième et dernière partie de l'ouvrage.

II. Gouvernance et complexité identitaire

Un cliché (qui, comme bien des clichés, n'est pas totalement dénué de fondement) veut que le fédéralisme permette de concilier l'unité et la diversité au sein d'une même société. C'est du reste ce qui explique qu'à la faveur des revendications identitaires qui frappent de nombreux États, le fédéralisme soit de plus en plus perçu comme un compromis acceptable permettant de concilier efficacement et de manière évolutive ces deux idéaux qui apparaissent contradictoires.

Toutefois, s'en tenir à affirmer que l'une des fonctions du fédéralisme est de favoriser l'expression de la diversité tout en assurant le maintien d'une certaine cohésion ou unité équivaut à se dire en faveur de la vertu, sur laquelle tout le monde s'entend à condition qu'on ne la définisse pas trop précisément. Il faut donc pousser plus loin l'investigation, en identifiant notamment les vecteurs contemporains de diversité susceptibles d'intéresser la réflexion sur le fédéralisme. Sans grand risque de se tromper, on peut se hasarder à en identifier deux principaux, à savoir la présence de communautés nationales établies depuis longtemps sur un territoire donné, ainsi que l'impact croissant du phénomène de la migration des populations sur la (re)configuration des communautés politiques et, par extension, sur celle des États.

Au sujet du premier de ces vecteurs de diversité, on pourra se demander dans quelle mesure un État, et *a fortiori* une fédération, peut s'accommoder de l'existence, en son sein, de multiples identités minoritaires ou de « petites nations », pour reprendre l'expression de Finkelkraut¹⁰. Question plus difficile encore, comment un tel accommodement peut-il réussir sans occulter la complexité et la relative fluidité de ces identités, d'une part, et sans inciter à une

10. Finkelkraut souligne que « [c]e n'est pas sa taille ou sa superficie qui caractérise la petite nation, c'est son destin ». Voir : A. FINKIELKRAUT, « Qu'est-ce qu'une petite nation ? », dans M. SEYMOUR (dir.), *Nationalité, citoyenneté et solidarité*, Montréal, Liber, 1999, p. 435, 438. On lira également avec profit A. FINKIELKRAUT, *L'ingratitude. Conversation sur notre temps* (avec Antoine Robitaille), Montréal, Québec-Amérique, 1999.

négarion *a priori* de la dynamique « trans-identitaire » qu'est censé encourager le fédéralisme, d'autre part ? Par ailleurs, quel est l'impact concret des migrations de population sur la configuration des communautés politiques ?

Au sujet du second vecteur, celui de la migration des populations, on pourra se demander si le fédéralisme offre un vocabulaire et des outils satisfaisants pour faire face à ce phénomène qui croît en importance. Comment, dans le concret, les États fédéraux, déjà existants ou en construction, gèrent-ils les problématiques de plurinationalité et de supranationalité, ainsi que de citoyenneté ? Ces interrogations soulèvent en fait la question de la gestion, dans les diverses fédérations du monde, de logiques centrifuges qui s'expriment de plus en plus ouvertement. Plus encore, elles mettent en lumière le rôle central que peut jouer le fédéralisme comme outil de prévention et de règlement des tensions interethniques ou intercommunautaires, qu'elles datent d'hier ou de temps immémoriaux, et qui sont susceptibles de poser de sérieux problèmes sur le plan de la sécurité interne et internationale.

Thomas Fleiner, de l'Institut du Fédéralisme de l'université de Fribourg, aborde de front ces questions en examinant les rationalités qui inspirent les réponses que les États sont susceptibles de fournir à ce « dilemme de la diversité » qui est aussi celui de la « différence »¹¹. Dans sa contribution intitulée « La diversité ethnique comme défi au fédéralisme », Fleiner fait remarquer d'entrée de jeu que l'évolution démographique d'un nombre croissant d'États rend inévitable un recentrage de la réflexion sur la gouvernance, s'éloignant des questions portant sur le fonctionnement des gouvernements et allant vers celles portant sur la légitimité des gouvernants eux-mêmes. Autrement dit, la question la plus urgente n'est plus tant celle de savoir comment gouverner, mais bien celle de déterminer qui gouverne qui. Du fonctionnel, on est donc passé à l'existential.

Après s'être penché sur les facteurs qui, au cœur même de l'idéologie constitutionnelle moderne¹², risquent d'empêcher les acteurs politiques de tirer les conséquences, juridiques ou autres, qui découlent de la présence, au sein de nombreux États, d'un *fait* multiculturel, Fleiner examine ensuite les stratégies déployées par les États pour répondre à cette présence. Ces stratégies se situent généralement sur un continuum allant du déni officiel par l'État de l'existence

11. Voir sur cette question : M. MINOW, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 1990.

12. C'est par exemple le cas des conceptions formalistes et strictement individualistes de l'égalité ou des « images constitutionnelles » homogénéisantes de la « nation », fut-elle définie sur des assises ethniques ou civiques. Sur la notion d'image constitutionnelle, voir : W.E. CONKLIN, *Images of a Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1988. Sur la problématique des assises intellectuelles du constitutionnalisme moderne comme obstacles à une appréhension satisfaisante des vecteurs de diversité, voir aussi : J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

de collectivités subétatiques à la promotion formelle par cet État d'une culture dominante particulière. Mais quelle que soit la « réponse » particulière que puisse donner un État au dilemme de la diversité, la présence au sein d'une société de vecteurs de diversité ethnique y accroît certainement le risque de conflits ouverts ou larvés.

En ce sens, Fleiner estime qu'une saine gestion des rapports interethniques passe plus que jamais par l'identification des causes profondes, historiques, politiques, sociologiques ou économiques, qui nourrissent ce qu'un autre auteur a appelé les « idéologies du ressentiment »¹³. À cet égard, ce serait faire fausse route que de s'imaginer que la dynamique contemporaine de mondialisation économique et le rétrécissement corollaire de l'espace disponible pour l'expression des souverainetés étatiques, parviendront d'eux-mêmes à éliminer les frottements interethniques porteurs de conflits potentiels. Du reste, cette dynamique de mondialisation n'est pas qu'économique et, surtout, elle n'est pas univoque. Elle s'exprime en effet dans un premier temps par des phénomènes illustrant l'impact d'impératifs transnationaux sur les décisions prises à l'échelle locale, mais aussi, dans un second temps, par d'autres phénomènes qui, quant à eux, procèdent d'une logique inverse, à savoir, lorsque ce qui relève *a priori* du particulier et du local se trouve mondialisé¹⁴. Fleiner poursuit en écrivant ce qui suit :

Alors même que s'étend l'emprise du marché global, l'intensité des revendications pour une plus grande équité à l'échelle locale va aller en s'accroissant. Loin de s'effacer, les conflits locaux deviendront de plus en plus ouverts, violents et explosifs. L'*homo oeconomicus* si soucieux de maximiser le rapport coûts-bénéfices de ses actions, recherchera son profit sur le marché global, alors que l'*homo politicus* exigera quant à lui d'être compensé pour les injustices causées par ce même marché. Ainsi, les défis que lance le multiculturalisme s'accroîtront-ils plutôt que de diminuer¹⁵.

En pareil contexte, il sera loisible d'envisager des stratégies d'intervention aussi variées que la simple tolérance, la réconciliation, la reconnaissance de droits collectifs ou la promotion constitutionnelle de la diversité. Le fédéralisme pourra à cet égard s'avérer un outil précieux de gestion de cette diversité et de conciliation harmonieuse des identités. Plusieurs acteurs doivent cependant collaborer pour assurer le succès de pareille entreprise : l'État, certes, mais aussi les entités subétatiques reconnues dans la constitution, que cette dernière soit de type fédéral ou non, la société civile au sens large et, enfin, la

13. Voir : M. ANGENOT, *Les idéologies du ressentiment*, Montréal, XYZ éditeur, 1996.

14. Le sociologue-juriste Boaventura de Sousa Santos désignait respectivement ces deux sous-dynamiques sous les noms de « *localized globalism* » et de « *globalized localism* ». Voir : B. de SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Londres, Routledge, 1995, p. 263.

15. T. FLEINER, « The Challenge of Ethnic Diversity to Federalism », chapitre 3, p. 180.

communauté internationale. Dans cette optique, le travail de (re)configuration d'un régime fédéral ne saurait s'envisager comme l'affaire d'une élite politique locale imperméable à ce qui se passe en deça et au-delà de l'État « souverain » qu'elle gouverne.

Il reste que si l'on peut raisonnablement faire, à l'instar de Fleiner, l'hypothèse que le fédéralisme constitue bel et bien un outil particulièrement efficace pour appréhender la complexité et la fluidité des identités dans les sociétés postmodernes, il n'en demeure pas moins que pareille appréhension exige une ouverture préalable à l'« Autre », ainsi qu'un minimum de flexibilité au plan institutionnel.

Se pose à ce stade la question de la réceptivité des diverses incarnations du fédéralisme à une relative asymétrie, ce qui soulève la problématique, plus vaste encore, du sens accolé à la notion d'« égalité » dans un contexte fédéral, qu'il s'agisse de l'égalité des personnes ou de celles des groupes. L'égalité, dans une fédération, suppose-t-elle une relation d'identité ou d'équivalence ? Ces questions, relevant de prime abord de la philosophie politique et de la sociologie politique, ont des répercussions juridiques bien concrètes, et font l'objet d'une importante contribution de Francis Delpérée et Marc Verdussen, de l'Université catholique de Louvain, en Belgique, intitulée « L'égalité, mesure du fédéralisme ».

Réfléchissant *a priori* sur le sens à donner au concept de « souveraineté » en contexte fédéral¹⁶, Delpérée et Verdussen se penchent sur l'hypothèse selon laquelle l'égalité pourrait servir de mesure de l'état des relations entre les collectivités politiques instituées au sein d'une fédération. Leur contribution s'intéresse plus particulièrement à cette notion d'égalité envisagée sous l'angle du droit public. À cet égard, les auteurs distinguent d'entrée de jeu égalité fonctionnelle et égalité institutionnelle. L'égalité fonctionnelle, qui renvoie au concept de souveraineté partagée entre, d'une part, collectivité fédérale, et, d'autre part, collectivités fédérées, se mesure principalement à la capacité dont dispose chacun des paliers de gouvernement d'exercer concrètement et sans obstacle indu les compétences que lui attribue la constitution. La dimension fonctionnelle de l'égalité fédérale est donc clairement liée aux idées d'exclusivité et d'intégrité des compétences, et, partant, à celle de l'autonomie des collectivités fédérées. Plus encore, selon Delpérée et Verdussen, la viabilité même d'un État fédéral est fonction du respect de cette *exigence* d'égalité fonctionnelle. Celle-ci présuppose donc l'existence d'un principe proscrivant la subordination d'un ordre juridique, le plus souvent fédéré, à un autre, le

16. Pour une reproblématisation du concept de souveraineté sous l'angle du fédéralisme, voir : O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », (1998) 1 *Revue du droit public* 83.

plus souvent celui de la collectivité fédérale, et ce, que cette subordination s'opère directement, c'est-à-dire par la voie de normes immédiatement applicables à l'ordre subordonné ou en voie de l'être, ou indirectement, par exemple par la voie de normes soi-disant « consenties », mais dans un contexte où l'ordre qui « consent » se trouve dans les faits subordonné à l'autre. Certes, l'égalité fonctionnelle représente un idéal plutôt qu'un absolu, supposant ainsi une relation d'équivalence plutôt que d'identité formelle des pouvoirs. Elle autorise par conséquent l'existence de dérogations, comme celles assurant la prééminence de l'ordre fédéral dans certaines occasions clairement identifiées. Ce qui est essentiel, toutefois, suivant les auteurs, est que de telles règles « répondent à des impératifs objectivement et raisonnablement justifiables et [...] conservent un caractère dérogoire¹⁷ ». Elles sont donc d'interprétation stricte, l'égalité fonctionnelle étant du reste posée comme valeur inspirant ou devant inspirer tout État fédéral. Est ainsi identifiée une intéressante piste de réflexion dans l'optique d'une véritable théorisation juridique du principe fédéral.

Mais la portée de l'égalité fédérale ne se limite pas à sa dimension fonctionnelle, puisque cette égalité s'entend aussi dans une acception institutionnelle, qui permet dans une certaine mesure l'expression de souverainetés différenciées. C'est dire que le concept d'égalité institutionnelle ne doit pas s'entendre comme imposant une obligation de traiter les entités fédérées de manière uniforme. Sous réserve des principes découlant de l'impératif catégorique que représente l'exigence d'égalité fonctionnelle des acteurs fédéraux, rien n'empêche qu'un système fédéral ne tolère, ne reconnaisse ou n'encourage l'expression, sous diverses formes, de différences institutionnelles entre les entités fédérées¹⁸. C'est l'épineuse question du fédéralisme asymétrique qui est ainsi soulevée. Car, rappellent Delpérée et Verdussen, si le fédéralisme cherche à unir des collectivités, il a aussi pour objectif de préserver la diversité au sein de cette union. Et cet objectif peut être atteint de différentes façons, l'asymétrie étant tantôt imposée tantôt choisie, tantôt restreinte tantôt générale, en fonction des circonstances propres à chaque fédération. Chose certaine, toutefois, l'asymétrie institutionnelle ne pose pas en elle-même problème sous l'angle du fédéralisme, pouvant au contraire soutenir certaines des valeurs fondamentales qui sous-tendent le recours à la forme d'organisation fédérale. En ce sens, le concept d'égalité institutionnelle ne devrait jamais être systématiquement associé à l'idée de traitement uniforme, mais devrait plutôt être envisagé comme posant une exigence de traitement équivalent, compte tenu des besoins, des intérêts et de la situation particulière de chacune des collectivités fédérées¹⁹. En revanche, si une certaine asymétrie institutionnelle est acceptable, voire souhai-

17. F. DELPÉRÉE et M. VERDUSSEN, « L'égalité, mesure du fédéralisme », chapitre 4, p. 199.

18. *Ibid.*, p. 196.

19. Sur cette idée de l'égalité envisagée comme équivalence, voir : A. BURELLE, *Le mal canadien. Essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie*, Montréal, Fides, 1995.

table, en contexte fédéral, il existe des formes d'asymétrie qui, trop poussées, en viennent à contredire l'idée même de fédéralisme, avec son autre exigence, d'unité celle-là. Comme le soulignent Delpérée et Verdussen, l'asymétrie est susceptible de poser des difficultés tenant « à la préservation de l'équilibre général de l'État fédéral. Si la constitution s'abstient de formuler quelques principes, mêmes 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 contredire²⁰ ». Au point, ajoutent-ils, de menacer l'idée même de citoyenneté fédérale²¹.

De fait, autant les acteurs politiques que les citoyens peuvent en arriver à voir dans l'asymétrie une valeur en soi, comme ils leur arrivent parfois d'ériger la symétrie en valeur propre. Mais il y a ici confusion entre fins et moyens : l'une et l'autre de ces options ne valent, croyons-nous, que dans la mesure où elles servent à atteindre un autre objectif procédant lui-même du principe fédéral. En somme, l'asymétrie ou la symétrie institutionnelle ne peuvent être utilement appréhendées dans un régime fédéral que sous l'angle du maintien de l'équilibre des pouvoirs au sein de ce régime. Au bout du compte, c'est peut-être d'une égalité « mesurée » qu'il faudrait parler en contexte fédéral, comme le suggèrent d'ailleurs Delpérée et Verdussen, c'est-à-dire une égalité « 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 autonomes²² ».

Une conception aussi complexe – et exigeante – de l'égalité fédérale que celle que promeuvent Delpérée et Verdussen ne va toutefois pas de soi dans la pratique quotidienne du fédéralisme. Une telle conception, qui rend pourtant envisageables des solutions conciliant une solide justification philosophique et une appréhension pragmatique de la réalité empirique des fédérations, risquera en effet de rester lettre morte si les acteurs fédératifs, érigeant leur vérité particulière en vérité générale, se cantonnent dans des positions rigides et refusent toute forme de compromis qui ouvrirait, explicitement et implicitement, la fédération aux rationalités également légitimes de leurs partenaires. Si des considérations économiques, politiques ou même juridiques peuvent parfois expliquer la résilience de telles rigidités, il est d'autres causes moins immédiatement tangibles et sans doute plus profondes qui nourrissent les dynamiques d'incompréhension, d'indifférence ou d'affrontement rencontrées dans la vie des fédérations.

20. F. DELPÉRÉE et M. VERDUSSEN, *loc. cit.*, note 17, p. 207.

21. Sur les modes d'aménagement de la citoyenneté dans les États fédéraux, voir : P. SCHUCK, « Citizenship in Federal Systems », (2000) 48 *Am. J. Comp. L.* 195.

22. F. DELPÉRÉE et M. VERDUSSEN, *loc. cit.*, note 17, p. 208.

Selon Daniel Weinstock, du département de philosophie de l'Université de Montréal, l'une de ces causes se trouve dans la structure mythique inspirant la conception de la fédération qu'ont chacun des acteurs fédératifs. Dans sa contribution intitulée « La psychologie morale du fédéralisme », Weinstock se penche sur la nature et les modes de création des mythes fondateurs au sein des communautés politiques et, plus particulièrement, au sein des fédérations. Distinguant les mythes nostalgiques, qui inspirent souvent les discours nationalistes incitant une collectivité à se définir en fonction d'une image essentialisée de son passé, de ceux qui, porteurs d'aspirations universelles ou universalisables, se donnent à voir à des citoyens avant tout envisagés comme des individus autonomes libérés des contraintes des appartenances héritées, Weinstock estime que ces deux types de mythes peuvent s'avérer aussi problématiques l'un que l'autre, notamment en ce que tous deux sont vecteurs d'une réduction identitaire²³. Ainsi les mythes nostalgiques sont-ils susceptibles d'inciter ceux qui les partagent à ne concevoir leur appartenance qu'en fonction de l'image idéalisée et passéiste de leur collectivité première, ce qui, si les frontières imaginaires de cette collectivité concordent avec celles, territoriales, d'une entité fédérée, risque de nuire à l'adhésion de cette collectivité à l'idée d'une citoyenneté fédérale signifiante plutôt que simplement cosmétique. Pour leur part, les mythes porteurs d'aspirations cherchant à transcender les particularismes afin de créer une nouvelle communauté politique risquent d'encourager l'aveuglement volontaire, voire le mépris, face aux tenants des perceptions contradictoires – lesquelles ne sont pas nécessairement dépourvues de légitimité du seul fait de leur charge nostalgique – qui expriment des réticences face à un projet qu'ils jugent indûment niveleur de la diversité et de l'asymétrie des appartenances. Weinstock établit à cet égard une intéressante corrélation entre le type de mythe fondateur auquel une collectivité adhère et la perception que cette collectivité a de l'*essence* de la fédération : celle-ci résulte-t-elle d'un processus d'association où des collectivités préexistantes se joignent l'une à l'autre pour former une nouvelle entité ou, au contraire, d'un processus de dissociation où une collectivité engagée dans un processus de déconcentration/décentralisation administrative en vient à la conclusion que la fédéralisation d'entités plus ou moins créées pour l'occasion offre les meilleures garanties d'une gouvernance efficace ?

Illustrant sa thèse en se référant à la problématique archétypale Canada-Québec, Weinstock conclut que la solution aux problèmes découlant d'une apparente incommensurabilité des mythes fondateurs en contexte fédéral se trouve dans la mise au rancart de l'impératif catégorique nationaliste d'un

23. Ce risque de réduction identitaire accompagne presque inévitablement toute relation où le trop de mémoire d'une collectivité répond au trop peu de mémoire d'une autre. Voir généralement : P. RICCEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, p. 96-97. Voir plus particulièrement sur cette dialectique en contexte fédéral canadien : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Memories », (2003) 19 *Supreme Court L.R.* (2d) 219.

mythe unificateur et dans la reformulation des mythes concurrents sur la base dans les deux cas d'un critère qui n'est pas sans rappeler celui dit « de Pareto »²⁴. Selon Weinstock, ce critère devrait être le suivant : « Ce qui est probablement requis est que les mythes fondateurs des parties constituantes de la fédération ne s'excluent pas mutuellement, c'est-à-dire qu'ils n'intègrent pas des partenaires fédéraux en des termes que ceux-ci rejettent²⁵. » L'auteur admet donc la possibilité que plusieurs mythes plus ou moins divergents continuent d'avoir cours dans une fédération et va jusqu'à soutenir, à l'encontre des thèses nationalistes, qu'une fédération peut très bien se passer d'un mythe fondateur à portée universelle, reconnu comme tel par tous les acteurs fédératifs. Selon lui, ces acteurs procéderont à une évaluation pragmatique des coûts et bénéfices liés à leur participation, fut-elle partiellement insatisfaisante d'un point de vue identitaire, et, dans le cas d'une fédération qui fonctionne relativement bien, les bénéfices l'emporteront généralement sur les inconvénients.

À la fois constitutif et porteur de significations et ainsi garant de la suite du monde, le mythe est sans doute nécessaire²⁶, mais il peut aussi devenir pathologique. Peut-être en est-il ainsi d'autres idées qui, parce qu'elles paraissent relever de l'évidence, risquent également d'empêcher de penser autrement. Le paradigme territorial, intimement lié à la conception moderne du constitutionnalisme, serait-il l'une de ces idées qui rendent aveugle à l'existence d'autres modèles, dont les origines sont parfois très anciennes ? À lire Antoine Messarra, de l'Université Libanaise et de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth, on pourrait le croire. Dans sa contribution ayant pour titre « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé », Messarra nous rappelle les limites du fédéralisme territorial dans les cas « où les minorités dont on entend régler l'autonomie ne sont pas géographiquement concentrées²⁷ ». Ignorer ces limites et reconfigurer des territoires en négligeant de tenir compte des considérations identitaires risque en fait d'exacerber les tensions interethniques, comme l'a malheureusement démontré l'histoire récente de tant de pays recomposés en fonction d'une logique aveugle de territorialité. Pourtant, comme le note Messarra, rares sont les penseurs occidentaux du fédéralisme qui n'associent pas d'une façon ou d'une autre ce mode de gouvernement à une logique territoriale, ceci en raison de leur adhésion plus ou moins cons-

24. Pour l'essentiel, le critère de Pareto, qui cherche à décrire les situations d'efficience, renvoie à un état de choses où la situation d'une partie ne peut être améliorée sans que celle d'une autre partie se détériore. Voir : V. PARETO, *Manuel d'économie politique*, 4^e éd., Genève, Librairie Droz, 1966. Pour une application de ce critère dans le contexte d'une réflexion sur la justice distributive dans un régime fédéral, voir : W. OSSIPOW, « Architecture fédéraliste et exigence de justice », (1998) 19 *Revue internationale de philosophie politique* 113, 117.

25. D. WEINSTOCK, « The Moral Psychology of Federalism », chapitre 5, p. 224.

26. Voir : G. BOUCHARD, *Raison et contradiction. Le mythe au secours de la pensée*, Québec, Nota bene, 2003, p. 12.

27. A. MESSARRA, « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé », chapitre 6, p. 228.

ciente à l'idéologie de l'État-nation. Messarra plaide donc en faveur d'une reconsidération de cette adéquation, fondée selon lui sur des prémisses boiteuses. Il le fait d'abord en établissant la généalogie du principe de personnalité tel qu'il s'est matérialisé à travers l'histoire dans plusieurs consociations, comme l'Empire byzantin, le Al-Andalus (l'Andalousie contemporaine²⁸) ou l'Empire ottoman, où des « unités culturelles autonomes » non territorialisées interagissaient dans le cadre d'une relation de type fédéral. Il le fait ensuite en analysant les logiques partiellement personalistes inspirant les structures constitutionnelles de divers États contemporains comme le Liban et, dans une certaine mesure, la Belgique²⁹. Il se penche notamment dans ce cadre sur la problématique de la compatibilité entre le fédéralisme personnel et l'Islam, question cruciale s'il en est, vu la dynamique politique actuelle du Proche-Orient. Messarra estime d'ailleurs que plusieurs des conflits de cette région, ouverts ou larvés, sont en partie attribuables à l'imposition du principe de territorialité là où, historiquement, le principe de personnalité avait dominé. Il le fait enfin en comparant les avantages respectifs du fédéralisme territorial et du fédéralisme personnel. Ainsi, en raison de la concentration territoriale des entités fédérées, le premier rendrait plus aisée la délégation de responsabilités gouvernementales ou administratives ; il réduirait, précisément du fait de cette concentration territoriale, les frottements interethniques porteurs de conflits potentiels ; il faciliterait la partition du territoire en cas de nécessité, et amenuiserait le risque de cloisonnement identitaire des individus³⁰. Quant au fédéralisme personnel, il serait moins coûteux du fait de la réduction probable du nombre d'entités décisionnelles locales et favoriserait le développement d'organisations communautaires dans chacune des unités culturelles fédérées en renforçant leur cohésion interne. Enfin, il restreindrait aux situations les plus conflictuelles les problèmes découlant du choix formalisé que ferait chaque personne d'appartenir à une unité culturelle donnée, puisque la segmentation communautaire ainsi opérée ne déterminerait pas entièrement le statut de cette personne³¹.

Mais Messarra ne fait pas l'apologie du fédéralisme personnel. Il conclut que ce modèle est perfectible, tout comme son pendant territorial, et qu'il aurait avantage à devenir notamment plus égalitaire et plus ouvert. Cela dit, au-delà de la comparaison entre ces deux modèles de fédéralisme, le sous-texte de cette

28. Voir par exemple sur le statut des Juifs dans le califat de Cordoue : J. PELAEZ DES ROSAL (dir.), *Les Juifs à Cordoue (Xe-XIIe siècles)*, Cordoue, Ediciones El Almendro, 1985.

29. Sur les éléments de cette logique personaliste dans le contexte contemporain de l'Inde, des États-Unis et d'Israël, on lira G.J. JACOBSON, *The Wheel of Law: India's Secularism in Comparative Constitutional Context*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2003.

30. De fait, le fédéralisme personnel risque de réduire l'identité d'un individu à une seule caractéristique potentiellement attributive de statut sur le plan juridique. Or cette réduction paraît problématique, surtout si elle débouche sur une ethnicisation systématique du fédéralisme. Sur le fédéralisme ethnique, voir : A.G. SELASSIE, « Ethnic Federalism: Its Promise and Pitfalls for Africa », (2003) 28 *Yale J. Int'l L.* 51.

31. A. MESSARRA, *loc. cit.*, note 27, p. 232.

contribution comporte une dimension méthodologique évidente, sur laquelle il convient d'attirer l'attention. Messarra signale en effet sur ce plan au moins une conséquence perverse de l'hégémonie de l'idéologie de l'État-nation :

Elle consiste à occulter les dysfonctions des systèmes fédéraux modernes et, indirectement, à considérer la Suisse comme un cas spécial, la Belgique comme un cas complexe, les ethnies au Nigeria comme des tribus, les Sikhs indiens comme des fanatiques, le Sri-Lanka comme un pays sous-développé, le Soudan comme une théocratie, l'Irlande du Nord comme un cas insoluble... Or le problème est que ces cas dits « spéciaux » sont aujourd'hui répandus, et c'est le modèle de l'État national qui est spécial, bien qu'il demeure dans la pensée des constitutionnalistes comme normatif. [...] L'approche qui décrit des situations en bonne santé ne constitue pas un diagnostic en profondeur. Elle ne contribue pas à faire avancer la recherche comparative, ni surtout à apporter des solutions à de nombreux pays. Le dialogue constitutionnel est un dialogue de sourds si l'idéologie du *nation-building* qui sous-tend le débat n'est pas remise en question³².

Antoine Messarra s'en prend ainsi à la création de stéréotypes négatifs de l'« Autre » et à leur comparaison, une fois créés, avec d'autres visions stéréotypées, positives celles-là, des fédéralismes dits modernes (donc territoriaux). Renforcé par le refus obstiné de cette idéologie du *nation-building* de tirer des conséquences constitutionnelles formelles de la présence de corps intermédiaires subétatiques, ce processus ne peut dès lors se solder qu'au détriment de cet Autre si peu conforme à la norme dominante. D'où son appel en faveur d'un élargissement du concept de fédéralisme.

Que Messarra appelle de ses vœux un tel élargissement n'est du reste pas très étonnant vu son intérêt pour une idée, celle du fédéralisme personnel, qui en est en quelque sorte intrinsèquement porteuse, puisqu'elle répond à une logique bien différente de celle inspirant l'appréhension classique du fédéralisme dans la tradition constitutionnelle occidentale moderne. À l'inverse du modèle territorial où un régime juridique donné est imposé à l'individu du seul fait de sa présence sur le territoire de l'entité régulatrice, le fédéralisme personnel implique quant à lui, la possibilité pour les individus de choisir la collectivité reconnue constitutionnellement à laquelle ils désirent s'associer³³.

Le volontarisme qui sous-tend le fédéralisme personnel aiguille ainsi notre attention vers le contractualisme plus ou moins explicite qui caractérise dans ce modèle l'adhésion de l'individu à un statut juridique personnel que la constitution lui permet d'obtenir. De sorte que si la modernité juridique a été associée, au moins depuis les travaux de Sumner-Maine, à un passage du statut

32. *Ibid.*, p. 241.

33. *Ibid.*, p. 228-231.

au contrat, on pourrait dire que la logique qui inspire le fédéralisme personnel complexifie encore la donne en reconnaissant la possibilité d'un stade intermédiaire, en l'occurrence celui du statut contractualisé, plutôt qu'imposé ou entièrement déterminé par un héritage culturel quelconque. La dimension contractuelle du fédéralisme personnel se remarque plus encore dans la description que donne Messarra des conséquences qu'il attribue à la reconnaissance du principe de personnalité, lequel « nécessite, comme pour la copropriété immobilière, une perception psychologique claire des frontières du système et le respect de ces frontières, en vertu du principe de base d'un modèle consensuel : " Les bonnes frontières font le bon voisinage " »³⁴. Cela ressemble à n'en pas douter au principe de l'effet relatif des contrats, constat auquel nous serions tentés d'ajouter, un peu malicieusement peut-être, que l'accroissement de la demande mondiale en matière de protection de droits culturels collectifs fait en sorte que, plus que jamais, « nul n'est tenu de rester dans l'indivision », et qu'en réponse aux revendications de ce type, de nombreuses possibilités d'aménagement demeurent ouvertes pourvu que l'on n'érige pas en fausse nécessité le respect de certaines formes fédérales qui, contrairement à d'autres, ne peuvent être décrites comme étant consubstantielles au fédéralisme.

Inhérente à toute analyse de l'interaction entre le fédéralisme et le principe de personnalité, la reconnaissance, plutôt que la négation, des possibles contractuels que recèle, au moins virtuellement, le concept de fédéralisme peut donc probablement mener à l'élargissement de ce concept, tel que le souhaite Messarra. Mais dans quel sens procéder à cet élargissement ? Car si, comme le montrent bien Fleiner et Messarra, le pluralisme ethnique et culturel lance un défi constant au fédéralisme, il ne s'ensuit pas pour autant qu'un type prédéterminé de pluralisme juridique doive en découler. En effet, un groupe ethnique donné peut fort bien ne chercher à affirmer son existence ou sa différence que dans le cadre du giron normatif étatique, sans tenter de s'y soustraire même partiellement. Ainsi, ce groupe pourra chercher à convaincre l'État de lui reconnaître une plus grande marge d'autonomie normative en lui consentant certains accommodements juridictionnels sur des questions perçues essentielles à sa survie ou à son épanouissement, ceci pouvant mener à terme à l'instauration d'une forme de fédéralisme asymétrique, tel qu'envisagé par Delpérée et Verdussen. Le cas échéant, toutefois, on ne saurait parler de véritable pluralisme juridique, ou d'un pluralisme juridique radicalement différent de celui que suppose par définition tout régime fédéral composé d'au moins deux ordres de gouvernements. Au mieux pourrait-on parler alors de pluralisme juridique faible.

Pareille interrogation met en lumière une donnée fondamentale qu'il serait grave d'ignorer dans l'optique d'une réflexion de fond sur le fédéralisme. Cette donnée est le déclin relatif du paradigme de l'État-nation et de la concep-

34. *Ibid.*, p. 232.

tion corollaire de la souveraineté sur laquelle il repose³⁵. De ce double déclin découle une complexification des processus d'élaboration, d'interprétation et d'application des normes, ainsi qu'une multiplication du nombre des producteurs normatifs. Cette question aiguille en fait notre interrogation vers l'hypothèse d'une « désétatisation » de la réflexion sur le fédéralisme, laquelle chercherait précisément à prendre en compte le recul du monopole normatif dont s'est réclamé l'État depuis l'avènement de la modernité juridique ainsi que l'émergence (ou la réémergence) d'acteurs privés capables d'édicter des normes juridiques sur des questions appréhendées jusqu'à récemment comme relevant strictement du droit public. Peut-on, ainsi, imaginer une réflexion sur le fédéralisme qui, prenant acte de la réalité du pluralisme juridique, ne considérerait l'État comme n'étant qu'un acteur fédératif parmi d'autres ? Par exemple, serait-il loisible d'envisager une rethéorisation du fédéralisme sur la base d'une étude des partenariats que des administrations publiques concluent avec des entités privées eu égard à la prestation de services « publics » ? On ne saurait même tenter de répondre à cette question sans évoquer d'intéressants maillages entre la théorie du fédéralisme et la théorie du droit, et sans chercher à approfondir la réflexion sur la nature du fédéralisme dans l'avenir. Aussi, tenant compte de cet accroissement du nombre des producteurs normatifs potentiels, il devient plus important que jamais de se poser la question suivante : qui fédère-t-on et comment ?

C'est ici qu'entre en scène Roderick A. Macdonald, de la Faculté de droit de l'Université McGill, avec son texte « Le fédéralisme kaléidoscopique ». Sa contribution constitue peut-être la plus ambitieuse et la plus décapante de cet ouvrage, en ce qu'elle met en question à peu près toutes les frontières que l'on a voulu imposer à la réflexion sur le fédéralisme depuis environ 150 ans, que ce soit en droit ou en science politique. En effet, Macdonald tient d'abord et avant tout le fédéralisme pour une métaphore permettant de comprendre comment les citoyens structurent, dans tous les champs de l'activité humaine, leurs relations avec les autres, comment ils réalisent leurs aspirations, et comment ils conçoivent et configurent leurs multiples identités.

Avant d'en arriver à cette conclusion, Macdonald se livre à une déconstruction systématique d'une série d'idées reçues sur le fédéralisme, qui font office de « donnés » plutôt que de « construits ». Il s'en prend d'abord aux motifs qui, argue-t-on traditionnellement, inspirent le fédéralisme. Relativisant l'impact des idéaux-types classiques de la théorie fédéraliste que sont le fédéralisme d'association et celui de dissociation, Macdonald estime que, dans son

35. Notons que l'émergence récente de nouveaux États fédéraux de même que les processus de fédéralisation qui sont présentement à l'œuvre dans certains pays ou régions nous incitent à une interrogation sur la question de savoir si, en bout de ligne, le concept de « souveraineté » lui-même, entendu dans son acception traditionnelle – westphalienne pourrait-on dire – permet encore d'appréhender adéquatement les structures et la dynamique de gouvernance qui prévalent au sein des fédérations contemporaines.

essence, tout fédéralisme est issu, et est porteur, de ces deux tendances. En fait, tout se passe comme si Éros et Thanatos influaient tous deux sur les dynamiques fédératives, faisant en sorte que tout fédéralisme générerait à la fois son instinct de vie et son instinct de mort. Dans cette optique, des projets sécessionnistes ne représenteraient souvent que des tentatives de refédéralisation sur la base d'une nouvelle entente, si les partenaires sont les mêmes, ou, s'ils sont différents, de renouement de liens anciens tissés dans le cadre de ce que Macdonald appelle des « confédérations implicites »³⁶. Ainsi, selon Macdonald :

[P]eu importe qu'une mythologie constitutionnelle quelconque soit dominée par un motif d'association ou de dissociation, tous les projets fédéraux ont, à divers degrés, des visées reconstructrices. Que les forces sociales, économiques ou politiques motivant un projet fédéral soient des forces d'intégration ou de décentralisation, la mise en place de tout ensemble d'institutions politiques aura son pendant dans l'élimination directe ou indirecte d'un ensemble institutionnel existant. Plus encore, tout projet fédéral explicite donnera naissance non seulement à un ensemble d'institutions politiques, mais également à plusieurs nouvelles institutions politiques implicites à l'image des nouvelles entités fédérées. Ces institutions implicites nouvellement créées ou renforcées ont à leur tour comme pendant l'élimination ou l'affaiblissement de multiples institutions implicites préexistantes³⁷.

Macdonald pose ensuite son regard sur l'écart existant entre les ambitions originellement assignées au fédéralisme par ceux qui y voient un mode valable d'organisation de l'État et le traitement que la théorie classique a réservé à ces ambitions. Il note à cet égard que la théorie classique, prenant acte de la pluralité des types de fédérations, conçoit le fédéralisme comme n'étant pourvu d'aucun contenu substantiel et, partant, ne le dépeint que comme un mécanisme particulier de stratification du pouvoir. Macdonald estime cependant que le type particulier de stratification du pouvoir qui s'y trouve encodé reflète une conception archaïque de la gouvernance politique qui est celle de l'État-gendarme, donc de l'État lilliputien. Il regrette ainsi qu'à la faveur de l'étatisation graduelle de multiples fonctions sociales à partir du XIX^e siècle, une perception se soit installée selon laquelle l'offre des services liés à ces fonctions doit toujours suivre les contours exacts de la logique constitutive de l'État, qui en est une, essentiellement, de territorialité. C'est ce qui explique que la géographie politique en soit peu à peu venue à dicter les paramètres de la

36. Tel était par exemple le cas du projet de « souveraineté-association » du premier gouvernement du Parti Québécois au Québec, et tel semble être également le cas du projet de réaménagement des relations entre le pays Basque et l'État espagnol, proposé récemment par le gouvernement basque. Voir : GOBIERNO DES PAIS VASCO, « Propuesta para la Convivencia en Euskadi », Discurso del Lehendakari en el Pleno de Política General, 26 septembre 2003, en ligne : <www.lehendakari.euskadi.net/r57-563/en/contenidos/informacion/declaraciones_lehend/es_509/debate_pol_260903_c.html>.

37. R.A. MACDONALD, « Kaleidoscopic Federalism », chapitre 7, p. 267.

réflexion sur le fédéralisme, résultat éminemment problématique puisque les interactions humaines suivent la plupart du temps une logique non territoriale.

Aussi la théorie classique du fédéralisme lui paraît-elle dépassée, et ce, même si la réflexion est contenue dans des paramètres statocentriques. De fait, Macdonald souligne qu'en ne conceptualisant cette stratification du pouvoir qu'à la lumière d'une division de ce pouvoir entre deux *niveaux* de gouvernement qui sont ainsi envisagés comme les seuls acteurs constitutionnels légitimes, la théorie fédéraliste classique a fait l'impasse sur de multiples *lieux* d'expression du principe fédéral. Pourtant, la portée du principe fédéral ne saurait selon l'auteur être réduite à la seule appréhension des rapports entre pouvoir fédéral et pouvoirs fédérés puisque, soutient-il, le fonctionnement de toutes les branches de l'État, y incluant l'exécutif et le judiciaire, reflète, sous différentes formes, des applications du principe fédéral. Et si ce confinement de la grille d'analyse fédéraliste aux rapports entre gouvernements fédéral et fédérés lui paraît en soi regrettable, il l'est d'autant plus lorsqu'il s'opère par le truchement d'une analyse qui n'en a que pour les pathologies affectant le fonctionnement des fédérations. Très fréquentes en droit, et même hégémoniques dans la tradition de *common law*, les analyses qui assimilent le droit du fédéralisme à ce que les tribunaux judiciaires en disent occultent une large part de la « vie » du fédéralisme juridique, où la coopération, qui s'exprime autant de manière formelle qu'informelle, joue un rôle au moins aussi important que le conflit. Aussi Macdonald conclut-il à l'urgence d'une prise en considération de la multiplicité des sources normatives et de la diversité des mécanismes de gouvernance pour que soit enfin reconnue la pluralité des lignes de partage révélatrices des multiples fédéralismes qui ont cours au sein même de l'État.

Mais si les juristes se montrent trop souvent aveugles à la diversité des expressions du phénomène fédéral dans les contextes étatiques, ils le sont encore davantage à celle existant hors du giron de l'État. Envisageant cette fois directement le fédéralisme sous l'angle du pluralisme juridique, Macdonald pose comme prémisse la contingence de l'État comme lieu potentiel de fédéralisme. Vu ainsi, plutôt que d'être traité comme une constante de l'équation fédérale, l'État n'en devient plus qu'une variable. De l'aveu même de Macdonald, sa thèse va directement à l'encontre de la théorie juridique républicaine, d'une part, parce qu'il rejette le statocentrisme de cette théorie, d'autre part, parce qu'il en récuse le préjugé homogénéisant. En effet, pour Macdonald, qui rejoint en cela Antoine Messarra, « le fédéralisme caractérise, et a toujours caractérisé, les interactions humaines³⁸ ». Cette manière de voir présuppose cependant un affranchissement de la part du théoricien par rapport aux diktats d'un constitutionnalisme non seulement juricentrique, mais aussi désincarné.

38. *Ibid.*, p. 263.

Suivant en quelque sorte les traces de Johannes Althusius³⁹, Macdonald soutient que le fédéralisme n'est pas que dans l'État. On le trouve aussi dans la famille, dans les milieux de travail, dans les associations professionnelles ou dans les sociétés commerciales. Plus encore, le fédéralisme se vit. Aussi les normes qui en expriment les valeurs sont-elles, à l'image de la vie elle-même, mouvantes, flexibles, interstitielles. Territorial, le fédéralisme l'est bien sûr souvent, mais une structure de gouvernance quelconque n'a pas à l'être pour revendiquer sa nature fédérale. Relationnel, le fédéralisme l'est également fréquemment, que ce soit pour affirmer ou négocier une identité, pour structurer une relation économique, ou pour circonscrire les paramètres d'un processus d'identification. Toutefois, les modèles territorial et relationnel semblent tous deux tenir pour acquis que le fédéralisme suppose une relation avec l'Autre. En fait, le fédéralisme, qu'il soit territorial ou relationnel, offre à toute collectivité le moyen de s'inventer un Autre. En ce sens, ces modèles n'envisagent le fédéralisme qu'à partir de l'existence, réelle ou imaginée, d'une collectivité qui se définit par rapport à d'autres. Or, estime Macdonald, c'est là faire abstraction de la forme la plus authentique de fédéralisme, celle, psychologique, qui émane de l'individu lui-même ou que celui-ci génère :

La forme la plus authentique du fédéralisme est une forme psychologique qui décompose les sujets de droit eux-mêmes et non pas leurs affiliations politiques ou anthropologiques. Les théories critiques du pluralisme juridique ne se limitent pas à la modélisation des traits, ambitions, lieux et modes du fédéralisme se faisant concurrence pour capter l'attention du citoyen, elles reconnaissent la capacité du sujet de droit de produire du droit. Le sujet de droit est lui-même lieu de droit ; il est donc nécessairement fédération à part entière⁴⁰.

Ce que Macdonald met ici en exergue, c'est le potentiel fédérateur qui découle de la relation qu'entretient l'individu à lui-même plutôt qu'à une collectivité quelconque, potentiel que tendent à occulter toutes les autres conceptions du fédéralisme (y compris le fédéralisme personnel) puisqu'elles mènent à privilégier certaines identités au détriment d'autres identités concurrentes. On ne s'étonne donc pas que le fédéralisme psychologique récuse tout nationalisme sous prétexte que l'inscription identitaire que présuppose le nationalisme mutile le tissu identitaire complexe de chaque individu. Macdonald n'explique cependant pas comment comprendre le choix libre et éclairé que peut faire un individu, pour qui une identité donnée prime les autres auxquelles il pourrait aussi se rattacher, de réduire volontairement ses possibles identitaires⁴¹.

39. J. ALTHUSIUS, *Politica. An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples* (trad. F.S Carney), Indianapolis, Liberty Fund, 1995.

40. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 37, p. 275.

41. Il n'élabore pas non plus sur le problème théorique que soulève une conception purement subjective du fédéralisme, comme celle que semble promouvoir son fédéralisme psychologique. De fait, si le fédéralisme est une construction purement subjective, alors est-ce que

Bref, à l'approche externe qui inspire les modèles concurrents de fédéralisme, le fédéralisme psychologique propose de substituer une approche interne centrée sur l'individu⁴². Dans cette foulée, en « concevant le droit comme mode de production du sens pour des idées particulières en des endroits circonscrits, le pluralisme juridique transforme l'analyse de manière à penser le droit comme sens, non comme outil (comme aspiration, non comme structure ; comme narration, non comme norme). Dans cette reconstitution sémantique, la métaphore du fédéralisme en est une d'abord de métissage⁴³ ». Mais le lieu de ce métissage n'est plus ici une collectivité quelconque mais l'individu lui-même, à qui Macdonald semble assigner la tâche, sisyphéenne diraient certains, de constamment se concevoir comme un autre⁴⁴. En ce sens, le destin du fédéralisme psychologique est de se muer en un fédéralisme kaléidoscopique, en un fédéralisme « centré sur les déploiements réels du pouvoir politique et social plutôt que sur les questions abstraites de savoir qui, en théorie, devrait l'exercer⁴⁵ ».

Le texte de Macdonald cherche donc à faire exploser l'idée de fédéralisme, d'abord en mettant l'accent sur la liberté plutôt que sur l'autorité⁴⁶, un peu à la manière de l'anarcho-fédéralisme de Proudhon⁴⁷ et contrairement à ce que sous-tend la théorie classique, puis en en faisant un paradigme interprétatif de plusieurs types de relations qui, sous l'angle du positivisme juridique, seraient ou bien reléguées au non-droit ou, au mieux, à l'infra-droit⁴⁸. Cela dit, même d'un point de vue positiviste, on ne saurait exclure l'hypothèse que le fédéralisme, une fois délesté des limites que lui a imposé la théorie classique, puisse être appréhendé comme un concept juridique autonome et opératoire, au

tout ne devient pas fédéralisme et que, partant, plus rien ne l'est ? Une remarque équivalente pourrait être faite à l'égard de la grille pluraliste, critique peut-être, mais surtout radicale au sens étymologique du terme, qu'il emploie pour appréhender le phénomène du « droit ». Et ce n'est certes pas céder à la tentation ontologique que de le remarquer, d'autant que derrière ces tentatives de subjectivisation radicale et du fédéralisme et du droit, certains pourraient voir une façon d'assurer l'hégémonie des juristes sur ces objets de recherche, et ce, au possible détriment d'un éventuel dialogue transdisciplinaire. Dès lors, le problème est au moins autant d'ordre épistémologique que d'ordre ontologique.

42. On pourrait tout autant parler d'une approche réaliste allant du bas vers le haut remplaçant une approche théorique allant du haut vers le bas. Voir : M. BAKUNIN, *Statism and Anarchy* (trad. M.S. Shatz), Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 198 et s.
43. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 37, p. 277-278.
44. Cette formule est inspirée par le titre du célèbre ouvrage de P. RICEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.
45. R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 37, p. 278.
46. Voir : M. CROISAT, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 17.
47. P.-J. PROUDHON, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1951.
48. Le concept d'infra-droit, élaboré par Jean Carbonnier, désigne *grosso modo* les phénomènes positifs porteurs d'un degré plus ou moins élevé de juridicité mais qui sont traités comme du droit dégradé ou imparfait parce que non étatiques (par exemple les coutumes ouvrières ou le droit folklorique). Voir : J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, p. 24.

même titre que le sont par exemple des concepts comme le « contrat » ou la « propriété ». Et si un fédéralisme rethéorisé en arrivait à servir de grille de lecture juridique de certaines relations de droit public et de droit privé qui se situent pour l'instant en marge des catégories officielles reconnues en droit ? Et si, somme toute, le concept de fédéralisme désignait d'abord et avant tout un paradigme interprétatif ?

C'est là la vision que semble en avoir Nicolas Levrat, de l'Institut européen et de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Dans sa contribution intitulée « L'Union européenne : une fédération internationale », Levrat soutient la thèse selon laquelle l'évolution de l'Union européenne répond à une logique résolument fédéraliste. Selon lui, bien que l'on ait soigneusement évité d'accoler l'étiquette « fédérale » à l'Europe, il reste que « le processus d'intégration européenne a plus à voir avec la construction d'un État composite, fondé sur un partage de souverainetés dans une structure de type fédéral, qu'avec une évolution des relations internationales entre États⁴⁹ ». Si Levrat parle d'une *structure* de type fédéral, il ne va pas pour autant jusqu'à parler d'*État* fédéral. Le fédéralisme serait-il donc possible sans État, ou hors de celui-ci ? À l'instar d'autres collaborateurs de cet ouvrage, le professeur Levrat opine en ce sens.

S'agissant de l'Union européenne, il estime qu'autant les processus de constitution que le mode de fonctionnement ou les institutions créées pour administrer l'Union reflètent une logique fédéraliste. D'une part, indépendamment du projet de doter l'Europe d'une constitution portant formellement ce nom⁵⁰, le processus de constitution des communautés et par la suite de l'Union européenne a très tôt porté la marque du fédéralisme, même si l'idée de créer un véritable État était exclue par la plupart. En effet, les « traités » ayant posé les jalons de l'Union européenne ont vite revêtu une dimension constitutionnelle évidente, d'abord en se voyant reconnaître, dans leur champ d'application, la primauté sur le droit interne des États membres, ensuite en se voyant conférer une stabilité relative par l'instauration de mécanismes de révision passablement contraignants, enfin, et surtout, en menant clairement à la création d'un nouvel ordre juridique différent de celui des États membres et s'appliquant selon des règles que lui-même institue. Tous ces indices mènent Levrat à conclure que pareille dynamique témoigne de la présence d'une logique constitutionnelle fédéraliste, plutôt que d'une logique authentiquement internationaliste. D'autre part, le rapport des Européens à l'administration communautaire, tel qu'il est aménagé à travers de multiples institutions, reflète lui aussi une logique fédéraliste. Le critère ici opératoire, qui a trait au caractère direct de ce rapport, est ainsi expliqué :

49. N. LEVRAT, « L'Union européenne : une fédération internationale », chapitre 8, p. 287.

50. Voir : R. DEHOUSSE (dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002.

PROLÉGOMÈNES À UNE ÉTUDE RENOUVELÉE DU FÉDÉRALISME

Si la composition et le fonctionnement [du pouvoir fédéral] ne dépendent que des relations entre États membres, sans légitimation directe par les individus, on reste dans le domaine de la coopération internationale, fut-elle poussée au stade de ce que la littérature a qualifié « d'intégration ». Si, au contraire, les individus participent directement à la légitimation des organes ou des institutions du pouvoir « central », le système penchera alors vers le fédéralisme, même s'il convient de ne pas négliger que la caractéristique principale du fédéralisme est précisément de préserver une capacité de participation des entités constituantes au pouvoir central, et non de constituer la population de l'entité fédérale en source de légitimation exclusive et immédiate du pouvoir central⁵¹.

Or dans la mesure où l'ordre juridique communautaire crée des droits que les citoyens peuvent exercer directement contre leur État, le rapport qui s'établit entre eux et cet ordre communautaire devient immédiat. Chaque fois qu'un Européen exerce les droits que lui confère la normativité communautaire, il légitime celle-ci et l'ordre juridique qu'elle met en place⁵². La question du lien existant entre les Européens à l'échelle individuelle et le « pouvoir central », comme l'appelle Levrat, est cependant plus complexe, et c'est peut-être là que s'exprime de la manière la plus éclatante la singularité du fédéralisme européen qui, comme on l'a noté, est un fédéralisme sans État. Aussi les principaux organes communautaires sont-ils composés de représentants nommés par les États membres et non pas par un mécanisme communautaire. Par ailleurs, l'implication constante des États membres au sein des organes du pouvoir central européen, et donc l'absence corollaire d'un pouvoir central autonome (qu'il ne faut pas confondre avec l'ordre juridique autonome européen), emporte aussi comme conséquence qu'un partage strict des compétences n'est pas vraiment nécessaire. C'est dans ce cadre qu'émerge, selon le professeur Levrat, un modèle unique s'apparentant à une « fédération de fédérations » qui serait nécessairement asymétrique puisque tous les États membres de l'Union ne sont pas fédéraux. Un modèle fédéral si singulier et si complexe, conclut-il, ne saurait qu'enrichir la théorie fédéraliste.

Bref, sans être une fédération étatique traditionnelle, l'Union européenne demeurerait une fédération de droit public. Est-ce à dire qu'elle serait fédérale d'abord par son adhésion à des valeurs fédéralistes ? Le fédéralisme comme paradigme juridique serait-il avant tout une affaire de valeurs et d'aspirations plutôt que de structures et d'institutions ? Il est facile d'imaginer les conséquences d'une telle approche sur la théorisation du fédéralisme. D'une part, l'importance des structures formelles comme point focal « naturel » des études

51. N. LEVRAT, *loc. cit.*, note 49, p. 297-298.

52. Sur la légitimation *in concreto* des systèmes normatifs, et plus particulièrement des constitutions, par l'usage qu'en font les justiciables, on lira : J. RAZ, « On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries », dans L. ALEXANDER (dir.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 152, aux p. 173-174.

comparatives s'en trouverait aussitôt relativisée. D'autre part, les incessants exercices de taxonomie, souvent byzantins du reste, fondés exclusivement ou à peu près sur l'examen des structures formelles d'une entité donnée perdraient de l'importance au profit d'une approche axée sur l'identification de dynamiques et de logiques d'action fédéralistes et, comme nous l'évoquerons en conclusion, sur la possibilité d'une éthique juridique du fédéralisme.

III. Représentation, valeurs et règlement des différends

Même si l'on admet l'hypothèse que le fédéralisme est d'abord une affaire de valeurs et d'aspirations plutôt que de structures formelles, il reste que les valeurs et aspirations d'une fédération ne sont pas toujours aussi claires qu'on ne le souhaiterait bien et que même si elles faisaient consensus, des tensions continueraient de se manifester de temps à autre. D'une part, même consensuelles, leur interaction pourrait susciter des conflits. Par exemple, si l'on postule pour les fins de la discussion que la loyauté et l'autonomie constituent des valeurs fédérales susceptibles de juridicisation⁵³, il faut du même coup reconnaître que si ces deux valeurs ne sont pas nécessairement antinomiques, elles peuvent parfois s'opposer. D'autre part, ces valeurs et aspirations inhérentes au fédéralisme entrent parfois en conflit avec d'autres impératifs qui, sans être nécessairement étrangers au fédéralisme, ne sont pas pour autant inhérents à celui-ci. C'est alors en quelque sorte le fédéralisme lui-même qui se trouve mis en concurrence avec eux.

Il ne faut pas par ailleurs perdre de vue qu'en plus d'être un outil de gestion de la diversité identitaire, le fédéralisme est aussi un outil de rationalisation administrative qui suppose la mise en commun de ressources au nom de la réalisation d'un idéal collectif. Il répond, en ce sens, à des rationalités socioéconomiques qui exigent le dépassement des identités collectives particulières, qu'il ne faut pas confondre avec leur négation, ainsi que le délaissement des égoïsmes et des irrédentismes locaux. Paradoxalement, si l'intégration de ces rationalités dans les politiques publiques est susceptible de heurter les sentiments identitaires régionaux, cette intégration, lorsqu'elle est réalisée avec transparence et démocratie, peut également susciter l'émergence d'une nouvelle conscience identitaire forgée à même le matériau culturel, social, économique ou géographique. En d'autres termes, pour assurer sa légitimité, voire sa survie,

53. Il serait d'ailleurs difficile de prétendre le contraire, la loyauté ou fidélité fédérale étant reconnue comme telle, d'abord de manière explicite dans les constitutions formelles de certaines fédérations (comme la Belgique et, à un moindre degré, l'Afrique du Sud), ensuite de manière implicite par le truchement de l'interprétation judiciaire du principe fédéral, le cas le plus patent étant à cet égard celui de l'Allemagne. Quant à elle, l'autonomie, fut-elle relative, se trouve au cœur de l'idée de souveraineté interne partagée qui sous-tend le fédéralisme et, qui dans toutes les fédérations où est respecté le principe de légalité, fait l'objet d'un contrôle judiciaire sous une forme ou sous une autre.

une fédération ne doit-elle pas elle-même être génératrice d'une identité complexe ? La problématique de l'intégration économique, notamment en Europe, illustre bien les processus qui sont alors à l'œuvre. Comment créer le marché le plus libre possible tout en assurant une redistribution équitable de la richesse entre les individus, mais aussi entre les régions ? Comment distribuer les fonctions étatiques de manière à atteindre pareil objectif ? Comment s'assurer le soutien des citoyens et, ainsi, légitimer l'action du gouvernement central ? Bref, comment concilier fonctionnalité, solidarité et légitimité ?

Évoquer les problèmes de légitimité que peuvent susciter des politiques dont le seul fondement est la rationalité économique pose par ailleurs la question, incontournable, de la gouvernance au sein des fédérations et, plus particulièrement, celle des rapports entre le centre et les régions. Comment, dans les diverses fédérations ou dans les entités politiques en voie de fédéralisation, les compétences sont-elles réparties entre le gouvernement central et les États fédérés ? Autrement dit, comment la souveraineté interne est-elle exercée ? Les pouvoirs sont-ils séparés par des « compartiments étanches » ou, au contraire, sont-ils exercés concurremment ? Une logique d'imbrication guide-t-elle l'exercice de certains d'entre eux ? Quelles sont les vertus de la concurrence normative ou, au contraire, celles de l'harmonisation normative ? Par quels mécanismes, comme la codécision, pareille harmonisation peut-elle être mise en œuvre ? Plus globalement, comment appréhender l'enchevêtrement normatif qui caractérise les régimes fédéraux ou en voie de fédéralisation ? Quels sont les rôles respectifs du politique et du juridique dans le règlement des conflits de compétences ? Quelles sont les vertus, s'il en est, d'une constitutionnalisation des obligations politiques de négociation de bonne foi incombant aux deux ordres de gouvernement dans certaines fédérations ? Toutes ces questions, qui ont trait autant à la concrétisation des valeurs et des aspirations inhérentes au fédéralisme, qu'aux situations potentiellement génératrices de tensions ou aux mécanismes de prévention et de résolution des conflits, font l'objet de la troisième partie de cet ouvrage, intitulée « Représentation, valeurs et règlement des différends ».

Certaines dynamiques ou situations tendent bien sûr plus que d'autres à catalyser ou, à tout le moins, à cristalliser les conflits intéressant le fédéralisme. Ainsi, la dynamique contemporaine de mondialisation est-elle perçue par plusieurs comme fournissant aux « petites nations » ne disposant pas d'un État propre l'occasion de s'affirmer sur la scène internationale. Ne parle-t-on pas, par exemple, de l'« Europe des régions » ? Mais comment la pluri- et la supra-nationalité sont-elles appréhendées à l'international ? Quelle est, dans cette optique, la situation des entités fédérées ? Quel rôle jouent-elles sur la scène internationale et, surtout, quel rôle pourraient-elles et devraient-elles y jouer ? Sous l'angle d'une analyse comparative du droit interne de chaque fédération, quelles tendances peut-on observer en ce qui a trait à la reconnaissance

de la légitimité et de la constitutionnalité de l'action internationale des entités fédérées ? Enfin, les problèmes auxquels se heurte la mise en œuvre des normes internationales dans certains États fédéraux militent-ils en faveur d'une révision du statut juridique international des entités fédérées ? Au-delà des considérations liées à l'effectivité du droit international, cette interrogation met en cause l'un des objectifs ultimes du fédéralisme, à savoir l'unité dans la diversité, et, en ce sens, atteint le noyau dur de la dynamique fédérative, laquelle repose sur un partage de la souveraineté interne. Se pose alors la question de savoir comment concilier l'objectif d'une meilleure intégration des normes internationales, ce qui, du point de vue du droit constitutionnel interne, soulève un problème de fonctionnalité, et celui du respect de la souveraineté relative des entités fédérées, ce qui, du même point de vue, déborde de la fonctionnalité vers la symbolique. Un examen de quelques cas concrets devrait permettre d'y voir plus clair. Trois textes de cet ouvrage, dont les propos s'entrecoupent, s'avèrent sur ce plan complémentaires. Ces textes, de Armand de Mestral, Annemie Schaus et Rainer Arnold, traitent à la fois de l'intégration des normes internationales ou supra-nationales dans les États fédéraux et de la « paradiplomatie » que mènent certaines entités fédérées⁵⁴.

Dans son texte intitulé « Les provinces et les relations internationales au Canada », Armand de Mestral, de l'Université McGill, aborde ces questions à la lumière de l'hypothèse d'une constitution fédérale silencieuse quant à la possibilité pour les entités fédérées d'agir sur la scène internationale. Pour ce faire, il se penche sur le cas-type que représente à cet égard le Canada. Notant que le droit interne seul ne peut fournir de réponse satisfaisante à la question de savoir si des provinces peuvent agir sur la scène internationale, le professeur de Mestral remarque que « l'émergence progressive d'un rôle des provinces dans la conduite des relations internationales est le fruit d'une évolution à la fois du droit international, qui a ouvert la porte aux provinces dans certains cas, et du droit et de la pratique constitutionnels internes, qui ont permis une telle évolution⁵⁵ ».

Une constitution silencieuse ou insuffisamment explicite mène inévitablement à une ouverture de l'ordre juridique interne vers l'ordre juridique international. Cette ouverture présente toutefois une dimension paradoxale puisque le droit international renvoie en règle générale au droit interne de chaque fédération pour juger de la capacité juridique des États fédérés à l'échelle internationale. Or le droit interne canadien établit sur ce point une distinction cruciale

54. Le concept de « paradiplomatie » renvoie à l'élaboration et au déploiement par une entité subétatique d'une politique étrangère particulière. Voir : S. PAQUIN, « Paradiplomatie identitaire et diplomatie en Belgique fédérale : le cas de la Flandre », 36:3 *Revue canadienne de science politique* 621.

55. A. de MESTRAL, « The Provinces and International Relations in Canada », chapitre 9, p. 311.

entre les rôles respectifs du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif s'agissant de déterminer la marge de manœuvre relative des provinces de cette fédération. Ainsi, si le gouvernement fédéral, donc l'exécutif, prétend pouvoir exercer seul la prérogative de représenter le Canada sur la scène internationale et de conclure des ententes reconnues par le droit international public, le pouvoir de ce gouvernement ne s'étend pas pour autant à la mise en œuvre de telles ententes. D'une part, le Canada étant une juridiction « dualiste » s'agissant de l'intégration du droit international conventionnel, le gouvernement fédéral doit absolument s'assurer de la collaboration du parlement afin que les normes internationales auxquelles il a consenti soient bel et bien intégrées dans l'ordre interne. D'autre part, le Canada étant aussi une juridiction fédérale, se pose également la question de savoir ce qui arrive lorsque les obligations contenues dans un traité ou une convention traitent d'un sujet relevant en droit interne de la compétence des provinces.

La question a été résolue par le Comité judiciaire du Conseil privé dans le célèbre *Avis sur les conventions de travail*⁵⁶, où il fut décidé que bien que la conclusion des conventions et traités internationaux soit du ressort du gouvernement fédéral, celui-ci ne peut cependant prétendre exercer un monopole constitutionnel absolu sur l'exécution en droit interne des obligations relevant du droit international conventionnel. Dans la mesure où un traité ou une convention a trait aux compétences exclusives des provinces canadiennes, celles-ci peuvent seules le mettre en œuvre et ni le gouvernement ni le parlement fédéral ne possèdent de pouvoirs de contrainte à cet égard, du moins sur le plan juridique. Leur participation sera également sollicitée si le sujet du traité ou de la convention relève à la fois de leur compétence et de celle du parlement fédéral. Comme le souligne de Mestral, « le gouvernement du Canada a dû s'accommoder d'une situation où il est contraint de coopérer avec les autorités provinciales avant, pendant et après la négociation d'un traité créant des obligations dont la matière fait l'objet ou bien d'une compétence partagée ou bien d'une compétence législative provinciale exclusive, ce en vue d'en garantir la mise en œuvre⁵⁷ ». Or, ajoute-t-il, bien qu'elle ne soit pas formalisée dans des normes explicites, cette coopération « obligée » se déroule la plupart du temps sans anicroche et, surtout, sans que la responsabilité internationale du Canada ne soit constamment engagée du fait du défaut d'une ou de plusieurs provinces d'exécuter des obligations internationales dans leurs champs de compétence.

Relevons que ce constat bat en brèche la thèse, qui a depuis longtemps obtenu l'adhésion d'une majorité d'auteurs anglo-canadiens, selon laquelle l'application stricte du partage constitutionnel des compétences législatives à l'exécution des normes internationales conventionnelles poserait un obstacle

56. *Canada (Attorney General) c. Ontario (Attorney General)*, [1937] A.C. 326 (C.P. Canada).

57. A. de MESTRAL, *loc. cit.*, note 55, p. 314.

majeur à l'efficacité de l'action internationale de la fédération canadienne et à l'épanouissement de la personnalité internationale du Canada. Cette thèse paraît boiteuse en ce qu'elle occulte les résultats concrets découlant de la mise en œuvre du cadre juridique en cause. Ainsi, la variable que représente l'écart existant entre l'impact potentiel du droit formel et son impact réel est-elle ignorée, et, dans cette foulée, le droit posé en vient à primer le droit vécu dans la représentation des forces normatives en jeu.

Par voie de conséquence, cette thèse se trouve également à méconnaître la porosité de la frontière séparant le droit formel du politique, lequel peut être envisagé comme lieu de concrétisation d'un constitutionnalisme interstitiel. Car c'est bien de ce type de constitutionnalisme dont il s'agit, un constitutionnalisme où les silences de la constitution sont autant d'interstices herméneutiques passibles d'appropriations normatives de tout acabit. Du reste, les avantages que tirent les acteurs fédératifs du flou constitutionnel expliquent en partie la réticence de certains d'entre eux à formaliser davantage leurs relations, d'autant qu'il est possible d'arguer, selon de Mestral, que de la pratique de leurs relations a émergé une constitution non écrite, coutumière, voire conventionnelle, qui fige jusqu'à un certain point le *statu quo* politico-juridique en la matière. La seconde partie de l'étude de de Mestral, qui traite de la paradiplomatie des provinces canadiennes, montre d'ailleurs à l'envi que celles-ci, le Québec au premier rang, ont profité de ce flou pour se ménager une aire d'action à l'échelle internationale, et ce, même si elles doivent constamment vivre avec une certaine mesure d'incertitude quant au degré (variable) de tolérance fédérale face à leurs initiatives.

Le statut constitutionnel des entités fédérées belges, communautés et régions, est à première vue fort différent de celui des provinces canadiennes en ce qui a trait au *jus tractatus*. Au silence de la constitution formelle du Canada semble répondre l'écho sonore de celle de la Belgique fédérale. Dans son étude comparative consacrée à « L'exécution fédérale des obligations internationales : le cas de la Belgique et du Canada », Annemie Schaus, de l'Université libre de Bruxelles, montre pourtant que malgré certaines différences entre les constitutions formelles des deux fédérations, le *modus vivendi* régissant les relations entre le palier fédéral et les entités fédérées eu égard à l'exécution des obligations internationales conventionnelles est étrangement semblable d'une fédération à l'autre.

La plus évidente de ces différences tient dans le pouvoir, explicitement reconnu aux communautés et régions belges, non pas seulement d'exécuter, mais aussi de conclure des traités dans des domaines relevant de leur compétence législative. Toutefois, malgré cette différence significative, le fait que l'exécution des obligations internationales exige parfois le concours de tous les niveaux de gouvernement rend obligatoire, comme au Canada, la coopération entre les paliers de gouvernement concernés.

Mais qu'arrive-t-il si une communauté ou une région belge ayant conclu un traité avec un État quelconque fait défaut d'exécuter dans son ordre juridique interne les obligations internationales auxquelles elle a consenti ? Dans la mesure où c'est aux États souverains que le droit international impose une responsabilité pour inexécution des obligations internationales, c'est donc en principe la Belgique fédérale qui serait responsable du défaut d'une de ses entités fédérées. La situation ne serait pas différente au Canada advenant le défaut par une province d'exécuter une obligation internationale, même si celle-ci touche à un sujet tombant sous sa compétence législative exclusive : c'est le Canada, plutôt que, disons, le Québec ou l'Ontario, qui serait responsable au sens du droit international public.

En revanche, là où le régime constitutionnel explicite belge se distingue de celui, implicite, canadien, c'est à l'égard des pouvoirs dont dispose le gouvernement fédéral pour éviter que la responsabilité internationale de la fédération ne soit engagée. Au contraire du droit constitutionnel canadien qui ne permet pas au gouvernement fédéral de contraindre, de quelque manière que ce soit, une province qui refuserait d'exécuter une obligation internationale, et ce, même au risque d'engager la responsabilité du Canada, la constitution belge prévoit quant à elle « un pouvoir de substitution en faveur de l'autorité fédérale en cas de défaillance des entités fédérées dans l'exécution des normes de droit international⁵⁸ ». Cette substitution est toutefois temporaire, puisqu'elle cesse dès que l'entité fédérée se conforme à la décision internationale, et, surtout, conditionnelle. Elle est conditionnelle, car l'État fédéral n'est autorisé à se substituer à une entité fédérée défaillante pour exécuter le dispositif d'une décision internationale que si la Belgique a été condamnée par une juridiction internationale ou supra-nationale, si l'entité fédérée défaillante a été mise en demeure d'exécuter le dispositif de cette décision, et si cette entité a été associée dès le départ par le gouvernement fédéral au processus de règlement du différend international dans le cadre duquel la Belgique était défenderesse. Le respect de ces conditions déterminant la validité constitutionnelle de l'acte de substitution, il s'ensuit que la coopération entre l'ordre fédéral et l'ordre fédéré demeurera nécessaire puisque celle-ci constitue une condition essentielle à l'exercice valide du pouvoir constitutionnel de substitution.

Dans le concret, donc, le constitutionnalisme explicite belge mène à un résultat à peu près équivalent à celui auquel conduit le constitutionnalisme implicite canadien. D'une part, les deux modèles empêchent le gouvernement fédéral de nier l'autonomie des entités fédérées en prétendant exercer un monopole sur l'exécution du droit international conventionnel, comme l'autoriserait un « *treaty power* » à l'américaine ou à l'australienne. D'autre part, ils incitent

58. A. SCHAUS, « L'exécution fédérale des obligations internationales : le cas de la Belgique et du Canada », chapitre 10, p. 336-337.

tous deux les acteurs fédératifs à faire preuve de pragmatisme et à coopérer pour éviter d'engager la responsabilité internationale de la fédération. Presque érigé en impératif catégorique, ce pragmatisme se trouve dès lors à imposer une obligation de mesure aux acteurs fédératifs, et, plus particulièrement, à ces entités fédérées qui, constamment tentées d'étendre leur marge de manœuvre sur la scène internationale, en arriveraient à renier leur appartenance fédérale et à chercher sur cette scène une consécration formelle de ce reniement. Pourtant, comme le remarque Schaus, « [l]a prise en compte de l'autonomie des entités fédérées, ou plus exactement le respect de cette autonomie, permet d'éviter des conflits dans l'ordre interne qu'une centralisation des compétences internationales ne manquerait pas de créer. Qu'on ne s'y trompe pas. L'enjeu n'est donc pas d'aboutir à une plus grande autonomie des entités fédérées, mais plutôt au respect de la logique fédérale des pouvoirs même en matière d'exécution des obligations internationales⁵⁹ ».

Cela dit, si l'action internationale des entités fédérées va rarement sans créer des tensions, ces tensions prennent cependant une dimension toute particulière si l'État dont ces entités sont des composantes devient lui-même partie à un processus au terme duquel il est appelé à céder des compétences à une nouvelle entité supra-nationale dont les normes s'appliqueront de manière immédiate et prévaudront, en cas de conflit, sur celles des États constitutants. Quelle place de tels processus réservent-ils, le cas échéant, aux entités fédérées ? Comment interagissent, ou devraient interagir, le supra-étatique et le subétatique ?

Dans son texte intitulé « Les modes d'expression des Länder, régions et communautés au sein de l'Union européenne », Rainer Arnold de l'Université de Ratisbonne en Allemagne, se penche sur ces questions dans le contexte sans doute le plus parlant qui soit, celui de l'Europe. Remarquant d'emblée la logique supra-nationale inspirant la construction européenne, Arnold note que, dans cette foulée, plusieurs domaines qui étaient jadis sous la compétence des États membres se trouvent désormais sous celle de l'Union européenne. Par ailleurs, en application de plusieurs règles formelles et principes interprétatifs des traités européens, les compétences communautaires ont tendance à s'élargir.

Un tel élargissement interpelle de manière toute spéciale les États fédéraux membres de l'Union, car il s'opère dans le cadre d'une relation *a priori* bipolaire entre les États membres, d'une part, et les institutions européennes, d'autre part, plaçant ainsi les entités fédérées composant les États fédéraux membres de l'Union dans une situation qui paraît précaire. Au surplus, il convient de signaler que les transferts de compétences effectués par les traités européens ont pour la plupart été adoptés sans que ces entités fédérées n'y consentent, et ce, bien que les traités en question aient été susceptibles de diminuer leurs compétences. Plus préoccupant encore, remarque Arnold, la

59. *Ibid.*, p. 348.

réglementation européenne s'intéresse de plus en plus à des domaines qui, traditionnellement, relèvent de la compétence de ces entités fédérées. Cette dynamique, ajoute-t-il, a aussi un impact sur les États régionaux, comme l'Espagne⁶⁰ ou l'Italie⁶¹, où des logiques de type fédéral inspirent la dynamique constitutionnelle. Pour reprendre l'expression de Nicolas Levrat, la « fédération internationale » qui s'échafaude actuellement en Europe se construirait-elle au détriment et en quelque sorte à l'insu des entités fédérées composant les États fédéraux ou régionaux membres ? Ce que ces entités ont pu gagner comme marge d'autonomie dans le cadre du droit constitutionnel de leur État, seraient-elles en train de le perdre du fait de la construction européenne ?

Le problème est pris au sérieux en Europe, nous assure Arnold. Il est même possible de discerner l'émergence d'un troisième niveau d'influence à l'échelle européenne, laissant croire à une légitimation institutionnelle du concept d'« Europe des régions ». En effet, tant les droits internes des États fédéraux ou régionaux que le droit communautaire commencent à reconnaître un certain droit de cité aux entités fédérées ou aux régions.

D'une part, le droit interne des États membres concernés permet de plus en plus une participation tangible des entités fédérées ou des régions à l'élaboration de la politique étrangère déployée par ces États dans le cadre européen. Des mécanismes formels ont ainsi été mis en place à l'interne pour que l'action des États au niveau européen reflète les préoccupations de leurs entités fédérées. Cette coopération imposée revêt deux formes principales, fondées, pour l'une, sur des procédures formelles de codécision, et, pour l'autre, sur des obligations d'information ou de consultation, dont le caractère plus ou moins contraignant sera, règle générale, fonction de la marge d'autonomie dont les entités fédérées disposent en droit interne et de leur compétence potentielle sur un sujet donné. Par ailleurs, la participation des entités fédérées à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique défendue par un État fédéral au sein des institutions européennes eu égard à des questions tombant sous la compétence des premières peut aller jusqu'à la représentation par elles de l'État fédéral lui-même. Le cas échéant, une de ces entités se voit en quelque sorte mandatée pour agir au nom de l'ensemble de la fédération à l'échelle européenne, de sorte que le principe de la relation directe établie entre l'Union et les États membres est préservé. Le droit communautaire ne s'oppose pas en principe à ce genre de solution si le droit interne d'un État fédéral le permet. La variable déterminante demeure donc, encore et toujours, le droit constitutionnel interne de la fédération ou de l'État régional. En revanche, comme le souligne Arnold, l'agnosticisme relatif du droit communautaire en la matière depuis la création

60. Eliseo Aja parle également de l'Espagne comme d'un « État des autonomies » ; voir : E. AJA, *El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, 2^e éd., Madrid, Alianza Editorial, 2003.

61. Voir : B. CARAVITA, « Italy: Toward a Federal State? », *Federations*, Special Triple Issue: Themes of the International Conference on Federalism, 2002, p. 25.

de l'Union européenne en 1993 « a marqué l'importance d'un renforcement de la position des entités fédérées subétatiques (Länder / régions) et de l'introduction de nouveaux systèmes de codécision⁶² ».

D'autre part, les institutions communautaires elles-mêmes commencent à s'ouvrir aux entités politiques subétatiques par la mise sur pied d'organes consultatifs tels que le Comité des régions, qui peut notamment s'exprimer sur l'impact des politiques communautaires sur les compétences internes des entités fédérées et des régions. Par ailleurs, la reconnaissance, dans les traités européens, de principes régulateurs comme la subsidiarité et la proportionnalité est également susceptible de favoriser la protection, ou du moins la prise en compte, des intérêts des entités subétatiques dans l'élaboration de ces politiques⁶³. Dans cette mesure, si la construction européenne a pu accélérer des tendances centripètes déjà observables au sein de certaines fédérations ou États régionaux membres de l'Union, il semble largement prématuré de conclure que le destin inéluctable des entités fédérées ou des régions composant ces États est de sombrer dans l'oubli. En ce sens, le concept d'« Europe des régions » n'est pas aussi moribond qu'on aurait pu le croire.

S'il est une conclusion que l'on peut tirer de la lecture des textes de Mestral, Schaus et Arnold, c'est bien que les craintes que continue de susciter en certains cercles l'action internationale des entités fédérées paraissent largement exagérées. L'octroi à ces entités de compétences constitutionnelles relatives au *jus tractatus* de même que la légitimation, en droit ou en pratique, de leur paradiplomatie n'ont nulle part mené au chaos que certains anticipaient, pas plus qu'ils ne paralysent l'action internationale des États fédéraux où une telle paradiplomatie n'est pas formellement interdite. En fait, en obligeant les acteurs fédératifs à échanger de l'information, à se consulter et, ultimement, à collaborer, l'action internationale légitime des entités fédérées peut être perçue comme soutenant les valeurs de diversité et d'unité inhérentes au fédéralisme. Cela vaut, bien sûr, dans la mesure où les acteurs fédératifs agissent de bonne foi. Ainsi, un État fédéral qui frustrerait systématiquement les aspirations internationales de ses entités fédérées alors même que ces aspirations sont liées à l'exercice de leurs compétences constitutionnelles et s'expriment en conformité avec le droit constitutionnel interne, pourrait être décrit comme agissant de mauvaise foi. Il en irait de même d'une entité fédérée à qui la constitution n'interdirait pas d'agir sur le plan international, mais qui, profitant de cette possibilité, déploierait une politique étrangère qui ignorerait sciemment la logique fédérale devant inspirer son action. Même en respectant la lettre d'une constitution, ou en tirant parti de son silence, les entités fédérées ne sauraient prétendre être ce qu'elles ne sont pas, en l'occurrence des États souverains.

62. R. ARNOLD, « The Voice of Länder, Regions and Communities in the European Union », chapitre 11, p. 356.

63. En ce qui a trait au principe de subsidiarité, Arnold note qu'il s'est pour l'instant révélé assez peu efficace sur le plan juridique, agissant plutôt comme principe de prudence politique.

Au surplus, même en acceptant qu'un certain niveau de concurrence intergouvernementale puisse être bénéfique au sein d'une fédération et que cette concurrence puisse se manifester aussi bien à l'interne qu'à l'externe, des entités fédérées ne sauraient non plus légitimement (et légalement) déployer leur politique étrangère de manière à nuire aux intérêts de la fédération ou se servir de cette politique pour faire avancer des causes allant à l'encontre des exigences les plus élémentaires de la loyauté fédérale.

Que ce soit à l'interne ou à l'externe, le fédéralisme se vit donc toujours dans la tension. Cette tension peut être gérée de manière constructive, mais elle peut aussi mener à des litiges. Comme le démontrent les divergences de vue portant sur le cadre constitutionnel optimal en matière de relations internationales dans un État fédéral, ces litiges opposeront souvent des valeurs inhérentes au fédéralisme, bien que parfois contradictoires, ou de telles valeurs et d'autres types d'impératifs de nature plus instrumentale. Les organes judiciaires chargés de résoudre ces litiges privilégieront-ils certaines valeurs au détriment des autres ? Trois auteurs se penchent sur cette question. Andrée Lajoie et Jean Leclair, de l'Université de Montréal, le font tous deux à la lumière du cas canadien, alors que Richard Cornes, de l'Université d'Essex, s'y intéresse quant à lui dans le cadre du processus dévolutif expérimenté au Royaume-Uni.

Adoptant l'approche la plus « macro » de tous ces auteurs, Andrée Lajoie, dans sa contribution intitulée « Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle », se pose la question de savoir si les arrangements administratifs des structures du pouvoir judiciaire permettent l'intégration dans le droit canadien des valeurs des minorités politiques, c'est-à-dire celles qui sont caractérisées par une culture, une langue ou un système de droit distincts de ceux de la majorité et, pourrait-on ajouter, dont le rapport à l'État fédéral est souvent médiatisé par une appartenance « primordiale », pour reprendre une expression de Clifford Geertz, à une communauté politique subétatique particulière. Pareille interrogation, dont les paramètres débordent largement du cadre canadien, met en quelque sorte la théorie fédéraliste à l'épreuve de la pratique, en cherchant à voir comment l'idéal fédéraliste qui consiste à concilier unité et diversité se concrétise dans les faits.

C'est d'ailleurs un constat pessimiste que pose Andrée Lajoie sur cette entreprise en contexte canadien puisqu'elle en vient à la conclusion que l'intégration judiciaire des valeurs des minorités « dépend non pas des aménagements administratifs des structures du pouvoir judiciaire, mais de la coïncidence éventuelle de ces valeurs minoritaires avec les valeurs dominantes dans la société à un moment déterminé⁶⁴ ». Elle conforte ainsi la thèse avancée dans les années

64. A. LAJOIE, « Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle », chapitre 12, p. 372.

1980 par le « Critical Race Scholar » américain Derrick Bell, selon qui les progrès réalisés par la voie judiciaire par la minorité afro-américaine à partir des années 1950 sont avant toute chose explicables par une convergence des intérêts minoritaires et majoritaires à cette époque⁶⁵, le sous-texte de cette thèse étant que le changement de cap opéré par la Cour suprême des États-Unis à partir de l'arrêt *Brown c. Board of Education*⁶⁶ ne fut possible que parce que la majorité avait intérêt à ce qu'il se produise.

Mais revenons à la démonstration que fait Lajoie. La première partie de son étude s'intéresse à certaines garanties institutionnelles qui, pourrait-on penser, seraient de nature à favoriser en droit l'intégration des valeurs minoritaires. Ces garanties ont trait au bilinguisme, au bijuridisme⁶⁷, à la territorialisation du système judiciaire et à la participation territoriale à la nomination des juges. Mais il y aurait loin de la coupe aux lèvres, selon elle. Ainsi, s'agissant du bilinguisme, elle juge que les garanties constitutionnelles comme celles permettant aux justiciables de s'exprimer et d'être interpellés en français ou en anglais dans le cadre de processus judiciaires procèdent plus de l'équité élémentaire que de la protection des minorités comme telle et dénote même « une certaine condescendance [qui] ne garantit aucunement que [leurs] revendications seront acceptées, encore moins [leurs] valeurs reconnues⁶⁸ ». En ce qui a trait au bijuridisme, Lajoie se montre encore là fort critique. Dans la mesure où seules les catégories de droit privé sont concernées par les efforts consentis dans ce domaine, l'impact du bijuridisme sur l'intégration des valeurs des minorités en droit ne peut être que négligeable. En ce sens, même louable, un tel projet ne saurait « harmoniser les différences irréconciliables dans l'interprétation du partage des compétences dans la fédération, cette réalité incontournable que le droit public doit gérer dans sa double dimension de conflit entre cultures et d'enjeux de pouvoir⁶⁹ ». Enfin, la territorialisation du système judiciaire aux fins de favoriser la reconnaissance des intérêts et valeurs minoritaires ne figure guère mieux à son palmarès. En effet, malgré qu'un système intégré de cours provinciales et fédérales ait été institué au Canada et qu'en apparence, l'autonomie judiciaire territoriale dévolue aux provinces y soit préservée, Lajoie estime que les modalités de fonctionnement de ce système stérilisent les garanties formelles que ce même système offre par ailleurs. Ces modalités de fonctionnement concourent selon elle à rendre illusoire, au Canada, l'idée d'une véritable autonomie judiciaire territoriale. Du reste, le fait que la Cour suprême

65. D. BELL, « *Brown v. Board of Education* and the Interest-Convergence Dilemma », (1980) 93 *Harv. L. Rev.* 518.

66. *Brown c. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

67. Le concept de bi-juridisme renvoie à l'idée d'une co-existence, parfois d'une interaction, entre deux traditions juridiques, au Canada le droit civil et la *common law*, au sein d'un même État.

68. A. LAJOIE, *loc. cit.*, note 64, p. 368.

69. *Ibid.*, p. 369.

du Canada agisse comme instance d'appel pour tout le pays et dans toutes les matières, et qu'elle soit composée d'une majorité de juges provenant de provinces de *common law* aurait un impact différentiel sur le Québec, juridiction civiliste s'agissant du droit privé. Selon Lajoie, « toute notion d'autonomie dans l'interprétation du droit civil devient pure fiction⁷⁰ ».

L'auteure s'attarde dans la seconde partie de son étude à la réception qu'a réservée la Cour suprême aux revendications politiques et économiques des peuples autochtones et des Québécois. Elle constate à cet égard que tant pour les uns que pour les autres, la Cour est à peu près uniformément hostile aux revendications qui visent l'accroissement du pouvoir politique (autodétermination, maîtrise du territoire susceptible de mettre en question la souveraineté canadienne sur ce territoire) alors qu'elle se montre plutôt réceptive aux revendications économiques (autosuffisance économique affectant peu ou prou celle d'autres acteurs). Elle en conclut que l'intégration au droit des valeurs d'une minorité politique par la voie judiciaire est fonction de trois conditions : d'abord, les avantages recherchés ne peuvent entrer en conflit avec des valeurs dominantes ; ensuite, ces avantages ne sauraient porter substantiellement atteinte à ceux de la majorité, notamment en matière économique ; enfin, le rapport de force favorable dont disposera une minorité à une époque donnée influera positivement sur la réception de ses valeurs et intérêts. Pareille conclusion, ajoute Lajoie, ne met pas en cause l'impartialité de la Cour suprême du Canada, mais démontre plutôt l'influence des valeurs dominantes, généralement majoritaires, sur l'interprétation judiciaire⁷¹.

Bref, selon elle, pour comprendre la conduite d'un tribunal comme la Cour suprême du Canada, il convient d'examiner l'ensemble des activités d'interprétation et non se limiter à l'interprétation judiciaire au sens strict. Le prisme théorique à travers lequel elle se livre à cet exercice est celui de l'herméneutique contemporaine. Dans la mesure où la présence de cet important courant théorique se fait assez discrète dans la littérature sur le fédéralisme⁷², il paraît indiqué ici de reproduire le résumé qu'en fait Andrée Lajoie :

70. *Ibid.*, p. 372.

71. Ce à quoi il faudrait sans doute ajouter que les cours constitutionnelles de dernier recours tendent naturellement à protéger l'État qui les institue contre les remises en questions trop radicales qui menaceraient sa cohésion, son unité ou sa souveraineté. Voir : A. BZDERA, « Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review », (1993) XXVI:1 *Canadian Journal of Political Science* 3. Cela dit, les moyens employés pour y arriver n'écartent pas que ces cours acceptent de faire certaines « concessions » à ceux-là même qui remettent l'État en question. Pensons, au Canada, au *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, où la Cour suprême a refusé de lire le silence constitutionnel comme rendant impossible toute sécession provinciale.

72. Encore que l'herméneutique, sous ses différents jours, occupe un pan important de la théorie du droit, notamment grâce à Ronald Dworkin et Stanley Fish dans le monde anglo-américain, et à Chaim Perelman, Gérard Timsit et... Andrée Lajoie dans la francophonie.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

Dans cette perspective théorique, la production judiciaire du droit résulte de l'interaction entre, d'une part, un juge/interprète, muni d'un filtre personnel et d'une grille d'analyse issue de ses valeurs personnelles, et, de l'autre, la communauté d'interprétation à laquelle il appartient. Par ailleurs, la production judiciaire de droit résulte d'une norme qu'il interprète en contexte, par la voie d'une narration, sous l'influence de la « surdétermination », exercée par les « horizons » textuels et historiques tels qu'exprimés dans les attentes à la fois d'« auditoires » universel et spécialisé⁷³.

On peut toutefois se demander si l'herméneutique seule est suffisante pour se livrer à une *évaluation* du produit de l'interprétation. Les critères à partir desquels l'on procède à cette évaluation après avoir traité les informations permettant de tracer le profil de ce produit interprétatif ne constituent pas, en effet, des évidences dont la signification serait toujours univoque. Par exemple, traiter ces informations en fonction du couple « victoire/défaite » s'agissant de mesurer si les valeurs d'une minorité quelconque ont ou non été intégrées en droit par la voie judiciaire présuppose d'une certaine façon l'univocité, voire l'homogénéité, de l'identité du perdant, ainsi que de ses valeurs et des lieux où il peut les concrétiser. Lorsque l'on dit « les valeurs québécoises ont subi une défaite en Cour suprême » en commentant un revers du gouvernement du Québec dans une affaire intéressant le partage des compétences, ne se trouve-t-on pas, d'une part, à établir une adéquation nécessaire entre les valeurs des Québécois et les prises de position de leur gouvernement *du moment*, ce qui est contestable⁷⁴, d'autre part, à postuler que leurs valeurs ne sauraient en aucun cas être promues par le gouvernement fédéral, ce qui est aussi contestable, et, enfin, à concevoir les Québécois comme liés par une espèce de solidarité mécanique ? Envisagée du point de vue d'une théorie fédéraliste cherchant à concilier l'unité et la diversité, une telle approche n'est-elle pas ontologiquement biaisée contre le membre « unité » de ce couple, et cela, en raison du monopole de représentativité identitaire que l'on attribue à un ordre de gouvernement quelconque, ici, l'ordre provincial ?

Provocante, car mettant en question une certaine image d'Épinal du Canada, la thèse d'Andrée Lajoie se trouve cependant en partie confortée par celle de Jean Leclair, également de l'Université de Montréal, qui, contrairement à sa collègue, adopte une perspective interne au droit, mais néanmoins axée sur les valeurs que sous-tend le principe du fédéralisme. Dans son article intitulé « La conception du fédéralisme de la Cour suprême du Canada : le primat de l'efficacité au détriment de la diversité », Leclair se penche sur une

73. A. LAJOIE, *loc. cit.*, note 64, p. 379-380.

74. Les valeurs de tout un groupe sont-elles parfaitement assimilables à celles *portées* par le représentant momentané, bien que légitime, de ce groupe ? Parfois oui, parfois non, sans doute. Quoi qu'il en soit, la dimension réductrice des représentations qui peuvent être faites des valeurs de tout un groupe dans le cadre d'un procès révèle, si besoin était, les limites du juridique comme lieu d'appréhension des identités et des aspirations des individus et des collectivités.

autre dénaturation du couple fédéraliste « unité/diversité », en l'occurrence lorsque l'uniformité est prise comme synonyme d'unité. Il montre, au moyen d'une analyse très fine de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de partage fédératif des compétences, que cette cour privilégie les considérations liées à l'efficacité au détriment de celles ayant trait à la diversité. La cour établit dans cette optique une adéquation implicite très discutable entre efficacité et pouvoir central. Il s'ensuit une préférence marquée pour la communauté politique fédérale (ou « nationale », c'est selon), voire internationale, plutôt que pour les communautés politiques provinciales. Cette adéquation est implicite en ce qu'elle résulte de l'application diffuse d'une série de principes d'interprétation du partage des compétences (théories du caractère véritable, du double aspect, des pouvoirs incidents, des pouvoirs ancillaires, de la primauté du droit fédéral en cas de conflit avec le droit provincial, de l'immunité interjuridictionnelle) qui, souvent sans que l'on s'en rende compte, encodent des postulats favorisant le primat des considérations liées à l'efficacité ainsi que celui du palier fédéral comme ordre de gouvernement le mieux à même de prendre des décisions optimales sur le plan de l'efficacité. Certes, malgré la domination contemporaine du paradigme de la concurrence des compétences sur celui de l'exclusivité, il serait inexact de dire que ce dernier a été complètement oblitéré ; il existe encore des situations où il prévaut. Toutefois, d'autres considérations, cette fois liées à l'élargissement judiciaire des compétences fédérales, viennent poser des obstacles supplémentaires à l'expression concrète de la diversité des intérêts provinciaux, avec les conséquences que la reconnaissance formelle de cette diversité pourrait emporter sur le plan de la réglementation.

C'est notamment le cas, note Leclair, en matière de régulation économique, où l'élaboration par la Cour suprême d'une série de tests d'inspiration éminemment instrumentale a permis une fois de plus aux considérations liées à l'efficacité de prévaloir sur celles liées à la diversité. Cela ne relève pas du hasard, toutefois, car l'expansion des compétences économiques fédérales s'est opérée alors même que ce gouvernement concluait au nom du Canada ses premiers accords de libre-échange. Selon Leclair, cette jurisprudence révèle la volonté de la cour de s'assurer que le Parlement fédéral dispose de la marge de manœuvre nécessaire pour faire en sorte que le Canada respecte ses engagements internationaux et exécute les obligations que ceux-ci lui imposent. De sorte que l'interprétation de la constitution interne a été infléchie de façon à respecter les contraintes imposées par cette « constitution externe » que représente la toile normative tissée par les accords économiques internationaux⁷⁵. Sur le plan de la doctrine constitutionnelle, l'expansion conceptuelle des champs de compétence fédérale ne s'est cependant pas accompagnée d'un raffinement des

75. L'expression « constitution externe » a été proposée par le politologue canadien Stephen Clarkson. Voir : S. CLARKSON, *Uncle Sam and Us: Globalization, Neoconservatism and the Canadian State*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

règles de conflits, par exemple celle de la primauté du droit fédéral en cas de conflit avec le droit provincial dans un champ concurrent. Au contraire, la portée de cette règle a été étendue par le truchement d'une redéfinition du concept de conflit de manière à ce que l'acception qui lui est donnée couvre un nombre accru de situations de frottements juridictionnels. L'appréhension que fait la Cour suprême du partage des compétences dans d'autres domaines, comme celui de l'environnement, est à l'avenant.

Cela dit, que cette cour choisisse parfois – en fait, souvent – l'efficienciau détriment de la diversité n'est pas selon Leclair intrinsèquement illégitime, pas plus que ne l'est son choix, encore là plus ou moins conscient, de privilégier les intérêts « nationaux » face à ceux, régionaux, qui sont porteurs de diversité plutôt que d'uniformité. Ce qui lui semble problématique, toutefois, c'est que tout cela se déroule sans que les préoccupations des provinces ne soient véritablement prises en compte, soupesées et mises en équilibre avec celles de la collectivité politique « nationale », d'autant, remarque-t-il, que la défense que fait cette cour des intérêts dits « nationaux » est toujours mieux articulées que celle, plus rare, qu'elle fait des intérêts provinciaux, le cas échéant. Le problème fondamental a donc trait à la qualité de la justification des prises de position de la Cour suprême en regard des valeurs inhérentes au fédéralisme.

Par exemple, où voit-on dans sa jurisprudence de véritable réflexion de fond sur l'acception juridique de la notion d'autonomie en contexte fédéral, laquelle, selon Leclair, suppose un droit collectif d'être différent ? Ceux qui ont associé à du « formalisme » le paradigme de l'exclusivité des compétences, qui domina la jurisprudence à une certaine époque, pour mieux le rejeter sous prétexte de « réalisme » feraient mieux de reconsidérer leur position. Comme le souligne Leclair :

Le formalisme n'a sans doute plus la cote, mais il reste que les attentes légitimes des provinces doivent être sérieusement prises en compte et qu'elles ne sauraient être évacuées sous le couvert de l'efficiencia. Qui plus est, le « formalisme » dont il est ici question était-il réellement aussi « formel » qu'on l'a prétendu ? Les décisions du Comité judiciaire du Conseil privé sur le partage des compétences législatives au Canada ont été traitées de haut comme le comble du formalisme. Mais une lecture attentive de deux des plus importantes de ces décisions, l'arrêt *Parsons* et l'*Avis sur les conventions de travail*, montre sous le vernis des arguments formalistes un riche argumentaire prescriptif faisant appel à la notion de communauté⁷⁶.

Leclair nous invite ainsi à nous prémunir contre les risques d'instrumentalisation de la pensée, phénomène dont les conséquences sont particulièrement

76. J. LECLAIR, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », chapitre 13, p. 399.

délétores en régime fédéral. S'agissant du Canada, il en conclut que « la Cour devrait garder à l'esprit que le Canada est un lieu politique, pas un simple marché⁷⁷ ».

Autrement dit, le fédéralisme a des raisons que la seule raison instrumentale ne connaît pas. Mais une brève remarque s'impose ici. En effet, s'il convient de se référer au noyau dur des valeurs sous-jacentes au fédéralisme dans le cadre de l'interprétation judiciaire de tout partage des compétences, on voit cependant mal pourquoi de telles valeurs ne pourraient pas en certains cas favoriser la communauté fédérale. Ainsi en est-il du principe non écrit de courtoisie, version faible du principe de loyauté que l'on trouve dans d'autres fédérations, que Leclair reproche à la Cour suprême d'avoir utilisé pour justifier une décision selon laquelle les provinces ne peuvent en principe refuser de reconnaître et d'exécuter les jugements émanant d'autres provinces. Les valeurs inhérentes au fédéralisme excluent peut-être l'efficacité pour l'efficacité, mais excluent-elles pour autant toute autre valeur susceptible de favoriser l'interpénétration des ordres juridiques fédérés ? Des valeurs des minorités qui faisaient l'objet de l'étude d'Andrée Lajoie, Jean Leclair a réorienté le débat vers les valeurs fédératives et leur impact prescriptif s'agissant de trancher des litiges concrets en matière de partage des pouvoirs. Mais ces valeurs fédératives ont-elles un sens hors d'un cadre proprement fédéral ? Par exemple, l'interprétation judiciaire du nouveau cadre constitutionnel mis en place au Royaume-Uni à la suite du processus de dévolution de pouvoirs de Westminster vers des parlements régionaux peut-elle s'inspirer de telles valeurs ?

C'est là une des questions auxquelles Richard Cornes, de l'Université d'Essex, tente de répondre dans sa contribution « Les arpenteurs d'un nouveau terrain d'entente : les hautes cours du Royaume-Uni et le projet de dévolution ». Cornes resitue d'emblée son analyse de ce projet de dévolution dans le contexte plus global de la culture juridique qui a prévalu au Royaume-Uni jusqu'à l'adoption de lois lui donnant une forme juridique. Ainsi, pour mieux saisir les enjeux liés à ce projet, il faut se rappeler, d'une part, que cet État résulte de l'union législative, réalisée sur plusieurs siècles, de l'Angleterre, du pays de Galles, de l'Écosse et de l'Irlande du Nord, et, d'autre part, que deux variables importantes, l'une juridique, l'autre démographique, y ont longtemps infléchi la dynamique politico-constitutionnelle. La première de ces variables tient à la domination, jusqu'à tout récemment sans partage, d'une conception absolutiste de la souveraineté parlementaire, qui conduisait par exemple plusieurs observateurs à accrédi-ter l'hypothèse de la validité d'une modification unilatérale par le Parlement britannique des termes du Traité d'union à l'origine du Royaume. La seconde a trait à l'écrasant poids démographique de l'Angleterre au sein de l'union, avec pour conséquence l'assimilation erronée, mais

77. *Ibid.*, p. 401.

constante, de l'identité anglaise et de celle du Royaume-Uni. Il n'est guère étonnant qu'en pareil contexte, l'idée que l'union elle-même puisse disposer d'une compétence autonome par rapport à celle de ses parties constituantes et, en particulier, de l'Angleterre, n'ait jamais vraiment effleuré les esprits.

Les choses pourraient toutefois changer avec la dévolution, estime Cornes. Selon lui, deux thèmes principaux ressortent des premières années de mise en œuvre de cette importante réforme de l'État, lesquels reflètent à leur façon les aspirations contradictoires dont est porteuse toute structure visant à concilier unité et diversité. Le premier de ces thèmes est celui de l'unité, qui vient en quelque sorte contrebalancer la fragmentation identitaire de l'État consacrée dans les lois relatives à la dévolution. Se pose en effet la question de savoir dans quelle mesure la reconnaissance au Royaume-Uni d'entités subétatiques territorialisées nuira au maintien d'une identité britannique transcendant celles, particulières, de ces entités. Autrement dit, peut-on être à la fois Écossais et Britannique ? Question fédérale par excellence, pourrait-on dire, tant elle s'est posée dans de nombreuses fédérations multinationales, le Canada et la Belgique au premier rang. Question existentielle, de surcroît, qui suit les contours de celle qu'un célèbre Anglais, William Shakespeare, avait déjà fait poser à un de ses personnages, Danois celui-là : « To be or not to be... » Cette question qui, avant la lettre, prenait une saveur toute européenne semble paradoxalement en voie d'être résolue par le Comité judiciaire du Conseil privé au moyen d'un détour par la Convention européenne des droits de l'homme. Ce tribunal, qui est investi par les lois relatives à la dévolution d'une compétence juridictionnelle plus étendue qu'auparavant s'agissant de la mise en œuvre de cette convention, notamment en droit pénal, a en effet déjà montré sa propension à uniformiser l'interprétation de cette convention à travers le royaume, ce qui était impensable auparavant puisque les appels en matière pénale en provenance d'Écosse n'étaient pas entendus à Londres. Le droit criminel écossais d'avant la dévolution s'était donc développé de manière autonome par rapport à celui du reste du Royaume, autonomie qui, superficiellement, paraît mise en question par la dévolution. Selon Cornes, en adoptant une telle politique, le Comité judiciaire du Conseil privé profite de la nouvelle donne juridique postdévolution pour jeter les bases d'un nationalisme civique panbritannique, axé sur des principes reconnus à l'échelle européenne, démarche qui pourrait d'une certaine façon faire contrepoids à la dimension ethno-culturelle, sans pour autant être nécessairement « exclusive », des identités « nationales » subétatiques auxquelles la dévolution a donné droit de cité. On pourrait craindre que cette uniformisation se fasse au détriment de la spécificité juridique écossaise, mais tel n'est pas le cas, nous dit Cornes. En effet, la pratique du Comité judiciaire est de faire siéger une majorité de juges provenant des collectivités bénéficiaires de la dévolution dès lors qu'un pourvoi qui lui parvient soulève une question relative aux lois lui donnant effet. De sorte que ces juges, et notamment ceux venant d'Écosse, ont jusqu'à maintenant exercé une influence déterminante sur l'élaboration des politiques judiciaires

ayant trait à l'interprétation du cadre juridique relatif à la dévolution. Mais, même s'il faut généralement se prémunir contre la tentation d'assigner les juges à leurs origines et de préjuger de leur vision du monde sur la seule foi de ces origines, comment expliquer que des juges écossais souscrivent à une politique judiciaire d'uniformisation comme celle décrite ci-haut ? La réponse tient dans la configuration particulière que prend cette uniformisation. Richard Cornes note à cet égard que l'autorité qu'exercent ces juges « leur donne l'occasion, au plan institutionnel, non seulement de rechercher l'uniformité d'application de la Convention à l'échelle du Royaume, mais également de donner à cette recherche les caractéristiques de la pensée juridique écossaise⁷⁸ ». La dévolution serait donc porteuse d'un véritable embryon de métissage juridique, où la vision minoritaire ne serait pas systématiquement reléguée à la marge mais pourrait au contraire marquer l'évolution du droit sur tout le territoire de l'État.

Le second thème qui, selon Cornes, ressort des premières années d'interprétation des lois relatives à la dévolution est celui du statut juridique de ces lois, et de l'impact que leur qualification en droit est susceptible d'avoir sur la dynamique constitutionnelle au Royaume-Uni. Rappelons que, techniquement, les lois adoptées en 1998 pour donner une forme juridique au projet de dévolution ne sont que des lois ordinaires du Parlement britannique, soumises comme les autres à l'application du principe de la souveraineté parlementaire, et que, par conséquent, le Parlement peut modifier ou abroger comme bon lui semble. Dans cette optique, le statut des communautés politiques reconnues dans ces lois ainsi que celui de leur organes législatifs ou exécutifs en serait un de subordination au Parlement britannique, ce qui empêcherait dès lors toute lecture fédéraliste des nouvelles structures mises en place dans le cadre du processus de dévolution. Mais le fédéralisme se réduit-il aux seules structures ? D'autres auteurs ayant collaboré à cet ouvrage ont répondu à cette question par la négative, et Cornes en fait autant. Jugeant insatisfaisante l'analyse de la nouvelle donne en fonction du critère unique de la rétention technique de la souveraineté juridique, il estime impérieux de l'appréhender en tenant compte de la réalité politique que constitue le transfert effectif de pouvoirs décisionnels à de nouvelles entités, quelle que soit du reste leur qualification juridique formelle, ainsi que de l'impact concret de ce transfert sur la dynamique constitutionnelle au Royaume-Uni. De fait, on voit mal, hormis en des circonstances exceptionnelles, comment Westminster pourrait s'autoriser de sa souveraineté parlementaire pour réduire unilatéralement les pouvoirs que peuvent désormais exercer les organes législatifs et exécutifs des collectivités reconnues dans le cadre de la dévolution. Dans cette mesure, souligne Cornes, loin de n'être que des lois ordinaires, les lois rendant opératoire l'idée de dévolution revêtent une dimension constitutionnelle que certains tribunaux ont déjà commencé à reconnaître, parfois explicitement, parfois implicitement, par exemple en refusant d'appliquer

78. R. CORNES, « Cartographers of the New Constitutional Settlement: The United Kingdom's Top Courts and Devolution », chapitre 14, p. 433.

à l'action des organes qu'elles créent la norme de contrôle juridictionnel qui serait celle normalement applicable à des autorités décisionnelles subordonnées exerçant des pouvoirs délégués⁷⁹. Rejoignant en cela les vues qu'exprime Nicolas Levrat ailleurs dans cet ouvrage, Richard Cornes juge qu'une constitution n'a pas à être contenue comme telle dans un document unique portant cette étiquette, vision qui, du reste, mènerait à dire que le Royaume-Uni lui-même n'a pas de constitution... Il estime donc possible une éventuelle confirmation par le Comité judiciaire du Conseil privé de cette position jurisprudentielle émanant pour l'instant de tribunaux inférieurs. À terme, cela conférerait aux lois relatives à la dévolution une portée beaucoup plus considérable que celle envisagée initialement, en consacrant l'idée que cette dévolution a bel et bien opéré un transfert partiel de la souveraineté politique et juridique de Westminster au profit des collectivités reconnues dans ces lois.

En définitive, la thèse centrale de Cornes est que tout processus de « *constitution-making* » ne fait vraiment que commencer lorsque se termine la rédaction du texte constitutionnel originel et que ce sont donc ceux qui seront chargés de donner sens à ce texte originel qui en cristalliseront les grandes orientations. Ainsi, comme il le montre, les différences établies d'entrée de jeu entre dévolution et fédéralisme pourraient s'amenuiser, voire disparaître, en fonction de la compréhension qu'en auront les juges, certes, mais également les acteurs politiques. Car la mise en œuvre d'une constitution relève aussi, et peut-être surtout, des acteurs politiques, puisqu'il s'agit de la vie quotidienne du droit constitutionnel. Une herméneutique constitutionnelle devrait donc idéalement s'attarder autant à leurs interprétations ou appropriations du texte constitutionnel, qu'à celles qu'en font les juges, ce qui pourrait bien, à notre avis, mettre à l'ordre du jour la question du rapport ambigu entre conventions et droit constitutionnel dans la tradition britannique⁸⁰.

Ce rapport entre droit et politique se trouve au cœur de la très riche contribution de Johanne Poirier, du Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles, intitulée « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit ». Cette contribution, qui clôt

79. Les tribunaux britanniques se trouvent en ce sens un peu dans la situation où ils se trouvaient au XIX^e siècle lorsqu'ils durent déterminer si la loi du Parlement britannique ayant constitué le Canada tel qu'il existe aujourd'hui avait créé une fédération où les provinces étaient égales, plutôt que subordonnées, au gouvernement central. Arbitre ultime de ces débats, le Comité judiciaire du Conseil privé rejeta notamment l'argument voulant que les pouvoirs des provinces soient de simples pouvoirs délégués. Aussi opina-t-il en faveur d'une interprétation fédérative de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique dans l'arrêt *Hodge c. R.* (1883), 9 A.C. 117 (C.P. Canada).

80. Pour l'ébauche d'un argument selon lequel une approche herméneutique rend futile la distinction entre droit et convention, on lira F. GÉLINAS, « Les conventions, le droit et la Constitution dans le renvoi sur la "sécession" du Québec : le fantôme du rapatriement », (1997) 57 *R. du B.* 291.

l'ouvrage, s'avère éminemment instructive en ce qu'elle interpelle à la fois le droit constitutionnel comparé classique, la méthodologie du fédéralisme comparé, la sociologie des cultures juridiques et, enfin, la théorie fédéraliste. Comme elle le dit elle-même, elle a fait le choix « d'aborder la problématique de la gouvernance fédérale par le prisme d'un outil : un peu comme on choisit d'analyser le phénomène de l'urbanisation et de l'industrialisation par le biais du développement du moteur à combustion. L'examen d'un élément relativement technique de la gouvernance fédérale permet de réfléchir aux fondements théoriques sur lesquels reposent différentes formes de régimes fédéraux. La méthode est donc une combinaison de recherche empirique et "micro", devant conduire à une analyse théorique et "macro"⁸¹ ». L'« élément technique » en question est l'entente intergouvernementale, « instrument incontournable de la gouvernance dans les régimes fédéraux⁸² », dont elle examine les formes et le statut dans plusieurs fédérations. Ces ententes, note-t-elle, remplissent des fonctions similaires dans toutes les fédérations, qu'il s'agisse de l'articulation des compétences des divers niveaux de gouvernement, de la mise en place de mécanismes d'information, de consultation, de cogestion ou d'arbitrage des litiges, ou même du contournement du partage formel des compétences ou, plus globalement, d'ingénierie constitutionnelle.

En dépit de fonctions semblables, le statut juridique de l'entente intergouvernementale varie d'une fédération à l'autre, quoiqu'une ligne de partage se dessine assez clairement entre les fédérations de tradition « anglo-saxonne » et celles de tradition « continentale », division qui recoupe en partie celle existant entre systèmes de *common law* et de droit civil. Ces ententes tendent en effet à être considérées dans les premières comme étant avant tout de nature politique, alors que les secondes leur reconnaissent en principe un statut juridique – Poirier parle à leur égard d'une présomption de juridicité. Cela dit, dans un cas comme dans l'autre, ces présomptions de non-juridicité ou de juridicité demeurent réfutables. Des critères inspirés du droit des contrats et du droit international conventionnel permettront en effet de distinguer les ententes qui ressortissent au droit de celles qui ressortissent au non-droit. Mais, fait intéressant, la juridicité d'une entente n'influera pas nécessairement sur le respect qu'elle inspirera aux parties qui l'ont signée. Se référant au modèle des contrats relationnels, c'est-à-dire ceux que concluent des parties envisageant leur relation dans le long terme, Poirier explique en effet que « peu importe leur statut exact en droit positif, les ententes ont généralement une *effectivité* équivalente – voire supérieure – aux normes formelles⁸³ ». Quel que soit ce statut, donc, les parties vont, règle générale, les respecter même si elles pourraient juridiquement ne pas le faire, leur conférant dès lors, au minimum, un statut de « *soft law* ». Autre fait intéressant, qui lui aussi conforte l'application

81. J. POIRIER, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », chapitre 15, p. 444.

82. *Ibid.*, p. 472.

83. *Ibid.*, p. 457.

du modèle contractualiste relationnel aux ententes intergouvernementales, les parties à ces ententes feront l'impossible pour régler leurs différends sans passer par la voie judiciaire, même si cette dernière est ouverte.

Quant à savoir dans quels cas la voie judiciaire sera ouverte, la réponse variera une fois de plus selon les fédérations, mais la distinction entre celles de tradition « continentale » et celles de tradition « anglo-saxonne » reste ici pertinente. Selon que, comme dans les premières, on présume la juridicité des ententes intergouvernementales et que, une fois celle-ci confirmée, on donne préséance à la norme négociée sur la capacité de dénonciation unilatérale, ou que, comme dans les secondes, on inverse l'équation, le recours au droit sera facilité ou non. Mais au-delà des conséquences proprement juridiques qui en découlent, la possibilité d'un tel recours a aussi un impact sur le plan politique, qui, à l'analyse, peut s'avérer autant positif que négatif, le droit positif agissant essentiellement comme « instrument potentiel de *realpolitik* dans les relations entre composantes d'un État fédéral⁸⁴ ».

Une question fondamentale demeure : comment expliquer cette division entre fédérations de tradition « continentale » et de tradition « anglo-saxonne » ? Comment donner sens à la primauté accordée à la stabilité dans les premières, par le truchement d'une tendance à la juridicisation, et à la préséance reconnue à la liberté dans les secondes, la liberté en question étant celle de dénoncer unilatéralement de telles ententes en raison d'un cadre juridique moins contraignant ? Évoquant la position belge selon laquelle les ententes négociées doivent primer la loi, Johanne Poirier soulève l'interrogation suivante : « Ce qui semble évident pour cette doctrine belge, ne l'est aucunement pour les juristes canadiens – y compris les juges de la Cour suprême du Canada – qui en viennent à la conclusion opposée. Quels éléments de la “culture juridique” de ces derniers les amènent à chercher à restreindre le rôle du droit – et à subordonner le droit négocié au droit unilatéral – à l'égard des ententes qui remplissent les mêmes fonctions de régulation au sein de la fédération canadienne que dans la fédération belge⁸⁵ » ?

La variable qui, selon elle, est le mieux à même d'éclairer la réflexion sur ces questions est celle de la culture juridique sous-jacente aux régimes fédéraux, laquelle les mène à favoriser telle valeur au détriment de telle autre. Bien que restreignant son analyse à la culture juridique des professionnels du droit, c'est-à-dire ceux qui élaborent, interprètent et appliquent le droit positif, et la définissant dans ce cadre comme renvoyant aux valeurs, opinions et modes de raisonnement de ces derniers, Poirier n'en reconnaît pas moins que toute réflexion centrée sur le concept de culture juridique « compte des écueils méthodologiques indéniables : comment mesurer les mentalités et les

84. *Ibid.*, p. 473.

85. *Ibid.*, p. 464.

“évidences” qui – par définition – ne sont pas explicitées ? Et surtout, comment démontrer un quelconque lien de causalité entre une certaine mentalité et une conception particulière d’un instrument de gouvernance ? [Une telle réflexion] ne peut être qu’inductive et parfois intuitive. Elle repose notamment sur une immersion dans le fonctionnement de divers régimes fédéraux et vise à expliciter des influences implicites⁸⁶ ».

Autrement dit, pour nécessaire qu’elle soit, l’étude du cadre institutionnel d’une fédération reste à elle seule insuffisante puisqu’elle ne permet pas de comprendre les mécanismes d’élaboration et de justification d’évidences que la comparaison dénonce justement comme de fausses évidences ou, pour employer une expression plus philosophique, comme procédant d’un sentiment de fausse nécessité. Car la compréhension que se forment les professionnels du droit de ce cadre institutionnel se trouve invariablement médiatisée par des valeurs ou des préconceptions dont les sources sont multiples : histoire, mémoire, intérêts pensés dans la durée, rapports de pouvoir, attaches identitaires et hiérarchisation de ces attaches, conception de l’État, contraintes juridiques substantielles ou procédurales, etc. Ces sources participent en sous-main à la formation de leur culture juridique et lui confèrent la nature d’une grille de lecture à partir de laquelle un espace discursif est constitué et où certains discours – les évidences – sont d’emblée considérés acceptables alors que d’autres – les hérésies – sont d’entrée de jeu perçus comme indicibles, voire tout simplement impossibles puisque contredisant des évidences. Et c’est ainsi que s’élaborent les croyances en l’incommensurabilité des expressions du fédéralisme et l’impossibilité de la comparaison⁸⁷, aboutissement regrettable où une réduction ontologique rend le juriste aveugle aux potentialités herméneutiques qui s’offrent à lui.

Récusant pareille approche, Johanne Poirier se penche donc sur quatre hypothèses qui, d’après elle, contribuent à expliquer le rapport distinct que les fédérations anglo-saxonnes et continentales entretiennent aux ententes intergouvernementales. Il s’agit, d’abord, du légicentrisme plus prononcé des fédérations continentales, qui fait que « l’explicitation d’une institution dans un texte juridique encourage le glissement vers une reconnaissance du caractère juridique de cette institution⁸⁸ » ; ensuite, de l’influence de la tradition civiliste ou de *common law*, dimension qui, elle aussi, aiguille vers le degré de légicentrisme et, partant, de légalisme qui influera sur l’attribution d’un statut quelconque à une entente intergouvernementale dans une fédération donnée ; encore, de la tradition moniste ou dualiste qui inspire l’appréhension des rapports entre droit interne et droit international, mais qui, également, peut servir plus ou moins consciemment de grille d’analyse à d’autres outils de régulation

86. *Ibid.*, p. 464-465.

87. Voir généralement sur cette question : M. DÉTIENNE, *Comparer l’incomparable*, Paris, Seuil, 2000.

88. J. POIRIER, *loc. cit.*, note 81, p. 466.

purement internes comme le sont les ententes intergouvernementales ; et, enfin, des modèles de référence choisis comme points de départ aux comparaisons entre fédérations⁸⁹. Or, comme Poirier le signale, « pour différentes raisons à la fois d'accessibilité aux sources et de conservatisme méthodologique, les constitutionnalistes de différentes fédérations ont tendance à s'intéresser aux modèles relevant des mêmes deux grandes catégories identifiées : les régimes continentaux s'examinent réciproquement, les régimes anglo-saxons font de même⁹⁰ ». En fait, tout se passe comme si l'on devait nécessairement privilégier la logique du « qui se ressemble s'assemble » à une autre, plus ouverte, selon laquelle « les contraires s'attirent ». Et si privilégier systématiquement l'une au détriment de l'autre était un obstacle épistémologique ? Et si, sous prétexte de rigueur, on masquait parfois une sclérose intellectuelle ? Et si, enfin, la tâche première des comparatistes, y incluant les juristes, était de rompre le cercle vicieux du narcissisme méthodologique et du confort théorique ? Peut-être les contributions que l'on trouve dans cet ouvrage posent-elles certains jalons en ce sens.

CONCLUSION

Le fédéralisme est compliqué, disait Alexis de Tocqueville⁹¹. Il est aussi irritant, pourrait-on renchérir. Par définition porteur de complexité normative, vu le régime de gouvernance à plusieurs niveaux qu'il présuppose, le fédéralisme s'accommode mal de la logique du prisme unique, où tout problème se voit continuellement appréhendé sous l'angle d'une même rationalité. Toute une série de rationalités, parfois complémentaires, parfois concurrentes, sont en effet encodées au sein même de l'idée fédérale. Le fédéralisme est politique, mais il est aussi, inévitablement, juridique. Économique, il est aussi social, car bien qu'engendrant la concurrence, il rend nécessaire la coopération et, partant, exige que soit nourri un certain esprit de solidarité. Générant l'ordre par le truchement d'une répartition relativement stricte de compétences, il tolère un certain flou en reconnaissant l'inévitabilité, voire parfois la nécessité, des chevauchements. Bref, toute personne qui n'aborderait le phénomène fédéral que sous un seul angle risquerait non seulement d'en tronquer l'appréhension empirique, mais aussi d'en occulter la riche texture normative. Ainsi, la défense, par ailleurs légitime, des intérêts des acteurs fédératifs ne saurait se muer en égocentrisme narcissique, pas plus que l'appel à la transcendance des irrédentismes ne devrait conduire à la délégitimation systématique, sous prétexte d'« unité », des appartenances et loyautés « autres ». En ce sens, quiconque examinerait ce genre de question en érigeant une seule rationalité, par exemple

89. On remarquera que le rapport dualiste entretenu par plusieurs pays anglo-saxons avec le droit international est intimement lié, au plan historique, à la doctrine juridique et politique de la souveraineté parlementaire, doctrine à laquelle on a pu directement faire appel pour expliquer la difficulté conceptuelle qu'entraîne la « juridicisation » des ententes intergouvernementales.

90. J. POIRIER, *loc. cit.*, note 81, p. 474.

91. A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1961, p. 253.

l'autonomie ou l'unité, en étalon à l'aune duquel serait jugée la « performance » d'une organisation de type fédéral se livrerait plus à un exercice de rationalisation théorique de préconceptions idéologiques qu'à une authentique réflexion, que l'on souhaiterait minimalement objective, sur un cadre structurel et relationnel se prêtant mal aux absolus. À l'évidence, pareille démarche serait encore plus problématique dans un contexte comparatif.

Que faire alors pour rendre justice à la complexité intrinsèque du phénomène fédéral, pour faire la part des enchevêtrements normatifs qu'elle implique, ainsi que pour comparer les multiples expressions de ce phénomène ? Les auteurs ayant contribué à cet ouvrage nous rappellent qu'il faut d'abord poser le regard sur les structures explicites qui sont mises en place pour encadrer le comportement des acteurs fédératifs, et ce, que ces structures soient de nature constitutionnelle, contractuelle ou autre. Plusieurs d'entre eux insistent ensuite sur l'importance de s'attarder aux dynamiques sous-jacentes qui y sont à l'œuvre, et qui, parfois, révèlent un écart considérable entre l'institutionnel et l'opérationnel. Autrement dit, le sous-texte corrige plus souvent qu'autrement le texte, et l'on ne saurait occulter ce phénomène. Mais comment comprendre ces dynamiques sans raffiner et approfondir plus encore notre lecture du substrat idéologique, historique et culturel en cause ? Il faut pousser l'analyse plus loin et se pencher sur la culture politique, certes, mais aussi sur la culture juridique (avec la part qu'y joue l'imaginaire juridique) qui les nourrit. S'agissant plus particulièrement de cette dernière, est-elle ou non propice à la création ou au maintien d'un véritable esprit fédéral, ou, au contraire, risque-t-elle de mener à terme à une transformation où ni les structures, ni les dynamiques, ni même les rationalités inspirant les acteurs ne pourront plus être qualifiées de fédérales ? Le fédéralisme n'est peut-être pas une fin en soi, mais si des acteurs ont structuré, explicitement ou implicitement, et dans ses dimensions existentielles, leur relation selon une logique fédérale, ne peut-on pas supposer qu'ils valorisaient l'idée d'y demeurer fidèle, ou qu'à tout le moins, ils trouvaient un intérêt à sa perpétuation ? N'existe-t-il pas, en effet, des actions que l'on ne saurait présumer tolérables, et qui ne sauraient être tolérées, en l'absence d'un acquiescement explicite, informé et libre de la part des participants à la relation fédérale, tant ces actions font violence à un noyau dur de principes qui peuvent être raisonnablement jugés fondamentaux du point de vue du fédéralisme ?

D'où l'intérêt de poursuivre la réflexion sur la possibilité d'une éthique du fédéralisme. Se pose alors la question de savoir si, au-delà des mécanismes explicites susceptibles d'inciter les acteurs fédératifs à agir de manière à respecter ces principes fondamentaux, une certaine éthique ne serait pas implicite à toute relation fonctionnant selon une logique fédérale ? Même en tenant compte de la diversité des expressions du phénomène fédéral et en reconnaissant le caractère situé de chacune, les linéaments d'une telle éthique ne seraient-ils pas discernables dans chacune, et ce, au-delà même de leur association possible à une tradition juridique spécifique (*common law versus droit*

civil), à une tradition fédérale particulière (fédérations « continentales » *versus* fédérations « d'origine anglo-saxonne »), ou à un modèle fédéral distinct sous l'angle archétypal (fédéralisme coopératif *versus* fédéralisme concurrentiel ; fédéralisme d'« association » *versus* fédéralisme de « dissociation ») ? Mais, le cas échéant, quel serait le statut d'une telle éthique ? Est-il ainsi loisible de croire qu'elle pourrait emporter des conséquences sur le plan juridique, et non seulement à l'échelle politique ? Autrement dit, certains des principes jugés centraux du point de vue de cette éthique pourraient-ils devenir justiciables⁹² ? Ce genre de réflexion, qui interpelle les frontières traditionnellement établies entre droit et politique en appréhendant le premier comme lieu où sont exprimées des aspirations plutôt que simplement des normes, permettrait peut-être au surplus d'approfondir – devrait-on dire de renouer ? – le dialogue entre juristes, politologues, historiens, philosophes et autres experts des sciences humaines et sociales, dialogue qui paraît plus important encore du point de vue du fédéralisme comparé.

Pour y parvenir, cependant, n'importe-t-il pas d'envisager le fédéralisme comme paradigme politique *et* juridique plutôt que comme simple boîte à outils, comme y ont fait allusion plusieurs collaborateurs de cet ouvrage ? Et pour bien en saisir la dimension éthique, ne convient-il pas de l'appréhender un peu comme Paul Gauguin revoyait la nature ? Pour ce peintre, les ciels pouvaient être jaunes et l'herbe rouge. L'appréhension du phénomène fédéral, que ce soit pour lui-même ou dans le cadre d'une démarche comparative, ne doit-elle pas être à l'avenant ? Plutôt que de la confiner à l'étude des structures explicites, ne doit-on pas également tenter d'en comprendre la dimension implicite ? Vaste programme s'il en est, mais qu'il vaut peut-être la peine d'entreprendre si l'on souhaite vraiment répondre à ces questions existentielles, citées en épigramme, qui nourrissent la réflexion de ceux et celles qui, à travers le monde, évoluent collectivement, mais aussi personnellement, en contexte fédéral : « D'où venons-nous ? Que sommes-nous ? Où allons-nous ? »

92. Pour l'esquisse, en droit, d'une théorie interprétative du fédéralisme dont l'identification des principes a procédé d'une réflexion éthique sur le fédéralisme, voir : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The Canadian Federal Experiment, or Legalism Without Federalism? Toward a Legal Theory of Federalism », dans M. CALVO-GARCIA et W. FELSTINER (dir.), *Federalismo / Federalism*, Madrid, Dyckinson, 2003, p. 79.

Opening New Perspectives on Federalism

Jean-François GAUDREAU-DESBIENS*
Fabien GÉLINAS**

*Where Do We Come From? What Are We?
Where Are We Going?*¹

INTRODUCTION²

The moods of federalism are swinging. Beyond the accurate but trite observation that the past few years have evidenced a resurgence of interest in the practice and study of federalism, it would be impossible to ignore the fact that the multiplicity of its modern forms complicates our understanding. In fact, while they share a number of fundamental characteristics, federal structures are elaborated in particular socio-political contexts and evolve in unique ways. This diversity, which frustrates any inclination to advance an exhaustive and prescriptive account of federalism, creates a situation where the study of the varied expressions of the “federal phenomenon” appears more promising than the traditional understanding of federalism as a mode of state organization.

Federalism knows a number of states. Confronted, in this traditional understanding, with phenomena like the re-emergence on an international scale of identities heretofore contained within established federations, or the elaboration of an increasingly invasive transnational legal order, notably in the area of international trade, its very relevance or, at the least, its capacity to adapt are put to a difficult test. Similarly, federalism is condemned to become more complex as it evolves, to the extent that the state with which it is associated

* Professor at the Faculty of Law, University of Toronto.

** Professor at the Faculty of Law, Director, Institute of Comparative Law, McGill University.

1. From Paul Gauguin’s painting entitled “Where Do We Come From? What Are We? Where Are We Going?”, 1897, Museum of Fine Arts, Boston, Tompkins Collection. See M. PROTHER and C.F. STACKAY, *Gauguin: A Retrospective* (New York: Park Lane, 1989) at 28.
2. For the purposes of this article, we have systematically translated into English the title of the articles published in French in this book. We have adopted the same policy in respect of quotations excerpted from these articles.

is also evolving and becoming more complex. But does it remain advisable to link, inextricably, state and federalism? Are federal dynamics not also evidenced within organizations or entities which do not display, *stricto sensu*, the characteristics of a state? Can we, in other words, conceptually separate the Siamese twins, federalism and state, despite the traditional doctrinal belief that held them to be inseparable? This very question suggests the necessity of rethinking the federal phenomenon in a theoretical framework larger than that of an essentially institutional reflection upon the organization of states. Federalism certainly remains an important mode of state organization—one that is canvassed more and more frequently—but it may also be envisioned from the perspective of the legal culture that it underlies, the minimal level of civility that it presupposes, or the aspirations that it promotes, whether or not they are formally juridified. These are questions the study of which leads to pluralizing a theoretical model which, to date, has served as the principal framework for most legal inquiries in this area.

It is not happenstance that we put the emphasis on *legal* research into federalism. It is, in fact, difficult not to notice the extent to which jurists have seemed disinterested, in the past decades, in the *theory* of federalism. With very few exceptions, the majority amongst them have directed their efforts towards the strictly technical dimensions of the legal relationships that a federal regime implies, or towards the questions of methodology that the comparative study of federalisms gives rise to. The use of the expression “federal phenomenon” as opposed to “federalism” in the mission statement given to the contributors to this book was aimed at encouraging academics, and notably the jurists among them, to imagine this phenomenon from an angle which extends beyond the technical realm. One of the objectives of this book was, in that sense, to contribute to the laying bare of ideas of federalism in order to pave the way for a possible retheorization of the concept and further to recast juridical thinking in a dialogical relationship with political, economic, and philosophical thought in this area of research. This explains why the majority of the authors contributing to this book are jurists. However, this does not prevent interdisciplinarity and, in certain cases, transdisciplinarity from playing a seminal role in it. That said, whatever their disciplinary approach, all were invited, as the title of this book suggests, to grasp federalism in all of its states and moods.

I. Phenomenology of Federalism and Methodology of Comparative Federalism

They first did it by raising the question of perspective. How to approach the federal phenomenon? From which angle should it be scrutinized? How to bring together the diverse expressions of this phenomenon? The premise of this type of inquiry, which is the object of the first part of the book entitled “Phenomenology of Federalism and Methodology of Comparative Federal-

ism,” is the recognition of the lack of a truly prescriptive model of federalism, a fact which, though empirically incontestable, is nonetheless often contradicted where particular expressions of federalism are equated with federalism as a whole. In other words, the federal phenomenon is generally reduced, in political discourse, to only one of its incarnations. The national prism through which observers often apprehend the phenomenon can have the effect of radically distorting their perceptions and, as such, acts as an epistemological obstacle.³

In other respects, pathologies of this nature may infect the act of comparison itself. This is why it is of the utmost importance, before proceeding to a phenomenology of federalism, or a comparative analysis of the expressions and a retheorization of this phenomenon, to reflect on the various pitfalls which threaten such intellectual enterprises. It falls to Bruno Théret of the Centre National de la Recherche Scientifique in Paris and to Vicki Jackson of the Faculty of Law at Georgetown University to meet this challenge.

In his contribution entitled “From the Federal Principle to a Typology of Federations: Some Proposals,” Théret addresses himself to what we might call an “epistemology of comparison.” Adopting as a postulate the necessity of “constructing the comparable,” Théret suggests that “from this perspective, there is no such thing as a comparison that is not constructed and referred to a theoretical problem, which in turn must be posited in structural terms and in terms of configurations between elements. Applied to the federal phenomenon, this approach thus implies the need for a theoretical recasting of federalism.”⁴ This imposes on comparative scholars the duty to avoid the intellectual impasses which consist of the reduction of the federal phenomenon to one of its particular expressions, a reduction that prevents its much-needed retheorization, and the cultural relativism which leads to denying any possibility “of comparing the allegedly incomparable local experiences of implementation of the federal principle.”⁵ He ironically notes that the comparative approach which allows for the avoidance of these pitfalls “[itself] requires a reconciliation between the abstract unity of the federal principle and the concrete diversity of the federal phenomenon.”⁶ According to Théret, both this principle and this phenomenon must be conceived as much in light of the relationships existing between the collective entities composing each federation, which are generally embodied in orders of government, as in view of those linking these collective entities and the individuals evolving within them. From this perspec-

3. The concept of “epistemological obstacle” was developed by philosopher Gaston Bachelard who used it to isolate the causes, often internal as a result of their discursive origin, of intellectual stagnation. See G. BACHELARD, *La formation de l’esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 12th ed. (Paris: Vrin, 1983).

4. B. THÉRET, “Du principe fédéral à une typologie des fédérations : quelques propositions” in chapter 1, at 106.

5. *Ibid.* at 108.

6. *Ibid.* at 110.

tive, objectivist theories concealing ideological preconceptions, which operate to obscure these two levels of relationships, may, in the end, preclude a complex understanding of both the federal principle and the federal phenomenon.

Having made these important methodological remarks, Théret proposes, on the basis of a process that is both inductive and deductive, a provisional typology designed to place in order the diverse expressions of the federal phenomenon. This typology is articulated around two broad criteria. The first is of a politico-legal nature and purports to distinguish the types of constitutional relationships—intra- or inter-state—prevalent between federal and federated governmental orders; the other is concerned with the monetary and fiscal regulatory regime that is in place within each federation. Théret also leaves the door open to the potential use of a criterion based on the associative or devolutionary character of the original federal agreement.

Théret is an economist. In the spirit of a certain ideal-typical method in social sciences, his approach to comparative federalism has no prescriptive aim.⁷ Furthermore, though he incidentally addresses the question of *why* we should compare, his primary focus is on *how* to compare.

Vicki Jackson, for her part, inverts the equation in her article “Comparative Constitutional Federalism: Its Strengths and Limits.” Situating the issue of comparative federalism in the larger framework of comparative constitutionalism, she points out that while a phenomenon of growing transnationalization can be observed in judicial constitutional discourse, federalism appears to have escaped this tendency. She raises, however, the legion of advantages that can be drawn from an intellectually rigorous comparison of diverse systems of law, be it a more nuanced understanding of certain fundamental concepts (for example, equality or dignity), a new perspective on certain local constitutional particularities presented as “givens,” a re-examination of the theory of the sources of constitutional law, or a deepening of the analysis of the influence of institutional structures and their configuration on the achievement of social objectives.⁸ Also, how is one to explain that, despite a resurgence of interest in federalism on a global scale, the courts of federal or quasi-federal countries remain reluctant to rely on relevant precedents from other jurisdictions where they concern federalism, while displaying little hesitation where these precedents are related to human rights? Is federalism conceivable only through its local expressions, and is reflection on federalism ineluctably condemned to relativism? Without

7. We refer here to an *ideal type* of social science because, as Théret himself acknowledges, many researchers claiming to be part of the corpus of social sciences have used the language of scientific objectivity to mask ideological choices which, inevitably, coloured their understanding of the nature of federalism, of its relationship to other constitutional regimes, of its functions, and even of its relevance.

8. V. JACKSON, “Comparative Constitutional Federalism: Its Strengths and Limits” in chapter 2, at 138.

going as far as defending that thesis, Jackson thinks that, in fact, the comparison of federalisms does present difficulties which are not raised by, for example, the comparison of human rights. At this stage of her institutional analysis, the *how* of the comparison reunites with the *why*. As regards the comparison of federalisms, a polysemous concept if there ever was one, she observes that the particular problems created by this type of comparison are, first of all, the result of the fact that federal structures generally arise following a series of eminently circumstantial political compromises and that, consequently, the express constitutional provisions that flow from such compromises are less likely to be founded on firm and clearly articulated principles. They further result from the fact that federal structures make themselves out to be integral parts of a larger network of interdependent constitutional norms and institutions, such that comparing specific provisions makes no sense if they are not situated within the context of the system from which they emanate. Considering the contextual and structural variables that are to a certain extent encoded in each particular expression of federalism, Jackson, without openly declaring herself a supporter of the theory of the incommensurability of federalisms, opines that the principal virtue of comparative federalism may be linked more to its potential for aiding the interpreter to question his own federal system than its capacity to point precisely to what might be the “right answer” in a given case. She concludes that it is probably in nourishing reflection on questions relating to the configuration of federations that comparative federalism could prove most useful, seeming to join American Supreme Court Justice Antonin Scalia who, in an already famous passage from a 1997 judgment, attributed to comparative analysis a role only in the drafting of constitutions and not in their interpretation.⁹ A significant difference remains, though, between Jackson’s and Scalia’s positions: while the former introduces this distinction as a result of preoccupations linked to methodological rigour, it is first and foremost ideological considerations that seem to inspire the latter.

Having identified the principal methodological and epistemological problems raised by the comparative study of the diverse expressions of the federal phenomenon, several broad themes concerning this phenomenon could have been the object of developments. Amongst them, two have caught our attention. The first concerns the relationships between federalism, governance, and identity-based complexity. This theme will be addressed in the second part of the book. The other theme relates to arbitrations realized or realizable between certain values that could be characterized as “inherent” to federalism and others proceeding from imperatives that, without being foreign to federalism, can hardly be deemed inherent to it. These will be dealt with in the third and last part of the book.

9. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 at 921, footnote 11 (1997).

II. Governance and the Complexity of Identity

It is commonplace (and perhaps therefore at least partially true) to say that federalism allows for the reconciliation of unity with diversity within a single society. This would explain that, thanks to the identity-based claims hitting many states, federalism is increasingly perceived as an acceptable compromise which allows for the reconciliation of these two apparently contradictory ideals in a manner that is both efficient and capable of evolution.

However, to confine oneself to affirming that one of the functions of federalism is to facilitate the expression of diversity while maintaining a society's cohesion or unity is equivalent to proclaiming oneself to be in favour of virtue. But although everyone tends to agree in principle that being virtuous is a rather good thing in itself, such an agreement can only be reached if the concept of virtue is not too precisely defined. The investigation must therefore be pushed further, notably in identifying the contemporary vehicles of diversity which are most likely to inform our reflection on federalism. We can safely hazard a guess and identify two main vehicles: the presence of national communities long established on a particular territory and the growing impact of the phenomenon of population migrations on the (re)configuration of political communities and, by extension, of states.

Concerning the first vehicle of diversity, we might ask ourselves to what extent a state and, *a fortiori*, a federation, can accommodate the existence, in its midst, of multiple minority identities or "small nations," to paraphrase Alain Finkielkraut.¹⁰ A more difficult question is how can such an accommodation be achieved without eclipsing the complexity and relative fluidity of these identities, on the one hand, and without inducing an outright negation of the "trans-identity" dynamics that federalism is supposed to encourage, on the other?

On the subject of the second vehicle of diversity, that of population migrations, we might ask ourselves whether federalism offers a satisfactory vocabulary or toolbox for addressing this phenomenon which is growing in importance. Concretely, how can federal states, existing or under construction, manage the problem of pluri- and of supra-nationality, as well as that of citizenship? This raises the question of the management of the increasingly vocal centrifugal logics that currently affect several federations. Further, the preceding questions bring to light the central role that federalism can play in preventing

10. Finkielkraut emphasizes that "it is not the size or area that characterizes the small nation, it is its destiny." See A. FINKIELKRAUT, "Qu'est-ce qu'une petite nation ?" in M. SEYMOUR, ed., *Nationalité, citoyenneté et solidarité* (Montréal: Liber, 1999) at 435-438. Equally enlightening is A. FINKIELKRAUT (with Antoine Robitaille), *L'ingratitude. Conversation sur notre temps* (Montréal: Québec-Amérique, 1999).

and resolving interethnic or intercommunity tensions, whether they date back to yesterday or to time immemorial, and which are likely to pose serious problems for internal and international security.

Thomas Fleiner, of the Institute of Federalism at the University of Fribourg, approaches these problems head-on by examining the rationales that inspire state responses to this “dilemma of diversity” which is also that of “difference.”¹¹ In his contribution entitled “The Challenge of Ethnic Diversity to Federalism,” Fleiner notes from the outset that the demographic evolution of a growing number of states renders inevitable a redefinition of the reflection on governance, away from questions relating to the functioning of governments and towards issues pertaining to the legitimacy of those who govern. In other words, the most urgent question is not so much how to govern but rather how to determine who governs whom. We have thus moved from functional to existential considerations.

Having studied the factors at the heart of modern constitutional ideology¹² which might prevent political actors from drawing the conclusions, juridical or otherwise, flowing from the multicultural reality present within many states, Fleiner then examines the strategies deployed by states in response to such reality. These strategies are generally situated on a continuum ranging from the official denial of the existence of sub-state communities to the formal promotion by a state of a dominant culture. But whatever response a state may give to the dilemma of diversity, the presence within a given society of vehicles of ethnic diversity increases the probability that conflicts, either open or latent, will arise. In this sense, Fleiner supposes that the healthy management of interethnic relations must, now more than ever, be accomplished through the identification of the deeper causes—be they historical, political, sociological, or economic—that feed what another author has called the “ideologies of resentment.”¹³ In this respect, it would be a mistake to imagine that the contemporary dynamics of economic globalization and the corollary shrinkage of the space available for the expression of state sovereignty, could themselves achieve the elimination of the interethnic frictions which may result in potential conflicts. Furthermore, these dynamics of globalization are neither purely economic, nor are they unequivocal. They express themselves, firstly, through

11. On this question, see M. MINOW, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law* (Ithaca and London: Cornell University Press, 1990).

12. This is, for example, the case of formalist and strictly individualist conceptions of equality or of homogenizing “constitutional images” of the “nation” be it defined on an ethnic or civic basis. On the notion of constitutional image, see W.E. CONKLIN, *Images of a Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 1988). On the issue of the intellectual foundations of modern constitutionalism as obstacles to a satisfactory understanding of the causes of diversity, see also J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995).

13. See M. ANGENOT, *Les idéologies du ressentiment* (Montreal: XYZ éditeur, 1996).

the impact of transnational imperatives on decisions made at the local level, and, secondly, in instances where local particularities become globalized.¹⁴ As a result, Fleiner argues as follows:

As the global market expands, the need for local justice will increase accordingly. Thus, local conflicts will not fade away. Rather, they will become more open, violent, and explosive. The cost-benefit driven *Homo oeconomicus* will seek to benefit in the global market, while the *Homo politicus* will require local compensation for injustice caused by the global market. Consequently, the future challenges of multiculturalism will increase rather than diminish.¹⁵

In such a context, intervention strategies varying from mere tolerance to reconciliation, as well as the recognition of collective rights or the constitutional promotion of diversity, could be envisioned. Federalism could prove in that regard a useful tool in the management of diversity. However, such an enterprise can only succeed if all the relevant actors cooperate. These actors are not only the state, but also constitutionally-recognized substate communities, whether the constitution is federal or not, civil society in its largest sense and, finally, the international community. From this perspective, (re)configuring a given federal regime cannot be envisioned solely as the business of a local political elite impervious to what is going on above and beyond the “sovereign” state that it governs.

Following Fleiner’s example, if one can reasonably hypothesize that federalism constitutes a particularly useful tool for apprehending the complexity and fluidity of identities in post-modern societies, it remains no less the case that such an apprehension requires a preliminary overture to the “Other” as well as a minimum of flexibility at the institutional level.

At this stage, the question of the receptiveness of the diverse incarnations of federalism to a relative level of asymmetry must be asked, which raises the larger problem of the meaning ascribed to the notion of “equality” in a federal context, whether it speaks to equality between individuals or between groups. Does equality, in a federation, imply a relationship of identity (where $a = b$) or of equivalence (where $a \approx b$)? These questions, which, at first glance, concern political philosophy and political sociology, have concrete juridical repercussions, and are the object of an important contribution by Francis Delpérée and Marc Verdussen, of the Catholic University of Louvain, entitled “Equality as a measure of federalism.”

14. The sociologist and jurist Boaventura de Sousa Santos named these two sub-dynamics respectively “localized globalism” and “globalized localism.” See B. de SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition* (London: Routledge, 1995) at 263.

15. T. FLEINER, “The Challenge of Ethnic Diversity to Federalism” in chapter 3, at 180.

Reflecting on the meaning to be given to the concept of “sovereignty” in a federal context,¹⁶ Delpérée and Verdussen consider the hypothesis that equality could serve as a measure of the state of relations between political communities instituted within a federation. Their contribution is concerned more specifically with the notion of equality viewed from the perspective of public law. In this respect, the authors first distinguish between functional equality and institutional equality. Functional equality, which refers to the concept of sovereignty shared between the federal level, on the one hand, and the federated entities, on the other, is primarily measured against the capacity of each level of government to exercise, concretely and without undue obstacles, the jurisdictions attributed to it by the constitution. The functional dimension of federal equality is thus clearly linked to concepts of jurisdictional exclusivity and integrity, as well as to that of the autonomy of federated entities. Furthermore, according to Delpérée and Verdussen, the very viability of a federal state is intrinsically related to the respect of this imperative of functional equality. This imperative presupposes a principle proscribing the subordination of one legal order, usually the federated one, to the other, usually that represented by the federal government. This subordination may operate directly, that is to say by norms immediately applicable to the subordinated order, or indirectly, for example by way of “consented” norms, but in a context where the “consenting” order finds itself *de facto* subordinated. Certainly, functional equality represents an ideal as opposed to an absolute, implying therefore a relationship of equivalence rather than one founded on a formal identity of powers. As such, it allows for derogations, like those which ensure the primacy of the federal order in predetermined circumstances. However, what is essential, according to the authors, is that such rules “respond to objectively and reasonably justifiable imperatives and [...] conserve their exceptional character.”¹⁷ They are thus to be narrowly construed, functional equality being, for the remainder, established as a value which inspires or should inspire the federal state as a whole. It constitutes a most interesting path for reflection in the theorizing of the federal principle from a legal perspective.

But federal equality is not limited to its functional dimension, because it can also be understood in an institutional sense, which permits to a certain extent the expression of differentiated sovereignties. That is to say that the concept of institutional equality should not be construed so as to impose an obligation to treat all federated entities uniformly. Subject to the principles flowing from the categorical imperative of functional equality between federal actors, nothing prevents a federal system from tolerating, recognizing or even encouraging the expression, in diverse ways, of institutional differences between

16. For a re-conceptualization of sovereignty from the perspective of federalism, see O. BEAUD, “Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération”, (1998) 1 *Revue du droit public* 83.

17. F. DELPÉRÉE and M. VERDUSSEN, “L’égalité, mesure du fédéralisme” in chapter 4, at 199.

federated entities.¹⁸ This raises the prickly question of asymmetrical federalism. Delpérée and Verdussen remind us that if federalism aims at uniting communities, it must also preserve diversity within the union. This objective can be achieved in different ways, asymmetry being either imposed or chosen, either general or limited, depending on the circumstances of each federation. One thing is certain, however: institutional asymmetry does not, in itself, pose a problem from the standpoint of federalism. It can, on the contrary, sustain certain fundamental values which underlie federal forms of organization. In this sense, the concept of institutional equality should never be systematically associated with the idea of a uniform treatment, but rather should be viewed as demanding equivalent treatment, in order to account for the needs, the interests and the particular situation of each federated entity.¹⁹ On the other hand, if a certain degree of institutional asymmetry is acceptable, even desirable, in a federal context, some forms of asymmetry, if pushed too far, may contradict the very idea of federalism, which also requires that unity be maintained. As Delpérée and Verdussen emphasize, asymmetry may pose problems relating to “the preservation of the general equilibrium of the federal state. If the constitution abstains from formulating principles, even elementary ones, which purport to organize the communities, the result is the creation of a mosaic state. Common organizing principles disappear. Distinct rules may end up opposing, if not openly contradicting, each other.”²⁰ This will occur, they add, to the point of threatening the very idea of federal citizenship.²¹

The fact is that political actors and citizens alike sometimes value asymmetry for itself and at other times take symmetry as having some form of intrinsic value. But this reveals a confusion between the means and the ends. Indeed, we believe that these options are only worthwhile to the extent that they serve to achieve some other purpose underlying the federal principle. On the whole, institutional symmetry or asymmetry can be usefully grasped in a federal regime only if one bears in mind the objective of maintaining the balance of powers between federal actors. In the end, Delpérée and Verdussen are probably correct in suggesting that it is a “measured” equality that is required in a federal context, that is to say, an equality “full and plenary, where the goal is to distribute to each level of government its share of sovereignty, less complete, where the objective is to create the institutional apparatuses responsible for exercising the autonomous jurisdictions.”²²

18. *Ibid.* at 196.

19. On the idea of equality viewed as equivalence, see A. BURELLE, *Le mal canadien. Essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie* (Montréal: Fides, 1995).

20. DELPÉRÉE and VERDUSSEN, *supra*, note 17 at 207.

21. On the organizational modes of citizenship in federal states, see P. SCHUCK, “Citizenship in Federal Systems”, (2000) 48 Am. J. Comp. L. 195.

22. DELPÉRÉE and VERDUSSEN, *supra*, note 17 at 208.

A conception of federal equality as complex and demanding as that advocated by Delpérée and Verdussen may not always be practicable in the daily run of federalism. Such a conception, which nonetheless renders conceivable solutions reconciling a solid philosophical justification and a pragmatic understanding of the empirical reality of federations, threatens to remain a dead letter if federal actors, elevating their particular truths to the rank of general truths, adopt a rigid position and refuse any form of compromise that might open, explicitly or implicitly, the federation to the equally legitimate rationales of their partners. If economic, political or even juridical considerations can sometimes explain such rigidity, other causes—less immediately tangible, and no doubt much deeper—nourish the dynamics of incomprehension, indifference or conflict encountered in the life of federations.

According to Daniel Weinstock, of the Department of Philosophy at the Université de Montréal, one of these causes can be found within the mythical structure that informs the conception of the federation that each federal actor adopts. In his contribution entitled “The Moral Psychology of Federalism,” Weinstock considers the nature and the modes of creation of these foundational myths within political communities and, more specifically, within federations. Weinstock distinguishes nostalgic myths, which often inform nationalist discourses inciting a community to define itself in reference to an essentialized image of its past, from those which, as bearers of universal or universalized aspirations, give citizens the impression of being, first and foremost, autonomous individuals liberated from the constraints of inherited memberships. He suggests that these two types of myths can be equally problematic in a federal context, notably in that both lead, in the end, to reductionist and simplistic definitions of identity.²³ For instance, nostalgic myths may encourage citizens to conceive of their membership solely on the basis of an antiquated and idealized image of their primary community. This may prevent them from adhering to the ideal of a meaningful federal citizenship, as opposed to one that is merely cosmetic, if the imaginary boundaries of their community cannot be aligned with the territorial boundaries of a federated entity. For their part, aspirational myths which exhort citizens to transcend their primary allegiances in order to create a new and broader political community may lead to wilful blindness, and even contempt, for those holding contradictory views—which are not necessarily devoid of legitimacy simply because they have a nostalgic dimension—and who express reservations about a project that, according to them, unduly tend to level the diversity and asymmetry of allegiances. Weinstock establishes in this regard an interesting correlation between the type

23. The threat of identity reductionism almost inevitably accompanies any relationship where the overflow of memory of one collectivity responds to absence of memory of another. See generally P. RICŒUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli* (Paris: Seuil, 2000) at 96-97. On this dialectic in the Canadian federal context, see more specifically J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, “Memories”, (2003) 19 Supreme Court L.R. (2d) 219.

of foundational myth to which a community adheres and the perception that this community has of the *essence* of the federation: does the federation result from a process of aggregation where pre-existing communities unite to form a new entity or, on the contrary, is the federation the outcome of a process of disaggregation where a community engaged in a process of administrative deconcentration/decentralization realizes that federating entities more or less created for the occasion offers better guarantees for effective governance?

Supporting his thesis with an analysis of the archetypal Canada-Quebec debate, Weinstock concludes that the solution to the problems flowing from seemingly incommensurable foundational myths in a federal context implies, on one hand, the rejection of the nationalist categorical imperative of a unifying myth as well as, on the other hand, the reformulation of competing myths on the basis of a criterion akin to Pareto's optimality.²⁴ Weinstock explains this criterion as follows: "What is probably required is that the foundational myths of the constituent parts of the federation not be mutually exclusive, that is, that they not incorporate the federation partners in terms that these partners reject."²⁵ The author thus admits that potentially divergent myths may legitimately coexist in a federation. He even argues, against nationalist views, that a federation can do without a universal foundational myth that is recognized as such by all federal actors. According to him, even if the federal experiment is not entirely satisfying from an identity-based perspective, these actors will pragmatically assess the costs and benefits linked to their participation in the federation, and, in the case of a federation that functions reasonably well, they will likely find that the benefits outweigh the inconveniences.

At once constitutive of meanings and laden with meanings, myth is without a doubt necessary²⁶. But it can also become pathological. Perhaps this is true of other ideas which appear obvious and almost unchallengeable as a result of their internalization by social actors, and which, in the long run, may inhibit efforts to think outside the box. Could the territorial paradigm, so intimately linked to the modern conception of constitutionalism, be one of the ideas that blind us to the existence of other models, which sometimes have very ancient origins? After reading Antoine Messara, of the Lebanese University and of Saint Joseph University in Beirut, we might be led to believe so. Indeed, in his

24. In essence, the Pareto criterion, which seeks to describe situations of efficiency, refers to a state where the situation of one party cannot be improved without the deterioration of another party's situation. See V. PARETO, *Manuel d'économie politique*, 4th ed. (Geneva: Librairie Droz, 1966). For an application of this criterion in the context of a reflection on distributive justice in a federal regime, see W. OSSIPOW, "Architecture fédéraliste et exigence de justice", (1998) 19 *Revue internationale de philosophie politique* 113 at 117.

25. D. WEINSTOCK, "The Moral Psychology of Federalism", in chapter 5, at 224.

26. See G. BOUCHARD, *Raison et contradiction. Le mythe au secours de la pensée* (Québec: Nota bene, 2003) at 12.

contribution entitled “Principle of Territoriality and Principle of Personality in Comparative Federalism,” Messara reminds us of the limits of territorial federalism in cases where “the minorities whose autonomy we want to regulate are not geographically concentrated.”²⁷ To ignore these limits and reconfigure territories while neglecting to account for considerations pertaining to identity may in fact exacerbate interethnic tensions, as the recent history of so many countries reconfigured solely on the basis of territoriality has unfortunately demonstrated. However, as Messara notes, scholars of federalism who do not associate in one way or another this mode of government with a territorial logic are rare in the Western world, a situation that can be explained by their more or less conscious adherence to the ideology of the nation-state. Messara thus pleads in favour of a reconsideration of this equation which, according to him, is founded on shaky premises. He does so by establishing the genealogy of the principle of personality as it materialized across history in several consociations such as the Byzantine Empire, the Al-Andalus (contemporary Andalusia),²⁸ or the Ottoman Empire, where the interactions between non-territorialized “autonomous cultural units” followed a federalist logic. He then analyses the partially “personalist” logics which inform the constitutional structures of different contemporary jurisdictions such as Lebanon and, to a certain extent, Belgium.²⁹ He considers in that context whether personal federalism and Islam are compatible, a crucial question if there ever was one in the present political dynamics of the Middle East. Messara further argues that many of the conflicts in that region, be they open or latent, can be attributed in part to the imposition of the principle of territoriality where, historically, the principle of personality dominated. Finally, he compares the respective advantages of territorial federalism and personal federalism. According to him, the territorial concentration of federated entities that the first model implies simplifies the delegation of governmental or administrative responsibilities. Moreover, it reduces the interethnic frictions that increase the likelihood of conflict, and, if necessary, facilitates territorial partition. Last, it reduces the risk of an undue compartmentalization of individual identities.³⁰ For its part, personal federalism is more cost-effective as a result of the likely reduction of the number of local decision-makers. It also facilitates the development of community-based organizations in the federated cultural units by reinforcing their

27. A. MESSARA, “Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé”, in chapter 6, at 228.

28. See, for example, the status of Jews in the Caliphate of Cordoba: J. PELAEZ DES ROSAL, ed., *Les Juifs à Cordoue: X^e-XII^e siècles* (Cordoba: Ediciones El Almendro, 1985).

29. On the elements of this personalist logic in the contemporary Indian, American, and Israeli contexts, read G.J. JACOBSON, *The Wheel of Law: India's Secularism in Comparative Constitutional Context* (Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2003).

30. In fact, personal federalism threatens to reduce the identity of an individual to a single characteristic on the basis of which a legal status is automatically assigned. This reduction thus appears problematic, especially if it leads to a systematic ethnicization of federalism. On ethnic federalism, see A.G. SELASSIE, “Ethnic Federalism: Its Promise and Pitfalls for Africa”, (2003) 28 *Yale J. Int'l L.* 51.

internal cohesion. It finally confines to the most conflictual situations the problems resulting from the formalized choice that each person makes to belong to a given cultural unit, because the community segmentation so operated is not entirely determinative of the status of that person.³¹

Messara is not uncritical about personal federalism. On the contrary, he concludes that, just like its territorial counterpart, this model is perfectible, and that it would benefit from becoming more egalitarian and more open. But his contribution is more than a mere comparison of these two models of federalism. It also has a methodological sub-text, to which it is worth drawing attention. Messara indeed signals a perverse consequence of the hegemony of the nation-state ideology:

It consists of obscuring the dysfunctions of modern federal systems and, indirectly, of considering Switzerland as a special case, Belgium as a complex case, the ethnic groups of Nigeria as tribes, the Sikhs from India as zealots, Sri Lanka as an underdeveloped country, Sudan as a theocracy, Northern Ireland as a hopeless case... But today the problem is that these so-called special cases are widespread and that it is rather the model of the nation-state that is special, even if it still exerts a normative influence on constitutional scholars. An approach that confines itself to describing optimal situations cannot lead to in-depth diagnoses. It does not advance comparative research, nor does it offer solutions to the countries that need them. Constitutional dialogue is a dialogue of the deaf if the *nation-building* ideology that frames the debate is not questioned.³²

Thus, Messara challenges the creation of negative stereotypes of the “Other” and their comparison, once created, to competing stereotypes of “modern” federal structures that are viewed favourably merely because they follow the territorial model. Reinforced as it is by the *nation-building* ideology’s obstinate refusal to draw formal constitutional consequences from the existence of sub-state intermediate bodies, such a process can only resolve itself at the expense of this “Other,” whose image seems so distant from what is acceptable or reasonable, according to the dominant norm, hence Messara’s call in favour of an enlargement of the concept of federalism.

That Messara wishes for an enlargement of that concept is not surprising given his interest in the idea of personal federalism, which, in a sense, implies such an enlargement because it responds to a very different logic than that which informs the classical understanding of federalism in the Western constitutional tradition. In contrast to the territorial model where a given legal regime is imposed on individuals by virtue of their mere presence in the territory of the

31. MESSARA, *supra*, note 27, at 232.

32. *Ibid.* at 241.

regulatory entity, personal federalism implies a possibility for individuals to choose the constitutionally recognized community to which they wish to belong.³³

The voluntarism which underlies personal federalism draws our attention to the more or less explicit contractual logic that characterizes this model of adhesion of the individual to a personal juridical status made available by the constitution. Thus, if juridical modernity has been associated, at least since the work of Sumner-Maine, with a passage from status to contract, the logic which inspires personal federalism makes the picture more complex by recognizing the possibility of an intermediary stage, that of a contract-based status, one that is wilfully chosen rather than imposed or entirely determined by cultural heritage.

The contractual dimension of personal federalism is even more apparent in Messara's description of the consequences that he attributes to the recognition of the principle of personality. This principle "implies, like co-ownership, a clear psychological perception of the boundaries of the system and the willingness to respect these boundaries pursuant to the basic principle of any consensual model: 'Good fences make good neighbours.'"³⁴ Without a doubt, this evokes the principle of the relative effect of contracts, an observation to which we would be tempted to add, maliciously perhaps, that the increase in the worldwide demand for the protection of collective cultural rights creates a situation where, more than ever, "no one is bound to remain in indivision," and where, in response to this type of claim, a wide variety of arrangements is possible as long as we do not treat, through a sense of false necessity, the respect of certain federal *forms* as a categorical imperative, especially if these forms, unlike others, cannot be described as necessarily proceeding from the idea of federalism itself.

Inherent to any analysis of the interaction between federalism and the principle of personality, the recognition, rather than the negation, of the contractual potentialities that the concept of federalism underlies, at least virtually, could effectively lead to an enlargement of this concept, as Messara wishes. One question remains, though: in what direction should this enlargement be pursued? For if, as Fleiner and Messara demonstrate, cultural and ethnic pluralism create constant challenges for federalism, it does not follow that any particular kind of *legal* pluralism should result. Indeed, a given ethnic group may very well seek to affirm its existence or difference within the normative framework provided by the state without attempting to remove itself from that framework. Such a group could also try to convince the state to grant it a larger margin of normative autonomy by consenting to certain jurisdictional accom-

33. *Ibid.* at 228-231.

34. *Ibid.* at 232.

modations on questions perceived as essential to its survival or its flourishing, a process which could eventually lead to the establishment of an asymmetrical form of federalism, such as that envisioned earlier by Delpérée and Verdussen. But even then, would this really be legal pluralism, strictly speaking? Actually, if it is, this form of legal pluralism would not be radically different from that which any federal regime comprising at least two levels of government necessarily implies. So, at best, we could only speak of a weak form of legal pluralism.

Inquiries of this nature bring to light a variable that cannot be ignored in the context of a reflection on federalism. This variable lies in the relative decline of the nation-state and of the corollary concept of sovereignty.³⁵ From this double decline flows a complexification of the processes of elaboration, interpretation and application of norms as well as a multiplication of the number of norm-producing entities. This question points our inquiry towards the hypothesis of a “de-statization” of the reflection on federalism, which would precisely be an attempt at taking into account the decline of the normative monopoly enjoyed by the state since the advent of modernity and the emergence (or re-emergence) of private actors capable of enacting legal norms on matters that, until recently, could only be grasped from the standpoint of public law. So, can we imagine a reflection on federalism that would take stock of the reality of legal pluralism, and consider the state as one potential federative actor among others? For example, would it be possible to envision a retheorization of federalism on the basis of a study of the partnerships formed between public administrations and private entities with respect to the provision of “public” services? Such a question could never be answered without consciously weaving the theory of federalism and legal theory together, and without looking to deepen our understanding of the nature of federalism in the future. Thus, bearing in mind the growth in the number of potential norm-producing entities, it becomes more important than ever to ask ourselves the following question: Who are we federating and how?

It is here that Roderick A. Macdonald, of the Faculty of Law of McGill University, enters the scene with his “Kaleidoscopic Federalism.” His contribution perhaps constitutes the most ambitious and scathing of the book. It brings into question just about all of the boundaries that have been imposed upon the reflection on federalism in the past 150 years or so, both in law and in political science. In effect, Macdonald first and foremost holds out federalism as a metaphor which allows us to understand how citizens structure, in all fields of human activity, their relationships with each other, how they realize their aspirations, and how they conceive and configure their multiple identities.

35. Note that the recent emergence of new federal states as well as the processes of federalization that are currently at work in certain countries and regions prompts questions as to whether, at the end of the day, the concept of “sovereignty” itself, in its traditional Westphalian understanding, still allows for the adequate apprehension of the structures and dynamics of governance that prevail in contemporary federations.

Before arriving at this conclusion, Macdonald systematically deconstructs a series of received ideas on federalism that are perceived as “givens” rather than as “constructs.” He first challenges the motives which are generally put forward as inspiring federalism in the traditional literature. Questioning the influence of these classic ideal-types that are aggregative federalism and disaggregative federalism, Macdonald suggests that, in essence, all federalism results from and bears within itself the two tendencies. It is as if both Eros and Thanatos influenced federative dynamics, with the result that all federalism generates its life instinct and its death instinct. From this perspective, secessionist projects merely represent attempts at re-federating on the basis of a new agreement, if the partners are the same, or, if they are different, at reconnecting ancient ties woven into the context of what Macdonald calls “implicit confederations.”³⁶ As such, he argues:

[R]egardless of whether an aggregating or a disaggregating motif predominates in constitutional mythology, all federal projects are, at several levels, reconstitutive. Be the social, economic, and political impulses driving a federal project integrative or devolutionary, for every explicit set of political institutions being established, there are a like number of explicit political institutions being destroyed or disabled. More than this, in every case an explicit federal project not only leads to the creation of new political institutions, it spawns several new implicit political institutions that carry the traits of these newly created federal units. Finally, just as new implicit political institutions are being generated or enhanced, so too multiple implicit political institutions are being destroyed or attenuated.³⁷

Macdonald next addresses the gap between the aims originally assigned to federalism by those who see it as a valuable mode of state organization and the treatment of these goals by the classical theory of federalism. In this respect, he notes that this theory, which acknowledges the existence of several types of federations, conceives of federalism as implying no particular substantive content and therefore depicts it as a mere mechanism by which power is stratified. Macdonald believes, however, that the particular stratification of power therein encoded reflects an archaic conception of political governance which is that of the “law and order” state, that is, a Lilliputian state. He laments that, because of the gradual taking over of multiple social functions by the state since the nineteenth century, a perception has been established that the offer of services linked to these functions must always follow the exact lines of the constitutive

36. Such was, for example, the case of the project of “sovereignty-association” of the first government of the Parti Québécois in Quebec. This seems to be the case as well of the reorganization of relations between the Basque community and the Spanish state, advocated by the Basque government. See GOBIERNO DES PAIS VASCO “Propuesta para la Convivencia en Euskadi”, Discurso del Lehendakari en el Pleno de Política General, 26 September 2003, on line: <www.lehendakari.euskadi.net/r57-563/en/contenidos/informacion/declaraciones_lehend/es_509/debate_pol_260903_c.html>.

37. R.A. MACDONALD, “Kaleidoscopic Federalism”, in chapter 7, at 267.

logic of the state, which is essentially one of territoriality. This explains the fact that political geography incrementally came to dictate the parameters of the reflection on federalism. This result is highly problematic because human interactions tend to be governed by a non-territorial logic.

The classical theory of federalism further appears, to Macdonald, to be outdated even where it confines itself within state-centered parameters. In fact, he observes that in conceptualizing this stratification of power only in light of a division of this power between two *levels* of government envisioned as the only legitimate constitutional actors, classical federal theory reaches an impasse at the multiple *sites* of expression of the federal principle. However, according to him, the scope of the federal principle cannot be reduced to the sole relationship that exists between the federal power and the federated powers because the functioning of all of the branches of the state, including the executive and the judiciary, reflects diverse applications of that principle. And if this confinement of the federalist analytical grid to the relationship between federal and federated governments appears regrettable to Macdonald, it is all the more so when it operates through the intervention of an analysis which only addresses the pathologies affecting the functioning of federations. Quite frequently in the field of law, and especially so in the common law tradition, analyses that assimilate the law of federalism with what courts say about it obscure a large part of the “life” of juridical federalism, where the role of cooperation, which expresses itself formally as much as it does informally, is as important as that of conflict. Macdonald further points to the urgency of considering the multiplicity of normative sources and the diversity of governance mechanisms so as to allow for recognition of the several federalisms that have currency within the state.

But if lawyers are often blind to the diversity of the expressions of the federal phenomenon in the context of the state, they are even more so to that existing beyond the state. Looking at federalism, this time directly, through the lens of legal pluralism, Macdonald uses as the premise for his argument the contingency of the state as a potential locus of federalism. Viewed from this angle, rather than being treated like a constant in the federal equation, the state becomes nothing more than a variable. Macdonald admits that his thesis flies in the face of republican legal theory, on one hand because it rejects the centrality of the state implied in this theory, and on the other because it challenges its homogenizing prejudice. In effect, for Macdonald, who on this point joins Messara, “federalism is the normal condition of human interaction, and it always has been.”³⁸ However, such a perspective presupposes emancipation on the part of the theoretician *vis-à-vis* the dictates of a disembodied and juri-centric constitutionalism.

38. *Ibid.* at 263.

Following, to a certain extent, in the footsteps of Johannes Althusius,³⁹ Macdonald maintains that federalism does not lie only in the state. It can be found in the family, in the workplace, in professional associations or in business corporations. Furthermore, federalism is something that is lived. So the norms which express its underlying values are also, in the image of life itself, shifting, flexible, interstitial. Federalism is often territorial, but a particular structure of governance need not be territorial to assert its federal nature. Federalism is also often relational, whether it is to affirm or negotiate an identity, to structure economic relations, or to circumscribe the parameters of an identification process. However, territorial and relational models both seem to take as given that federalism implies a relationship with the “Other.” In fact, federalism, be it territorial or relational, offers to all communities a means of inventing an “Other” for themselves. In this sense, these models only envision federalism from the perspective of a community, real or imagined, defined in relation to others. To Macdonald, this ignores the most authentic form of federalism, i.e. psychological federalism, which emanates from individuals themselves:

The truest federalism is a psychological federalism that decomposes not political and anthropological affiliations, but legal subjects themselves. Critical theories of legal pluralism not only model the diverse motifs, ambitions, sites, and modes of federalism that compete for citizen engagement, but also acknowledge the law-generating capacity of the legal subjects. A legal subject is himself or herself a site of law; and once a site of law, a legal subject is necessarily a federation.⁴⁰

Macdonald emphasizes the federative potential inherent in the relation that an individual nurtures within himself rather than one which depends on community. This potential is neglected by all other conceptions of federalism, including personal federalism, because they privilege certain identities to the detriment of other competing identities. It is therefore not surprising that psychological federalism rejects all forms of nationalism. Indeed, under that view, the appropriation of identity presupposed by nationalism unduly mangles the complex identity-based fabric of every individual. However, Macdonald does not explain how to understand the free and enlightened choice of individuals to voluntarily reduce their identity-based potentialities in privileging a given identity over others that are equally available to them.⁴¹

39. J. ALTHUSIUS, *Politica. An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples* (trans. by F.S Carney), Indianapolis, Liberty Fund, 1995.

40. MACDONALD, *supra*, note 37, at 275.

41. Neither does he elaborate on the theoretical problem that a purely subjective understanding of federalism raises, like that which appears to motivate his psychological federalism. If federalism is a purely subjective construction, does everything and nothing not become federalism? A similar remark could be made about the legal pluralist framework that he uses to grasp the phenomenon of “law.” His legal pluralism is not only critical, but it is also, and maybe above

Thus, for the external approach that inspires competing models of federalism, psychological federalism proposes to substitute an internal approach centred on the individual.⁴² In this vein, “[b]y imagining law as a mode of giving particular sense to particular ideas in particular places, legal pluralism shifts the inquiry towards thinking of law as meaning, not machinery (as aspiration, not structure; as narrative, not norm). In this construction of meaning, the metaphor of federalism is most appropriately a metaphor of *métissage*.”⁴³ But the locus of this *métissage* is no longer a community of any sort but the individual himself, to whom Macdonald seems to assign the task, that some would describe as Sisyphean, of constantly conceiving of himself as an Other.⁴⁴ In this sense, the destiny of psychological federalism is to transform itself into a kaleidoscopic federalism, a federalism “that focuses more on the actual deployment of social and political power, than on abstract questions of who might, in theory, possess it.”⁴⁵

Macdonald’s text thus seeks to explode the idea of federalism. It does so, first, by emphasizing liberty rather than authority,⁴⁶ in a manner akin to Proudhon’s⁴⁷ anarcho-federalism and in contrast with that which underpins the classical theory, then by using the concept as an interpretive paradigm for several types of relations which, seen from the perspective of legal positivism, would have been relegated to non-law or, at best, to “infra-law.”⁴⁸ That being said, even from a positivistic point of view, we cannot exclude the hypothesis that federalism, once relieved of the limits imposed by the classical theory, could be used as an autonomous legal concept, just like other legally recognized autonomous concepts such as, say, “contract” or “property.” This raises the following questions: What if a retheorized federalism managed to serve as a legal framework for certain private law or public law relationships which

all, radical in the etymological sense of the term, and it is certainly not giving into the ontological temptation to note it. Indeed, behind these attempts at giving a radically subjective account of both law and federalism, some might see a way of ensuring the hegemony of jurists on these objects of research, and this to the possible detriment of an eventual transdisciplinary dialogue. Thus, the problem is as much epistemological as it is ontological.

42. We could just as easily speak of a realist approach going from the bottom up replacing a theoretical approach going from the top down. See M. BAKUNIN, *Statism and Anarchy*, trans. by M.S. Shatz (Cambridge: Cambridge University Press, 1990) at 198ff.
43. MACDONALD, *supra*, note 37, at 277-278.
44. This formula is inspired by the title of P. RICŒUR’s famous book *Soi-même comme un autre* (Paris: Seuil, 1990).
45. MACDONALD, *supra*, note 37, at 278.
46. See M. CROISAT, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, 3rd ed. (Paris: Montchrestien, 1999) at 17.
47. P.-J. PROUDHON, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution* (Paris: Librairie Marcel Rivière, 1951).
48. Jean Carbonnier’s concept of “infra-law” designates the positive phenomena that can be attributed a juridical nature, but which are treated as a degraded or imperfect form of law because they do not emanate from the state (i.e., workplace customs or folkloric law). See J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8th ed. (Paris: L.G.D.J., 1995) at 24.

currently stand at the margins of officially recognized legal categories? What if the concept of federalism designated first and foremost an interpretive paradigm?

This appears to be the vision of Nicolas Levrat of the European Institute and the Faculty of Law at the University of Geneva. In his contribution entitled “The European Union: An International Federation,” Levrat argues that the evolution of the European Union conforms to a resolutely federalist logic. According to him, while the application of the “federal” label to Europe was scrupulously avoided, it remains that “the process of European integration has more to do with the construction of a composite state, founded on a sharing of sovereignties in a structure of a federal type, than it has with the mere evolution of international relations between states.”⁴⁹ Although Levrat speaks of a federal type *structure*, he does not go as far as to speak of a federal *state*. Thus, would federalism be possible without a state, or outside of it? Like other contributors to this book, Levrat believes so.

With regards to the European Union, he believes that the constitutive processes, as much as the mode of functioning or the institutions created to administrate the Union, reflect a federalist logic. On one hand, independently of the project of endowing Europe with a constitution formally bearing that name,⁵⁰ the constitutive process of the European Communities and subsequently of the European Union bore very early on the mark of federalism, even if the idea of creating an actual state was rejected by most. In effect, the “treaties” that laid the foundations of the European Union quickly took on an obvious constitutional dimension: first, by taking primacy over the internal law of member states in their field of application; then, by establishing fairly constraining amending mechanisms to make them more stable; and above all, by leading to the creation of a new and autonomous legal order, different from that of the member states. All of these elements, according to Levrat, clearly reveal the presence of a federalist constitutional logic. Furthermore, the relationship established between Europeans and the community administration, which is characterized by their interaction with multiple institutions, also reflects a federalist logic. The operative criterion here, which addresses the direct character of this relationship, is explained as follows:

If the composition and the functioning [of the federal power] depends solely on relations between member states, without direct legitimization by individuals, we remain in the domain of international cooperation, even if it is pushed to the stage labelled in the literature as one of “integration.” If, on the contrary, individuals directly participate in the legitimization of organs or institutions of the “central” power, the system leans towards federalism, even if it ought not be forgotten that

49. N. LEVRAT, “L’Union européenne : une fédération internationale” in chapter 8, at 287.

50. R. DEHOUSSE, ed., *Une constitution pour l’Europe ?* (Paris: Presses de Sciences Po, 2002).

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

the principal feature of federalism is precisely to preserve a capacity for the participation of constituent entities in the central power, rather than to constitute the population of the federal entity as a source of exclusive and immediate legitimization of the central power.⁵¹

To the extent that the community legal order creates rights that citizens can exercise directly against their state, the relationship established between them and this community order becomes immediate. Each time European citizens exercise the rights which community norms confer on them, they legitimize these norms and the legal order that they put in place.⁵² The question of the link existing between Europeans on an individual level and the “central power,” as Levrat calls it, however, is more complex, and it is perhaps here that the uniqueness of European federalism, which is, as has been noted, without a state, is most obvious. The principal community organs are composed of representatives named by member states and not through some community-devised mechanism. Moreover, the constant involvement of member states within the organs of the European central power and the corollary absence of an autonomous central power (which should not be confused with the autonomous European legal order), entail that a strict sharing of powers is not absolutely necessary. It is in this framework that a unique model reminiscent of a “federation of federations” emerges. Such a model, it is to be noted, is necessarily asymmetrical because not all members of the Union have a federal structure. A federal model so unique and complex, Levrat concludes, can only enrich the theorization of federalism.

So, without being a traditional state-based federation, the European Union would remain a federation cognizable by public law. Could it be so because of its adherence to federalist values? Could federalism as a legal paradigm be first and foremost about values and aspirations as opposed to structures and institutions? It is easy to imagine the consequences of such an approach on the theorization of federalism. On one hand, the importance of formal structures as the “natural” focal point of comparative studies would immediately be diminished. On the other hand, the incessant, and often Byzantine, taxonomic exercises, founded almost exclusively on the examination of the formal structures of a given entity, would lose some importance to the benefit of an approach centred on the identification of federalist dynamics and logics, and, as we shall allude to later, on the possibility of a legal ethics of federalism. Whatever the possible outcomes of such an approach, the question of its relevance and of its sustainability is now posed.

51. LEVRAT, *supra*, note 49, at 297-298.

52. On the concrete legitimization of normative systems, and more particularly of constitutions, through the use made of them by citizens, see J. RAZ, “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”, in L. ALEXANDER, ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) 152 at 173-174.

III. Representation, Values, and Dispute Resolution

Even if we agree with the hypothesis that federalism is primarily a matter of values and aspirations rather than formal structures, these values and aspirations of a federation are not always as clear as could be hoped and even if they were the subject of consensus, tension would continue to surface from time to time. On one hand, even where they are consented to, their interplay could still result in conflict. For example, if we postulate that loyalty and autonomy constitute federal values that can be treated as legal standards,⁵³ we need to recognize that while these two values are not necessarily antithetical, they can often come into opposition. On the other hand, the values and aspirations inherent to federalism sometimes conflict with other imperatives which, without necessarily being foreign to federalism, are nonetheless not inherent to it. Then it is federalism itself that ends up competing with such imperatives.

Moreover, it should be borne in mind that beyond being a tool for the management of a plurality of identities, federalism also provides a means of administrative rationalization which presupposes the pooling of resources in the name of achieving a collective ideal. It responds, in this sense, to socio-economic rationales which demand that particular collective identities be surpassed, but not negated, and that local egotisms be abandoned. Paradoxically, if the integration of these rationales in public policies is likely to offend substate nationalities or regional identities, this integration, when realised in a transparent and democratic manner, may also lead to the emergence of a new identity forged in a way that takes into account cultural, social, economic and geographic dimensions. One can surmise here that to ensure its legitimacy, if not its survival, a federation should be able to generate, by itself, a new and complex identity. The question of economic integration, notably in Europe, illustrates the many processes which are at work. How to create a market that is as free as possible while guaranteeing an equitable redistribution of resources amongst individuals, as well as regions? How to distribute state functions in light of that objective? How to engender the support of citizens and, in so doing, legitimize the actions of the central government? In short, how to reconcile functionality, solidarity and legitimacy?

Evoking the problems of legitimacy arising out of the adoption of policies based solely on economic rationales raises the unavoidable issue of

53. It would be difficult to maintain the contrary, federal loyalty or fidelity being recognized as such, first in an explicit manner in the formal constitutions of certain federations (for example in Belgium, and, to a lesser degree, in South Africa) and in an implicit way as a result of judicial interpretations of the federal principle, the most obvious case being that of Germany. For its part, autonomy, though relative, is at the heart of the idea of shared internal sovereignty which underlies federalism and which, in all federations where the rule of law is respected, is the object of judicial control in one form or another.

governance within federations, and more specifically, of the relationship between the centre and the regions. How are jurisdictions distributed between the central government and the federated entities? In other words, how is internal sovereignty exercised? Are powers separated by “watertight compartments,” or are they shared or exercised jointly? What are the virtues of normative competition compared to the virtues of normative harmonization? By what mechanisms can such harmonization be implemented? In a broader sense, how should we grasp the normative entanglement that characterizes federal regimes or regimes on the road to federalization? What are the respective roles of law and politics in the resolution of jurisdictional conflicts? What are the virtues, if any, of constitutionalizing political obligations to negotiate in good faith incumbent on both orders of government in certain federations? All of these questions, which deal as much with the concretization of the values and aspirations inherent to federalism as they do with situations potentially generating tensions, or with mechanisms for the prevention or resolution of conflicts, are the object of the third part of this book, entitled “Representation, Values, and Dispute Resolution.”

Certain dynamics or situations tend, more than others, to catalyze or, at least, to crystallize conflicts pertaining to federalism. This is the case with the contemporary dynamics of globalization, which is often perceived as providing substate nations with the opportunity to assert themselves on the international scene. The concept of a “Europe of regions,” and the corollary institution of a “Committee of regions” at the European Union level, tend to support this view. But how are pluri- and supra-nationality envisaged at the international level? What is, from this standpoint, the situation of federated entities? What role do they play on the international scene, and more importantly, what role could they, and should they, play? From the perspective of a comparative analysis of the domestic law of each federation, what tendencies can be observed regarding the recognition of the legitimacy and of the constitutionality of the international action of federated entities? Finally, should the difficulties faced by certain federal states in their attempts at implementing international norms lead to a full-fledged re-examination of the international legal status of federated entities? Beyond considerations linked to the effectiveness of international law, this line of inquiry calls into question one of the ultimate objectives of federalism, i.e. unity in diversity, and, in this sense, reaches the core of the federal dynamic, which is founded on the division of internal sovereignty. This raises the question of how to reconcile the objective of achieving a better integration of international norms, which, from an internal constitutional perspective, creates problems of functionality, with the objective of respecting the relative autonomy of federated entities, which, from the same perspective, spills over from the functional into the symbolic realm. To make sense of this conundrum, examining a few concrete cases should be enlightening. This is the task Armand

de Mestral, Annemie Schaus, and Rainer Arnold have taken up. In their contributions to this book, these three authors deal with both the integration of international or supra-national norms in federal states, and the “paradiplomacy” practiced by some federated entities.⁵⁴

What if a federal constitution is silent as to the possibility that federated entities might act on the international scene? This is the question Armand de Mestral, of McGill University, addresses in his text entitled “The Provinces and International Relations in Canada.” He does so by focusing on Canada, which represents an archetype of such a constitutional model. Observing that domestic law alone cannot satisfactorily respond to the question of whether provinces can be actors on the international scene, de Mestral remarks that “[t]he gradual emergence of a provincial role in international relations has been the result of developments both in international law, allowing provincial actors upon some parts of the international stage, and in domestic constitutional law and practice, allowing the provinces to assume such a role.”⁵⁵

A constitution which is silent or insufficiently explicit inevitably leads to an opening of the internal legal order towards the international legal order. This opening presents, nonetheless, a paradoxical dimension since international law refers, as a general rule, to the domestic law of each federation in judging the legal capacity of federated entities at the international level. In that respect, Canadian law establishes a crucial distinction between the respective roles of the executive and legislative powers for the purpose of determining the space available to provinces in this federation. Thus, if the federal government, i.e. the executive, maintains that it alone possesses the prerogative to represent Canada on the international scene and to conclude agreements recognized by public international law, this power does not necessarily extend to the implementation of such agreements. On one hand, because Canada is a “dualist” jurisdiction with regards to the integration of conventional international law, the federal government needs Parliament’s collaboration to ensure that the norms to which it has consented are properly integrated into the domestic order. On the other hand, Canada is a federal jurisdiction and, as such, problems may arise where the obligations contained in a treaty or convention relate to a subject which, in domestic law, falls under provincial jurisdiction.

The question was resolved by the Judicial Committee of the Privy Council in the famous *Labour Conventions Reference*,⁵⁶ where it was decided that

-
54. The concept of “paradiplomacy” refers to the development and deployment by a substate entity of a particular foreign policy. See S. PAQUIN, “Paradiplomatie identitaire et diplomatie en Belgique fédérale : le cas de la Flandre”, (2003) 36:3 *Revue canadienne de science politique* 621.
55. A. de MESTRAL, “The Provinces and International Relations in Canada”, in chapter 9, at 311.
56. *Canada (Attorney General) v. Ontario (Attorney General)*, [1937] A.C. 326 (P.C. Canada).

although the conclusion of international agreements and treaties falls under the federal government's jurisdiction, this government cannot claim an absolute constitutional monopoly over the implementation, in domestic law, of obligations arising out of international treaty law. To the extent that a treaty or convention relates to the exclusive jurisdiction of a Canadian province, only that province can implement it, and neither the federal government nor the federal parliament may legally constrain the province to enforce it. The participation of the provinces would also be solicited where the treaty or convention related to their jurisdiction as well as that of the federal parliament's. De Mestral underscores the fact that "[t]he Government of Canada has had to content itself with a situation where it must cooperate with the provincial authorities before, during, and after a treaty negotiation if it is to be able to guarantee full and faithful implementation of a treaty, whose subject-matter falls within both federal and provincial, or within exclusive provincial legislative jurisdiction."⁵⁷ He adds that, despite its lack of formal expression in explicit norms, this "forced" cooperation, for the most part, comes about reasonably smoothly and, above all, without constantly engaging Canada's international liability for the failure of one or more provinces to discharge international obligations in their fields of jurisdiction.

It bears noting here that this observation demolishes the theory to which a majority of English-speaking Canadian scholars have long adhered, which holds that the strict application of the constitutional division of legislative powers in the execution of international conventional norms would be a major impediment to the efficacy of the international action of the Canadian federation and to the flourishing of Canada's international personhood. Indeed, this thesis seems awkward in that it obscures the concrete results that flow from the implementation of the legal framework at issue. Thus, the variable represented by the gap existing between the potential impact of formal law and its real impact is ignored, and, in this vein, abstract law comes to take precedence over applied law in the representation of the normative forces in play.

As a consequence, this theory also fails to recognize the porous nature of the boundary separating formal law from politics, which can be viewed as the locus where a type of interstitial constitutionalism materializes, for it is precisely that type of constitutionalism that we are talking about, a constitutionalism where the silences of the constitution are hermeneutic interstices susceptible to all sorts of normative appropriations. The advantages gained by actors from this constitutional vagueness explain in part their reluctance to formalize their relations to a greater extent. It is also possible to argue, according to de Mestral, that from these relations has emerged an unwritten, customary, or "conventional" constitution which crystallizes, to a certain extent, the political and legal *status quo* on the matter. The second half of de Mestral's

57. De MESTRAL, *supra*, note 55, at 314.

paper, which deals with the paradiplomacy of Canadian provinces, demonstrates over and over again that these provinces, and especially Quebec, have taken advantage of this lack of precision to cultivate a field of their own on the international scene, in spite of having to live with a certain amount of uncertainty as to the (variable) degree of federal tolerance likely to meet their initiatives.

The constitutional status of Belgium's federated communities and regions is, at first glance, very different from that of the Canadian provinces with regards to the *jus tractatus*. It is as if the silence of Canada's formal constitution was met by the resounding declarations of its Belgian counterpart. However, Annemie Schaus, from the Université libre de Bruxelles, demonstrates in her comparative study, entitled "The Implementation of International Obligations in a Federal State—The Cases of Belgium and Canada," that despite certain differences between the formal constitutions of the two federations, the *modus vivendi* governing relations between the federal level and the federated entities with regards to the implementation of international conventional obligations is strangely similar from one federation to another.

The most obvious of these differences lies in the expressly recognized power of the Belgian communities and regions not only to execute, but also to conclude treaties in areas over which they possess constitutional jurisdiction. Despite this significant difference, however, the fact that the execution of international obligations sometimes requires the cooperation of all levels of government necessitates, as in Canada, cooperation between the governments concerned.

But what happens if, after having concluded a treaty with a foreign state, a Belgian community or region fails to discharge, in its own domestic legal order, the international obligations to which it consented? To the extent that international law imposes liability for the failure to discharge international obligations on sovereign states, it is, as a matter of principle, federal Belgium that would be responsible for the default of one of its federated entities. The situation would not be different in Canada were a province to default on the execution of an international obligation, even if the obligation related to any matter within that province's exclusive jurisdiction: it is Canada, as opposed to, say, Quebec or Ontario, that would be liable from the standpoint of public international law.

Conversely, there is a particular instance where the explicit Belgian constitutional regime can be distinguished from the implicit Canadian one. It has to do with the powers ascribed to the federal government for avoiding situations where the international liability of the federation would be engaged. While Canadian constitutional law does not permit the federal government to constrain, in any manner, a province that refuses to execute an international obliga-

tion even where there is a risk that Canada will be held liable, the Belgian constitution allows for “a power of substitution in favour of the federal authority in cases of failure to act on the part of federated entities in the implementation of international law norms.”⁵⁸ However, this substitution is temporary because it ceases from the moment the federated entity conforms to the relevant international decision. The use of the word “decision” is not a mere coincidence. This power of substitution is indeed conditional: the federal government is only authorized to substitute itself for a defaulting federated entity (1) if Belgium has been condemned by an international or supra-national court of law; (2) if the defaulting federated entity has been duly given formal notice to abide by the conclusions of the court’s decision; and (3) if, from the outset, the federal government has allowed the federated entity to participate in the settlement process of the international dispute in which Belgium was the defendant. Since the constitutional validity of the substitution depends on the federal government respecting these requirements, it follows that cooperation between the levels of government concerned will be both necessary and unavoidable, as it constitutes an essential condition for the valid exercise of this constitutional power.

Therefore, Belgium’s explicit constitutionalism leads in practice to a result which is more or less equivalent to that achieved by Canada’s implicit constitutionalism. On one hand, the two models prevent the federal government from denying the autonomy of federated entities by claiming a monopoly on the implementation of conventional international law, as would be authorized by the American or Australian “treaty power.” On the other hand, both regimes force federative actors to be pragmatic and to cooperate in the name of avoiding situations where the international liability of the federation would be engaged. Almost raised to the status of a categorical imperative, this pragmatism imposes an obligation of moderation on all actors, and, more specifically, on those federated entities which, constantly tempted to expand their presence on the international scene, could end up denying their federal membership to look for a formal consecration of this denial on the international scene. However, as Schaus observes, “the taking into account of the autonomy of federated entities, or, more precisely, respect for this autonomy, helps to avoid in the domestic legal order the conflicts which the complete centralization of international competences would certainly generate. Let us make no mistake, however. The goal is not to achieve greater autonomy for federated entities, but rather to ensure respect for the federative logic inspiring the division of powers, and this, even in matters relating to the execution of international obligations.”⁵⁹

That said, although the international action of federated entities rarely goes without creating tensions, these tensions take on a particular dimension if

58. A. SCHAUS, “L’exécution fédérale des obligations internationales : le cas de la Belgique et du Canada”, in chapter 10, at 336-337.

59. *Ibid.*, at 348.

the federal state itself becomes party to a process which ultimately involved ceding competences to a new supranational entity whose norms would be immediately applicable and would take precedence, in cases of conflict, over those of the constituent states. What place is reserved for federated entities in such processes? How do, and should, the supranational and the subnational interact?

In “The Voice of Länder, Regions, and Communities in the European Union,” Rainer Arnold, of the University of Regensburg in Germany, addresses these questions in the context that is probably the most telling of all, that of Europe. Acknowledging from the outset the supranational logic that inspires European construction, Arnold notes that several domains that were previously under the jurisdiction of the member states are now under that of the European Union. Furthermore, as a result of the application of several explicit provisions and interpretive principles of European treaties, there is a tendency towards the enlargement of community competences.

Such an enlargement is of special concern to the federal states that are members of the European Union because it takes place in the framework of a fundamentally bipolar relation which involves the member states, on one hand, and European institutions, on the other, thus placing the federated entities that make up the federal members of the union in a seemingly precarious situation. Moreover, one should not lose sight of the fact that the treaties that transferred powers to the European Union were, for the most part, adopted without the consent of the federated entities comprised in the member states, even if the treaties in question were likely to affect their competences. Even more preoccupying, Arnold remarks, is the fact that European regulation is increasingly concerned with domains which were traditionally under the jurisdiction of these federated entities. This phenomenon, he adds, also has an impact on regional states such as Spain⁶⁰ or Italy,⁶¹ where a federative logic increasingly inspires the constitutional dynamics. To borrow Nicolas Levrat’s words, is the “international federation” that is currently being constructed in Europe rising to the detriment, and perhaps without the knowledge, of the federated entities which compose some of its member states? Would these entities be losing, through European construction, the level of autonomy they enjoy in their domestic constitutional law framework?

According to Arnold, this problem is taken very seriously in Europe. It is even possible to discern the emergence of a third level of influence on the European stage, leading us to believe in a possible institutional legitimization of the concept of a “Europe of regions.” Indeed, both the internal law of federal

60. Eliseo Aja also describes Spain as a “state of autonomies.” See E. AJA, *El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, 2nd ed., (Madrid: Alianza Editorial, 2003).

61. See B. CARAVITA, “Italy: Toward a Federal state?”, *Federations*, Special Triple Issue: Themes of the International Conference on Federalism, 2002, p. 25.

or regional states and community law are beginning to recognize, in federated entities or regions, a voice in European affairs.

On one hand, the domestic law of the member states concerned increasingly allows for the tangible participation of federated entities or regions in the elaboration of the foreign policy of these states in the European context. Formal mechanisms have thus been put in place internally so that the action of states at the European level reflects the preoccupation of their federated entities. This imposed cooperation assumes two principal forms that are founded, on the one hand, on formal procedures of co-decision and, on the other, on obligations to inform or consult which, as a general rule, are more or less constraining depending on the autonomy a federated entity enjoys in its domestic setting and on its potential jurisdiction over a given subject. Furthermore, the participation of federated entities in the elaboration and implementation of the federal state's policy at the European level, on issues falling under those entities' constitutional jurisdiction, may go as far as having the federated entities themselves represent the whole federation. In such a case, the federated entity acts as the agent of the federation at the European level, thereby preserving the principle of the direct relationship between the Union and its members states. In principle, community law is not opposed to this type of solution where the internal law of the federal state allows for it. The determining variable is thus, now and always, the internal constitutional law of the federation or of the regional state involved. As a result, Arnold concludes, the relative agnosticism of community law on the subject since the creation of the European Union in 1993 "gave a signal both for strengthening the position of the federal subentities (Länder/regions) and for introducing new co-decision systems."⁶²

On the other hand, the community institutions themselves are becoming more open to subnational political entities through the establishment of consultative bodies such as the Committee of regions, which may express views on the impact of community policies on the internal jurisdictions of federated entities and regions. Further, the recognition in European treaties of regulatory principles such as subsidiarity and proportionality is equally susceptible to favouring the protection, or at least the taking into account, of the interests of subnational entities in the elaboration of these policies.⁶³ Thus, while the European construction somehow accelerated the centripetal tendencies that already existed in some federal or regional member states of the Union, it seems largely premature to conclude that the inevitable destiny of the federated entities or of the regions making up these states is to fall into oblivion as a result of that construction. In this sense, the concept of a "Europe of regions" is not as lifeless as may have been thought.

62. R. ARNOLD, "The Voice of Länder, Regions and Communities in the European Union", in chapter 11, at 356.

63. With regards to the principle of subsidiarity, Arnold notes that, for the moment, it has been relatively ineffective at the legal level, operating more as a principle of political prudence.

If there is one conclusion that can be drawn from de Mestral's, Schaus's, and Arnold's contributions to this book, it is that the fears generated, in certain circles, by the international action of federated entities are largely exaggerated. Recognizing in these entities a limited constitutional competence pertaining to the *jus tractatus* and legitimizing, *de jure* or *de facto*, their paradiplomacy has not led to the chaos that some anticipated and neither has it paralysed the international action of federal states where such paradiplomacy is not formally prohibited. In fact, by forcing federative actors to exchange information, to consult with each other, and finally to cooperate, the legitimate international action of federated entities can be perceived as upholding the values of diversity and unity inherent to federalism. However, this only holds to the extent that all actors act in good faith. For instance, a federal state that would systematically frustrate the international aspirations of its federated entities even where these aspirations are linked to the exercise of their constitutional jurisdictions and are expressed in conformity with domestic constitutional law, could be held to be acting in bad faith. The same would be true of a federated entity not constitutionally prohibited to act on the international scene, but which would take advantage of this possibility to launch a foreign policy that would ignore the federal logic meant to inform its action. Even though they respect the letter of their federation's constitution, or lawfully make use of its silences, federated entities should not claim to be what they are not, that is, sovereign states. Furthermore, even if one accepts that a certain level of intergovernmental competition is beneficial within a federation and that this competition can be manifested internally as well as externally, federated entities could not legitimately, and lawfully, launch a foreign policy that seeks to jeopardize the interests of the federation as a whole or use such a policy to advance causes contrary to the basic requirements of federal loyalty.

Federalism implies tension, in the international realm as much as in the domestic one. This tension can be managed in a constructive manner, but it can also lead to litigation. As demonstrated by the diverging views on the optimal constitutional framework to be implemented in respect of the division of powers relating to international relations, such litigation often opposes the inherent and sometimes contradictory values of federalism against other kinds of imperatives of a more instrumental nature. Will courts responsible for resolving these disputes favour certain values to the detriment of others? Three authors address this question. Andrée Lajoie and Jean Leclair, of the Université de Montréal, both consider it in light of the Canadian experiment, while Richard Cornes, of the University of Essex, examines it in the context of the devolution process launched a few years ago in the United Kingdom.

Adopting the broadest approach of the three, Lajoie wonders, in her contribution entitled "Ensuring the Integration of Minority Values in the Law: An Impossible Task Through the Structural Path," whether the administrative arrangements structuring the judicial branch allow for the integration in

Canadian law of the values of political minorities, that is, those minorities that are characterized by a culture, a language, or a system of law distinct from that of the majority and, we could add, for which relations with the state are often mediated by a “primordial” belonging, to use the expression of Clifford Geertz, to a particular political community. To a certain extent, such an inquiry, the parameters of which transcend the Canadian context, puts federalist theory to the test, by examining how the federalist ideal of reconciling unity and diversity is actually implemented.

Lajoie reaches a rather pessimistic conclusion on the outcome of such an enterprise in the Canadian context. According to her, the judicial integration of minority values “depends not on the administrative arrangements of the structures of judicial power, but rather on the eventual superimposition of these minority values with dominant social values at a given moment.”⁶⁴ She thus comforts the thesis put forward in the 1980’s by American critical race scholar Derrick Bell, who argued that the progress achieved through judicial means by the Afro-American minority since the 1950’s is for the most part explainable by a convergence of minority and majority interests at the time,⁶⁵ the subtext of this theory being that the about-face effected by the United States Supreme Court in *Brown v. Board of Education*⁶⁶ was only possible because the majority had a personal interest in the outcome then reached.

But let us return to Lajoie’s demonstration. The first part of her study deals with certain institutional guarantees which, we might think, should favour the integration of minority values in positive law. These guarantees pertain to bilingualism, bijuralism⁶⁷, the territoriality of the judicial system, and some level of geography-based input in the appointment of judges. According to her, however, there is much less substance in these guarantees than would appear. With regards to bilingualism, she deems constitutional guarantees such as those permitting individuals to express themselves and be notified in French or English in the context of judicial procedures to be more closely linked to basic fairness than to the protection of minorities strictly speaking and may even denote “a certain condescension [which] does not guarantee that [their] claims will be heard, much less [their] values recognized.”⁶⁸ With regards to bijuralism, Lajoie is again very critical. To the extent the efforts made in this field are concerned only with private law categories, the impact of bijuralism on the legal integration of minority values can only be negligible. In this sense,

64. A. LAJOIE, “Garantir l’intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle”, in chapter 12, at 372.

65. D. BELL, “*Brown v. Board of Education* and the Interest-Convergence Dilemma”, (1980) 94 Harv. L. Rev. 518.

66. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

67. The concept of bijuralism refers to the idea of a co-existence and sometimes an interaction between two legal traditions within a single jurisdiction, for example, civil law and common law in Canada.

68. LAJOIE, *supra*, note 64, at 368.

while laudable, such a project cannot hope to “harmonize the irreconcilable differences that arise in the interpretation of the federal division of powers, an unavoidable reality that reflects a conflict between cultures as well as a power struggle, and that public law must manage.”⁶⁹ Finally, the territorialization of the judicial system in order to facilitate the recognition of minority interests and values fares no better in her estimation. Indeed, despite the constitution of an integrated system of provincial and federal courts in Canada and the fact that, on the face of it, the judicial territorial autonomy of the provinces is preserved, Lajoie believes that the way this system functions actually sterilizes the formal guarantees that it offers elsewhere. In her view, this functioning renders illusory the idea of a true judicial territorial autonomy in Canada. She further argues that Quebec, a civil law jurisdiction in most private law matters, is disproportionately affected in that regard because of the composition of the Supreme Court of Canada, which includes a majority of common law judges, as well as because this court acts in all matters as the ultimate appellate tribunal for the entire country. This leads her to conclude that “any notion of autonomy in the interpretation of the civil law thus becomes a fiction.”⁷⁰

In the second part of her study, Lajoie examines the reception given by the Supreme Court to the political and economic claims of Aboriginal peoples and of Quebec. She notes in this regard that in both cases the Court is almost uniformly hostile to claims aimed at increasing political power (self-determination, control of territory likely to bring into question Canadian sovereignty over that territory) while it shows itself to be reasonably receptive to economic claims (economic self-sufficiency having very little impact on other actors). She concludes that the integration within positive law of the values of a political minority through judicial means rests on three conditions: (1) the advantages claimed by such a minority must not conflict with dominant values; (2) these advantages must not threaten the interests, especially economic ones, of the majority; (3) the favourable power dynamics enjoyed by a minority at a given time will positively impact on the legal reception of its values and interests. Such a conclusion, Lajoie observes, does not bring into question the impartiality of the Supreme Court of Canada, but merely demonstrates the influence of dominant values, generally held by the majority, on judicial interpretation.⁷¹

69. *Ibid.*, at 369.

70. *Ibid.*, at 372.

71. It should no doubt be added that top courts naturally tend to protect the state that created them against claims so radical that they threaten its cohesion, its unity, and its sovereignty. See A. BZDERA, “Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review”, (1993) XXVI:1 *Canadian Journal of Political Science* 3. That said, the means employed to achieve this do not keep the court from making certain “concessions” to these claims. Consider, in Canada, the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, where the Supreme Court refused to read a constitutional silence as rendering any provincial secession impossible.

In short, she holds that in order to understand the behaviour of a tribunal like the Supreme Court of Canada, it is necessary to examine the whole range of interpretive activities rather than to limit the scope of the inquiry to judicial interpretation in the strictest sense. The theoretical perspective that informs her investigation is that of contemporary hermeneutics. To the extent that the influence of this important theoretical current in the literature on federalism is still marginal,⁷² it is appropriate, at this juncture, to reproduce Lajoie's summary of it:

From this theoretical perspective, the judicial production of law flows from the interaction between, on one hand, a judge/interpreter, armed with a personal filter, and an analytical grid which is a product of his or her personal values, and, on the other hand, an interpretive community to which he or she belongs. Furthermore, the judicial production of law results from a norm that the judge interprets in context, by way of narration, under the influence of the "overdetermination" exerted by textual and historical "horizons" such as they are expressed in the expectations of "audiences" that are both universal and specialized.⁷³

But can hermeneutics alone allow for an *evaluation* of the interpretive product? Indeed, the criteria on the basis of which this evaluation is performed, once the relevant information has been treated, are by no means obvious and unequivocal. For example, treating this information in light of the "victory/defeat" dichotomy to determine whether the values of a minority have been integrated or not into positive law through a judicial intervention, presupposes an almost homogeneous identity on the part of the loser as well as a certain uniformity in its values and in the *loci* where they are expressed. For instance, when we say "the values of Quebec have been defeated at the Supreme Court" in commenting on a blow dealt to the government of Quebec in a matter concerning the division of powers, do we not find ourselves, on one hand, establishing a necessary parallel between Quebec values and the position of its *current* government, which is questionable,⁷⁴ and on the other hand, suggesting that those values could never be promoted by the federal government, which is also questionable, and finally, conceiving of Quebecers as united by some kind of mechanical solidarity? Envisaged from the perspective of a federalist theory which aims at reconciling unity and diversity, isn't such an approach ontologically biased against the "unity" side of this pair as a result of the representative monopoly on identity attributed to a particular level of government, in this case the provincial level?

72. Hermeneutics, in its different forms, occupy an important place in legal theory, notably thanks to Ronald Dworkin and Stanley Fish in the Anglo-American world and to Chaim Perelman, Gérard Timsit, and... Andrée Lajoie in the francophone world.

73. LAJOIE, *supra*, note 64, at 379-380.

74. Can the values of an entire group be systematically equated to those to which its legitimate, but temporary, representative adheres to? Sometimes yes, sometimes no, for sure. Whatever the answer to this question, however, the possible reductionist effect of the representations that are made of collective values in a judicial context reveals, if need be, the limits of law as a tool and *locus* for grasping identities as well as individual and collective aspirations.

Provocative in that it brings into question a certain received image of Canada, Lajoie's thesis is partly confirmed in the contribution of her Université de Montréal colleague Jean Leclair. However, contrary to Lajoie, Leclair's perspective remains mostly internal to the law, even though his positivist analysis is clearly informed by the broader values upon which the principle of federalism is founded. In his article entitled "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity," Leclair focuses on yet another distortion of the "unity/diversity" dichotomy, which occurs where uniformity is taken to be a synonym of unity. He demonstrates, through a very subtle analysis of the Supreme Court of Canada decisions relating to the federal division of powers, that this court tends to favour considerations tied to efficiency over those linked to diversity, and implicitly to establish a highly debatable correspondence between the achievement of efficiency and the central government. The result is a marked preference for the federal (or "national") political community, and even the international community, over the diverse provincial political communities. This correspondence is implicit in that it results from the application of a series of doctrines governing the interpretation of the division of powers ("pith and substance," "double aspect," "incidental powers," "ancillary powers," "paramountcy" of federal law in cases of conflict with provincial law, and "interjurisdictional immunity") which often implicitly encode postulates favouring efficiency, and the federal government as the level best suited to making optimal decisions wherever efficiency is concerned. That being said, despite the contemporary dominance of the paradigm of concurrent powers over that of exclusivity, it would be incorrect to claim that the latter has been entirely obliterated; there continue to be situations where it prevails. However, other considerations, this time linked to the judicial enlargement of federal areas of jurisdiction, create further obstacles to the concrete expression of the diversity of provincial interests, with all of the consequences that a formal recognition of this diversity could bring about from the standpoint of devising regulatory mechanisms.

According to Leclair, this proves particularly true in the case of economic regulation, where the elaboration by the Supreme Court of a series of tests inspired by an instrumental conception of federalism has permitted a further privileging of efficiency over diversity. This did not occur by chance, as the expansion of federal economic powers came about at the same time the federal government was signing Canada's first free trade agreements. Leclair argues that this jurisprudence reveals the willingness of the Court to provide the federal Parliament with the necessary leeway so as to ensure that Canada respects its international agreements and effectively implements the obligations that they impose. The interpretation of the domestic constitution has thus been made to evolve in view of allowing Canada to respect the constraints imposed by the "external constitution" represented by the normative web woven by interna-

tional economic agreements.⁷⁵ At the level of constitutional doctrine, however, the conceptual expansion of these sectors of federal jurisdiction has not been accompanied by any refinement of the applicable conflict rules leading the primacy of federal law in cases of conflict with provincial law where there is concurrent jurisdiction over a given topic. On the contrary, the scope of these rules was greatly expanded by a reinterpretation of the concept of conflict that includes a larger number of situations of jurisdictional frictions. The court's interpretation of the division of powers in other domains, like that of the environment, is in keeping with this trend.

But that this court sometimes (more often than not, actually) chooses efficiency over diversity is not, in Leclair's opinion, intrinsically illegitimate, no more than is its choice (again, more or less conscious) to favour "national" interests over regional ones. What he finds more objectionable, however, is that all of this occurs without any real consideration for the concerns of provinces or any attempt to weigh these concerns and balance them with those of the "national" political community. He notes in this regard that, case after case, the Supreme Court's defence of "national" interests is always better articulated than its less frequent defence of provincial ones. Thus, the fundamental problem of the Supreme Court's federalism jurisprudence would essentially be tied to the quality of the justificatory arguments it provides in support of its holdings in this field of law, which neglect to pay more than lip service to the values inherent to federalism.

For instance, where do we see in this jurisprudence any real reflection on the judicial understanding of the notion of autonomy in a federal context which, according to Leclair, implies a collective right to be different? Those who associate with "formalism" the paradigm of jurisdictional exclusivity, which dominated jurisprudence up to the mid-twentieth century, in order to better reject it under the pretext of "realism," should reconsider their position. As Leclair emphasizes:

Formalism may no longer be *à la page*, but it remains true that the legitimate concerns of the provinces have to be addressed seriously and cannot be hidden behind the veil of efficiency. Furthermore, was formalism ever as "formal" as some claim it was? The Privy Council's decisions on the division of powers in Canada have been chastised as the epitome of formalism, but a careful reading of two of the most important of those decisions, the *Parsons* case and the *Labour Conventions Reference*, demonstrate that intertwined with textual arguments are normative arguments based on a community perspective.⁷⁶

75. The expression "external constitution" was coined by Canadian political scientist Stephen Clarkson. See S. CLARKSON, *Uncle Sam and Us: Globalization, Neoconservatism and the Canadian State* (Toronto: University of Toronto Press, 2002).

76. J. LECLAIR, "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity", in chapter 13, at 399.

Leclair thus invites us to resist attempts at instrumentalizing thought, a phenomenon which has dire consequences in a federal regime. With regards to Canada, he concludes that “[t]he Court should keep in mind that Canada is a political arena and not simply a market.”⁷⁷

In other words, federalism’s rationales cannot be reduced to mere instrumental ones. This warrants a brief remark. While federalism jurisprudence would certainly benefit from a deeper and more constant reference to the core values underlying federalism, it remains difficult to see why such values could not, in some cases, favour the national (or federal) community. Such is the case of the unwritten principle of comity—a weaker version of the principle of loyalty, or fidelity, recognized in other federations—that Leclair accuses the Supreme Court of using to justify a decision which holds that the provinces cannot refuse to recognize and enforce judgments emanating from other provinces. Granted, the inherent values of federalism should render us sceptical of arguments solely advancing the objective of efficiency, but do they also exclude any other value likely to favour the interpenetration of federated judicial orders? Thus, from the minority values that were the object of Lajoie’s inquiry, Leclair redirects the debate towards federative values and their prescriptive impact in division of powers disputes. But do these federative values have meaning beyond a truly federal context? For example, can they inform the judicial interpretation of the new constitutional framework implemented in the United Kingdom, under which various powers are devolved from Westminster to regional parliaments?

This is one of the questions that Richard Cornes of the University of Essex addresses in his contribution “Cartographers of the New Constitutional Settlement: The United Kingdom’s Top Courts and Devolution.” At the outset, Cornes situates his analysis of the devolutionary process in the more global context of the judicial culture that prevailed in the United Kingdom prior to the devolution laws. In order to understand the stakes of this project, it must be recalled that, on one hand, this state is the result of a legislative union, realized over several centuries, of England, Wales, Scotland, and Northern Ireland, and, on the other hand, that two important variables, one legal and the other demographic, have, for a long time, informed the politico-constitutional dynamics. The first of these variables refers to the domination, which until recently was complete, of an absolutist conception of parliamentary sovereignty. This conception has led many observers to support the theory of the validity of a unilateral modification on the part of the British Parliament of the terms of the Treaty of Union which created the Kingdom. The second variable is related to the overwhelming demographic weight of England within the union, which leads to the erroneous but constant assimilation of English identity with that of the United Kingdom. In such a context, it is hardly surprising that the idea that the

77. *Ibid.*, at 401.

union might itself possess a certain autonomous jurisdiction relative to its constituent parts, in particular England, never really came to mind.

Things may nonetheless change with devolution, suggests Cornes. According to him, two principal themes come out of the first years of implementation of this important state reform, which reflect, in their way, the contradictory aspirations inherent to any structure that aims at reconciling unity and diversity. The first of these themes is that of unity, which serves to counterbalance the fragmentation of the state identity induced by the laws relative to devolution. This indeed raises the question of the extent to which the recognition, in the United Kingdom, of territorialized substate entities threatens the conservation of a British identity which transcends those particular entities. Can one be both Scottish and British? To the extent that it is relevant to so many federations, including multinational ones such as Canada and Belgium, this type of problem has possibly become the contemporary federal question *par excellence*. It could also be said, facetiously, that this existential question, which echoes that of Hamlet—a Danish character created by an Englishman, William Shakespeare—“to be or not to be,” had a distinctly European flavour before its time. Interestingly, it is that very Europe that might help solve the identity crisis brought about by the devolution laws. In effect, it is through a reliance on the European Convention of Human Rights that the Judicial Committee of the Privy Council has demonstrated a propensity, especially in the field of criminal law, to uniformize the interpretation of this convention throughout the Kingdom, something that would have been unthinkable before since appeals of criminal matters from Scotland were not heard in London. As a result, Scottish criminal law before devolution had developed autonomously relative to that of the rest of the Kingdom. Thus, this autonomy superficially appears to be compromised by devolution. Cornes argues in that regard that, by adopting such a policy, the Judicial Committee of the Privy Council is making use of the post-devolution legal framework to lay the foundations of a new pan-British civic nationalism, premised on principles recognized at the European level, a course of action which could, in a sense, act as a counterbalance to the ethno-cultural, but not necessarily “exclusionary,” dimension of the substate national identities to which devolution has given a voice. We might worry that this process of homogenization would take place at the expense of Scottish legal specificity, but this, Cornes tells us, is not the case. In effect, the practice of the Judicial Committee is to form benches where a majority of judges from Scotland, or another devolved entity as the case may be, sit as soon as a claim raises a question relating to the law of devolution. The result is that these judges, and notably those from Scotland, have to date exercised a determinative influence on the elaboration of judicial policies dealing with the interpretation of the legal framework of devolution. But, even if one must resist the temptation to ascribe judges to their origins and to predict their world view on the sole basis of these origins, how can one explain the fact that Scottish judges subscribe to such a policy of standardization? The answer lies in the particular

configuration of this standardization. Cornes notes in this respect that the leadership exercised by these judges “provides them with an institutional opportunity, not only to seek UK-wide uniformity in the application of Convention principles, but uniformity on the basis of a distinctively Scottish approach to legal reasoning.”⁷⁸ Devolution would thus herald the advent of a genuine, albeit embryonic, judicial cross-breeding where the minority view is not systematically relegated to the margins but could, on the contrary, mark the evolution of law on the entire territory of the state.

The second theme that, according to Cornes, comes out of the first years of interpretation of the laws relative to devolution is that of the legal status of these laws, and the impact that their qualification as laws is likely to have on the constitutional dynamics of the United Kingdom. Recall here that, technically, the laws adopted in 1998 to give legal form to the project of devolution are mere statutes enacted by the Westminster Parliament. As such, they are submitted, like any other statute, to the application of the principle of parliamentary sovereignty, which means that Parliament can modify or abrogate them however it pleases. From this perspective, the status of the political communities recognized in these laws as well as that of their legislative or executive bodies would be one characterized by subordination to Westminster. Such a conclusion superficially prevents any federalist reading of the structures established as a result of the devolution process. But can federalism be reduced to structures? Other contributors to this book have already answered this question in the negative, and so does Cornes. In his view, analyses of the legal dynamics brought about by devolution which focus solely on the technical retention of juridical sovereignty are as unsatisfactory as they are misleading. He instead deems it imperative to grasp these dynamics in light of the political reality constituted by the effective transfer of decisional powers to new entities, whatever their formal juridical characterization, and in view of the concrete impact that this transfer is having on the constitutional dynamics of the United Kingdom. Indeed, it is difficult to see how, outside of exceptional circumstances, Westminster could unilaterally use its parliamentary sovereignty to reduce, or alter, the powers that are presently exercised by the legislative and executive bodies of the political communities recognized in the devolutionary framework. To this extent, Cornes observes that, far from being mere statutes, the laws that render operative the idea of devolution take on a constitutional dimension that certain tribunals are already beginning to recognize, sometimes explicitly, sometimes implicitly, for example, by refusing to apply to the action of the bodies it creates the judicial review standard that would normally be applicable to subordinate decision-making bodies merely exercising delegated powers.⁷⁹ In this, Cornes

78. R. CORNES, “Cartographers of the New Constitutional Settlement: The United Kingdom’s Top Courts and Devolution”, in chapter 14, at 433.

79. In this sense, British tribunals find themselves in a situation akin to that in which they were in the nineteenth century when they had to determine whether the statute of the British Parliament that established Canada such as it exists today created a federation where provinces

shares the opinion expressed elsewhere in this book by Nicolas Levrat, to the effect that, to be called as such, a constitution does not have to be contained in a single document bearing that name, a vision in light of which the United Kingdom would paradoxically have no constitution. Moreover, he deems possible a future confirmation by the Judicial Committee of the Privy Council of this position which, for the moment, has only been upheld by lower courts. This would obviously vest the laws relative to devolution with a much broader scope than that initially envisioned, by consecrating the idea that this devolution actually effected a partial transfer of political and legal sovereignty from Westminster to the communities recognized in these laws.

Cornes's central thesis is that any constitution-making process really begins once the original text of the constitution is written. Thus, it is those endowed with the responsibility of giving meaning to this text who end up crystallizing its main orientations. For instance, the initial differences between devolution and federalism could dwindle, and even disappear, depending on how judges and political actors alike grasp the devolutionary dynamics, for the implementation of a constitution also, and perhaps above all, falls to the various political actors who interact on a daily basis in a given constitutional framework. Constitutional hermeneutics should thus ideally focus as much on their interpretations/appropriations of the constitutional text, as on that made by judges. Ultimately, this could very well, in our opinion, lead to a reconsideration of the ambiguous relationship between the conventions and the laws of the constitution in the British tradition.⁸⁰

This relationship between law and politics is at the heart of the very rich contribution of Johanne Poirier, of the Centre for Public Law at the Université Libre de Bruxelles, entitled "Intergovernmental Agreements and Federal Governance: At the Borders of Law and Non-law." This last contribution is eminently instructive in that it draws on comparative constitutional law, as well as on the sociology of legal cultures and federalist theory. In it, Poirier chooses to "address the problem of federal governance from the angle of a specific tool, as one could choose to analyse the phenomena of urbanization and industrialization from the standpoint of the development of the combustion engine. The examination of a relatively technical element of federal governance allows for a reflection on the theoretical foundations of different forms of federal regimes. The method is thus a combination of empirical and 'micro' research, which

are equal, as opposed to subordinate, to the central government. The ultimate arbitrator of these debates, the Judicial Committee of the Privy Council, notably rejected the argument that holds that the powers of the provinces are mere delegated powers. It thus adopted a federative interpretation of the *British North America Act* in *Hodge v. R.* (1883), 9 A.C. 117 (P.C. Canada).

80. For the sketch of an argument to the effect that an hermeneutic approach renders the distinction between law and convention futile, see F. GÉLINAS, "Les conventions, le droit et la Constitution dans le renvoi sur la 'sécession' du Québec : le fantôme du rapatriement" (1997) 57 R. du B. 291.

should lead to a ‘macro’ theoretical analysis.”⁸¹ The “technical element” in question is the intergovernmental agreement, an “unavoidable instrument of governance in federal regimes.”⁸² Looking at the form and status of these agreements in various federations, she notes that they all perform similar functions, either articulating how different levels of government may concretely exercise their jurisdictions, implementing information exchange or consultation protocols, or providing for dispute resolution or arbitration mechanisms. Some even seek to circumvent the formal constitutional division of powers or, more broadly, to engage in one form or another of constitutional reengineering.

In spite of similar functions, the legal status of intergovernmental agreements varies from one federation to another, though commonalities can be found among federations belonging to the “Anglo-Saxon” tradition, on one hand, and those belonging to the “continental” tradition, on the other. This dichotomy overlaps to a large extent with that often established between common law and civil law jurisdictions. In Anglo-Saxon federations, Poirier notes, intergovernmental agreements generally tend to be considered as being first and foremost of a political nature while continental federations are more likely to recognize them a formal juridical status. When a legal system is open to the possibility that such an agreement be of a juridical nature, it will often distinguish between juridical and non-juridical ones on the basis of criteria inspired by the law of contract and the law of treaties. What is interesting, however, is that the juridical nature of an agreement will not necessarily dictate the level of respect shown to it by signatories. Using as a reference the model of relational contracts, i.e. contracts formalizing a relationship that parties envision in the long term, Poirier explains that “irrespective of their precise status in positive law, agreements are generally as effective, if not more, as formal norms.”⁸³ Whatever their status, parties will, as a general rule, respect them even if it would legally be open to them not to, thus conferring the minimum status of soft law on these agreements. Another interesting fact reinforcing the application of the relational contracts model to intergovernmental agreements is that parties to these agreements will do their utmost to resolve their differences without legal intervention, even where this last option is open to them.

The situations in which a legal route is available will vary amongst different federations, but the distinction between the continental and Anglo-Saxon traditions remains relevant. Whether priority is given to, as in the former, the norm negotiated by the parties instead of, as in the latter, their capacity unilaterally to terminate the agreement, recourse to the law will be facilitated or not. But beyond the immediate juridical consequences flowing from such recourse,

81. J. POIRIER, “Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit”, in chapter 15, at 444.

82. *Ibid.*, at 472.

83. *Ibid.*, at 457.

the legal system's very openness to this possibility is likely to be felt at the political level, either positively or negatively. In Poirier's final analysis, positive law essentially acts as a "potential instrument of *realpolitik* in relations amongst the components of a federal state."⁸⁴

One fundamental question remains, however: how to explain the resilience of the division between the "continental" and the "Anglo-Saxon" traditions of federalism? What to make of the primacy given to stability in the former tradition, through a propensity to admit the legally binding nature and the corollary justiciability of intergovernmental agreements, and the supremacy conferred to liberty in the latter tradition, that is, the liberty unilaterally to withdraw from such agreements because of a less constraining legal framework? Recalling the Belgian position which gives primacy to negotiated agreements over statutory provisions, Poirier raises the following question: "What is obvious to Belgian legal scholars is far less so to Canadian jurists—including the judges of the Supreme Court of Canada—who come to the opposite conclusion. What elements of the latter's 'legal culture' push them to restrict the role of law—and to subordinate negotiated law to a party's legally sanctioned unilateral will—with regards to agreements that perform the same regulatory functions within the Canadian federation as in the Belgian federation?"⁸⁵

The variable which, according to Poirier, is most likely to illuminate consideration of these questions is that of the legal culture underlying federal regimes, which leads these regimes to favour one value over another. In spite of restricting her analysis solely to the culture of legal professionals, that is, those who elaborate, interpret, and apply positive law, and of depicting this culture as drawing on these professionals' values, opinions and modes of reasoning, Poirier recognizes that any analysis centred on the concept of legal culture "involves undeniable methodological pitfalls: how to measure mentalities and silent assumptions which are, by definition, not explicit? Above all, how to demonstrate that a causal link exists between a certain mentality and a particular conception of an instrument of governance? [Such an analysis] can only be inductive and is sometimes even intuitive. It presupposes an immersion in the functioning of diverse federal regimes. As such, this type of analysis aims to render explicit implicit influences."⁸⁶

In other words, necessary though it may be, the study of a federation's institutional framework is, in itself, insufficient because it cannot lead to a complete understanding of the mechanisms by which silent assumptions are generated and justified, and which comparison may expose as resulting from a sense of false necessity. The legal professionals' understanding of this

84. *Ibid.*, at 473.

85. *Ibid.*, at 464.

86. *Ibid.*, at 464-465.

institutional framework is invariably mediated by values or preconceptions which emanate from multiple sources, be it history, memory, long-term interests, power relations, identities and their hierarchies, conceptions of the role and place of the state, substantial and procedural legal constraints, etc. These sources inconspicuously participate in the formation of their legal culture and establish this culture as a discursive space where certain enunciations—the assumptions or preconceptions—are at the outset considered acceptable, while others—the heresies—are immediately perceived as unspeakable, if not logically impossible because they contradict a potent orthodoxy. This is how beliefs in the incommensurability of the various expressions of federalism, and in the further impossibility of comparison, are shaped.⁸⁷ Such beliefs, however, lead to a rather regrettable outcome, because they rely on an *a priori* ontological reduction which blinds jurists to the hermeneutic potentialities otherwise available to them.

Rejecting such a view, Poirier focuses on four hypotheses which, she feels, may explain the distinct approach that Anglo-Saxon and continental federations have to intergovernmental agreements. First of all, continental federations recognize a more central role to legislation, with the result that “the explanation of an institution in a legal text encourages a drift towards the recognition of the legal character of this institution.”⁸⁸ Secondly, the civil law or common law tradition to which a given federation belongs—a dimension that again points to distinctions in the role recognized to enacted law and in the conception of law in general—will likely influence the attribution of a juridical status to an intergovernmental agreement. Thirdly, the monist or dualist tradition which inspires the understanding of the relations between the domestic and the international legal realms in a particular federation can also serve more or less consciously as a reference point for other purely internal regulatory tools as are intergovernmental agreements. Finally, the models of reference chosen as points of departure for comparisons between federations appear significant.⁸⁹ As Poirier observes, “[a]ccessibility of sources and methodological conservatism [explain that] constitutionalists from different federations have a tendency to look at models drawing from the same two broad categories: continental regimes engage in reciprocal examination as do Anglo-Saxon regimes.”⁹⁰ Actually, it is as if legal scholars involved in comparative endeavours should necessarily favour the logic which holds that “birds of a feather flock together” over the more open “opposites attract.” But what if systematically favouring

87. See generally on this question M. DÉTIENNE, *Comparer l'incomparable* (Paris: Seuil, 2000).

88. J. POIRIER, *supra*, note 81, at 466.

89. It must be noted that the dualistic relationship maintained by several Anglo-Saxon countries towards international law is intimately linked, from a historical perspective, to the political and juridical doctrine of parliamentary supremacy, on which some rely to explain the difficulty of juridifying intergovernmental agreements in these countries.

90. J. POIRIER, *supra*, note 81, at 474.

one over the other was an epistemological obstacle? What if intellectual rigour was sometimes used to mask—and justify—intellectual sclerosis? And what if the primary task of those engaging in comparison, including jurists, was to break out of the vicious cycle of methodological narcissism and theoretical comfort? It is our hope that the contributions which make up this book open a path in that direction.

CONCLUSION

Alexis de Tocqueville used to say that federalism is complicated.⁹¹ It is also irritating, we might be tempted to add. To the extent that it presupposes a multi-level governance regime, federalism implies the presence of a rather complex normative web. As such, it is ill-fitted to a monolithic logic where all problems are systematically grasped through the lens of a single rationality. On the contrary, several complementary or competing rationalities are embedded in the very idea of federalism. For instance, federalism is political but it is also, inevitably, legal. Moreover, it is also as much social as it is economic. Indeed, although the multi-level governance regime it presupposes tends to breed competition, it also requires cooperation and the nurturing of a spirit of solidarity. Generating order through a relatively strict division of powers, it tolerates a certain level of uncertainty in recognizing the inevitability, and sometimes the necessity, of jurisdictional overlaps. In short, anyone who approaches federalism from a single perspective will not only limit his or her empirical understanding of that phenomenon but will also risk obscuring its rich normative texture. For that very reason, the otherwise legitimate defence of the particular interests of federative actors should never evolve into subtle forms of narcissistic egotism, no more than should the call to transcend irredentism lead to the systematic de-legitimization, under the guise of “unity,” of other political communities of belonging. In this sense, examining this type of question after having elevated a single rationality, for example autonomy or unity, as the unique benchmark from which to judge the “performance” of a federal organization is more akin to an exercise of theoretical rationalization of ideological preconceptions than to an authentic, and thus minimally objective, reflection on a structural and relational framework that does not lend itself to absolutes. Adopting such biased angle would be even more problematic in a comparative context.

How can we do justice, then, to the intrinsic complexity of the federal phenomenon, and account for the normative entanglement that this complexity implies? How can we compare federalism’s multiple expressions? Contributors to this book remind us that we must first consider the explicit structures, be they constitutional, contractual, or of another nature, that are put in place to frame the conduct of federative actors. Several amongst them go on to emphasize the

91. A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (Paris: Gallimard, 1961) at 253.

importance of taking into account the underlying forces at work within these structures, which sometimes reveal a considerable gap between the institutional realm and the operational one. In other words, the subtext more often than not corrects the text, and this phenomenon should not be overlooked. But how can these dynamics be understood without refining and deepening our apprehension of the ideological, historical, and cultural substratum at hand? The analysis must thus be pushed further to encompass a study of the political and legal cultures that feed these dynamics. With regards to legal culture, is it favourable to the creation or maintenance of a true federative spirit or, on the contrary, is it likely to bring about a transformation where neither the structures nor the dynamics or even the rationales which inspire political actors could be properly characterized as federal? Federalism is perhaps not an end in itself, but if some actors have explicitly or implicitly structured their relationship, especially in its most existential dimensions, on the basis of a federal logic, can we not suppose that they valued the idea of remaining faithful to it, or at least, that they were interested in its perpetuation? Does there not exist, in effect, actions which cannot be presumed tolerable, and which cannot be tolerated, in the absence of an explicit, free and informed acquiescence on the part of the participants to a federal relationship, because these actions breach a set of core principles which can reasonably be held up as fundamental from the standpoint of federalism?

Such interrogation would seem to justify further inquiry into the possibility of an ethics of federalism. This then raises the question of whether, beyond the explicit mechanisms likely to incite actors to act in a manner that respects fundamental principles, a certain ethics is not implicit in all relationships functioning according to a federal logic. Even taking into account the multiple expressions of the federal phenomenon and recognizing their particular context, one can surmise that the sketch of such an ethics is discernable in each federation, this in spite of its association with a specific legal tradition (common law or civil law), a particular federal tradition (continental or Anglo-Saxon), or some archetypal model of federalism (cooperative or competitive; aggregative or disaggregative). But what would be the status of such ethics? Could certain principles central from the perspective of this ethics become justiciable?⁹² This type of inquiry, which calls into question the boundaries traditionally established between law and politics by conceiving the former as a *locus* for the expression of aspirations and not merely of norms, could perhaps allow for a deepening—dare we say a renewal?—of the dialogue between jurists, political scientists, historians, philosophers, and other experts from related disciplines in the social sciences and humanities. A dialogue of that type could prove even more fruitful in the field of comparative federalism.

92. For a sketch, in the field of law, of an interpretive theory of federalism where the identification of principles proceeds from an ethical reflection on federalism, see J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, “The Canadian Federal Experiment, or Legalism Without Federalism? Toward a Legal Theory of Federalism”, in M. CALVO-GARCIA and W. FELSTINER, eds., *Federalismo/Federalism* (Madrid: Dyckinson, 2003) at 79.

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

To achieve this objective, however, it appears essential, as suggested by several contributors to this book, to consider federalism as a political *and* legal paradigm rather than as a mere tool box. Moreover, to better grasp its ethical dimension, it may be appropriate to think about federalism in a manner akin to the way Paul Gauguin thought about nature. For Gauguin, skies could be yellow and grass red. Could our apprehension of the federal phenomenon, be it for its own sake or in the context of a comparative process, not be modeled along the same lines? Rather than confining it to the study of explicit structures, should we not also attempt to understand this phenomenon's implicit dimension? As daunting a task as it may be, it is probably worthwhile to undertake it if we really wish to answer the existential questions cited in epigram, and which inform the inquiries of those who, all over the world, evolve collectively and personally in federal contexts: "Where do we come from? What are we? Where are we going?"

PARTIE I

**PHÉNOMÉNOLOGIE DU FÉDÉRALISME
ET MÉTHODOLOGIE DU
FÉDÉRALISME COMPARÉ**

PART I

**PHENOMENOLOGY OF FEDERALISM
AND METHODOLOGY OF
COMPARATIVE FEDERALISM**

Chapitre 1

Du principe fédéral à une typologie des fédérations : quelques propositions

Bruno THÉRET*

Résumé

L'auteur propose dans ce texte une première typologie des fédéralismes réellement existants. Après avoir précisé ce qu'on peut attendre d'une méthodologie comparative qui fasse sa place à la fois au synchronique et au diachronique, il mobilise la méthode structurale de comparaison pour proposer un ensemble d'idéaux-types de systèmes fédéraux. L'auteur commence par resituer sa démarche d'analyse dans le contexte actuel des réflexions méthodologiques en matière de comparaisons internationales. Ainsi, il peut esquisser par la suite une manière de la mettre en pratique pour saisir la diversité des fédérations dans l'unité du principe fédéral. Deux critères principaux de classement émergent alors comme théoriquement cruciaux : un critère politico-juridique, à savoir le type inter-étatique ou intra-étatique de relation constitutionnelle liant les ordres fédéral et fédéré de gouvernement ; un critère économico-monnaire, à savoir le type de régulation fisco-financière, fondée sur le marché ou une centralisation-redistribution budgétaire, censée assurer une certaine égalisation des conditions de vie entre les unités fédérées.

Abstract

In this article, the author puts forward a preliminary typology for existing federal systems. Presuming that a comparative methodology can be both synchronic and diachronic, the author employs a structural method of comparison to formulate a set of "ideal types" of federalisms. The article canvasses the author's study in relation to broader considerations of comparative methodology, as applied to topics of an international nature. The author is thus in position to propose a way to capture the diversity of federations within the broader principle of federalism. From the analysis, two principal criteria emerge as theoretically outstanding : first, a politico-juridical criterion specifying the inter- or intrastate constitutional relations linking the federal and federated orders of government; secondly, a monetary-economic criterion identifying the type of fiscal regulation in place, whether based upon the market or on a centralized redistributive system, which ensures a certain degree of equality, in terms of living standards, between the respective federated entities.

* CNRS, Institut de Recherche Interdisciplinaire en Socio-économie, Université Paris Dauphine.

INTRODUCTION

Les directeurs de cet ouvrage l'ont noté d'emblée, il n'existe pas de modèle normatif de fédéralisme, mais plutôt une idée, un principe, un « phénomène » fédéral qui s'exprime dans la pratique dans ces multiples formes de fédéralisme que sont les fédérations réellement existantes¹. Toutefois, cette diversité des régimes politiques fédéraux et de leurs dynamiques propres d'évolution est peu prise en compte par la littérature spécialisée qui, la plupart du temps, réduit le phénomène fédéral à l'une de ses formes d'expression, généralement le modèle fédéral américain. Le fait que cette réduction se trouve non seulement dans les discours politiques, mais aussi dans le champ scientifique, signale qu'elle n'est pas uniquement le propre de stratégies politiques intéressées, mais témoigne également d'un déficit de théorisation du fédéralisme dans les sciences sociales.

La question se pose donc du comment tenir ensemble, dans un même cadre problématique, unité et diversité du phénomène fédéral. Hypostasier l'une de ses formes empiriques particulières pour en faire un idéal représentatif de l'unité théorique du phénomène global peut être vu comme une solution à cette question. Cependant, c'est là une solution insatisfaisante au plan scientifique puisqu'elle conduit *in fine* à nier la diversité du phénomène fédéral. Une voie théorique alternative doit donc être recherchée.

Ce texte s'inscrit dans cette perspective. Il développe l'idée qu'une alternative réside dans la construction d'un ensemble pluriel d'idéaux-types de systèmes politiques fédératifs conçus comme des variantes d'un même principe fédéral par ailleurs fondé conceptuellement. Il montre que cette alternative requiert au plan méthodologique de mettre en œuvre simultanément une double démarche. D'un côté, il faut procéder par induction et typologisation des fédérations réellement existantes pour rendre compte, en la maîtrisant, de la diversité des fédérations. De l'autre, il convient de raisonner par déduction à partir d'une conceptualisation de ce qui fait l'unité abstraite, au plan des idées,

1. « Selon les historiens de la science, Newton et Leibniz ont indépendamment “découvert” cette discipline mathématique que nous appelons calcul différentiel. [...] De manière comparable, divers pays ont, chacun de son côté, “découvert” ou “inventé” le fédéralisme. [...] Un peu comme Newton et Leibniz, les pays fédérés aboutissent, de façon indépendante, à la même découverte. Bien sûr il ne s'agit pas ici de concepts mathématiques objectifs, mais plutôt de concepts plus difficiles à calculer ou à mesurer, ceux de l'organisation humaine. Ainsi, la découverte – ou invention – du fédéralisme prend toujours une forme et des caractéristiques très spécifiques. Et une fois découverte ou inventée, chaque fédération grandit et évolue à sa façon. [...] Quand il est question de structures fédérales, nous tendons à les voir comme des modes très spécifiques de compromis, conçus pour tenir compte, dans chaque cas, des caractéristiques ethniques régionales, linguistiques ou autres qui nous sont propres. » « En fait dans plusieurs parties du monde “fédéral”, les gens tendent à voir leur système fédéral comme tout à fait unique, propre à l'histoire et aux conditions de leur pays » dans « Un mot de la rédaction... », *Fédérations, Le fédéralisme de par le monde, quoi de neuf ?*, vol. 2, n° 4 (juin-juillet 2002).

des systèmes politiques fédéraux. Les idéaux-types construits par induction à partir de la phénoménologie du fédéralisme doivent en effet, pour pouvoir être considérés comme des expressions d'un même ordre de réalité, appartenir à un cadre théorique unifié dans lequel ils correspondent à des variantes possibles d'un même phénomène structurel général. Ceci suppose que le phénomène fédéral soit lui-même fondé théoriquement en tant que structure générale abstraite, ce qu'on propose de faire en oppose le principe fédéral à cette autre abstraction réelle qu'est le concept classique de souveraineté au principe des États-nations unitaires.

Cette double démarche n'est pas dichotomique, contrairement à ce que pourrait laisser supposer ce qu'on vient d'en dire, car les moments inductif et déductif interfèrent nécessairement et dynamiquement au sein d'un développement en « spirale » de la réflexion. Elle n'est pas non plus très usuelle dans les sciences sociales, car elle est très exigeante notamment sur le plan de l'interdisciplinarité. Aussi, dans la première partie de ce texte, la resituerons-nous d'abord dans le contexte actuel des réflexions méthodologiques en matière de comparaisons internationales. On pourra alors, dans les parties suivantes, esquisser une manière de la mettre en pratique pour saisir la diversité des fédérations (deuxième partie) dans l'unité du principe fédéral (troisième partie). Soulignons que, vu l'état de faible développement de l'approche comparative du fédéralisme, ce texte ne saurait être considéré que comme un premier défrichage conduisant à des propositions nécessairement provisoires.

A. RÉFLEXIONS PRÉLIMINAIRES SUR LA MÉTHODE COMPARATIVE

Il existe une grande diversité de manières de mener des comparaisons internationales. Cette diversité est liée à la variété des objectifs assignés à la démarche comparative, le « comment » comparer n'étant pas indépendant du « pourquoi » comparer. Trois grandes catégories d'objectifs motivent en fait de telles comparaisons.

1. Comparer : pour quoi faire ?

La comparaison peut d'abord avoir un caractère directement politique et idéologique et non pas heuristique et scientifique. Elle vise alors à justifier des politiques décidées en dehors de toute réflexion comparative préalable (voir le tableau 1).

Tableau 1
Comparaisons internationales à finalité politique

Promoteurs	Gouvernement national, classe politique	Administration nationale, bureaucratie	Institutions internationales, élites hégémoniques
Niveaux d'analyse	Macro	Méso et micro	Macro ou micro sans articulation (ou les deux)
Produits	Classement de l'État national dans une hiérarchie présélectionnée	Évaluation de l'efficacité des institutions, analyse des régulations partielles	Classement hiérarchique général des États-nations
Optique	Justification-naturalisation de choix préconstruits ; construction de normes idéologiques et contraintes globales des politiques budgétaire, monétaire et réglementaire	Réforme ou conservation institutionnelle, construction des fondements ou justification des stratégies bureaucratiques d'ajustement aux modifications de l'environnement	Imposition d'une discipline internationale aux États-nations favorable au maintien ou à la construction d'une hégémonie transnationale, régulation internationale, convergence des cultures
Méthode	Comptabilité nationale, analyse synchronique, recours à l'artefact statistique, primauté de l'affichage sur la solidité des fondements des mesures	Analyse synchronique comparée de sous-systèmes institutionnels dont on se soucie peu de justifier l'isolement hors de leur contexte national, indifférence aux interdépendances entre sous-systèmes et assimilation des secteurs institutionnels à des fonctions	Analyse transnationale synchronique comparée des économies et systèmes politiques nationaux à partir de données homogénéisées, avec référence à un modèle théorique abstrait et normatif (équilibre économique général et pluralisme politique) censé être valable pour tout espace-temps

DU PRINCIPE FÉDÉRAL À UNE TYPOLOGIE DES FÉDÉRATIONS

Fondements philosophiques et disciplinaires	Positivisme comtien, rhétorique macro-économique, équivalence des dimensions spatiale et temporelle ; réversibilité	Rationalisme hégélien, rhétorique microéconomique, sociologie politico-administrative, autonomie des sous-systèmes sociaux	Fonctionnalisme et évolutionnisme naïf (équivalence du spatial et du temporel), libéralisme économique, droits naturels, universalisme abstrait
Exemples	Ratios de pression fiscale, agrégats monétaires dans les Comptes de la Nation, etc.	Analyses des politiques publiques sectorielles (santé, famille, etc.) sur la base des dénominations institutionnelles	Travaux FMI – Banque mondiale – OCDE sur effort fiscal, emploi-chômage, etc. Critères de Maastricht

Le plus souvent en effet, elle présuppose l'existence d'un modèle normatif universel à l'aune duquel on cherche à mesurer les différences de situations entre pays qui apparaissent alors plus ou moins proches de ce modèle optimal à atteindre². Ce type de comparaison est très influencé par la perspective économique et mobilise essentiellement des méthodes statistiques. Le résultat en est un classement hiérarchique des pays sur une échelle de valeurs. La variété qualitative est ici dépréciée au bénéfice d'une homogénéisation quantitative. C'est certes une manière radicale de rapprocher les pays, de les rendre comparables. Mais c'est au prix d'un sacrifice de tout ce que l'histoire, la sociologie, l'anthropologie, les sciences politique et juridiques, disciplines plus attachées à l'analyse des institutions, nous ont appris sur la relation existant entre un fait social isolé et le contexte d'ensemble dans lequel il fait sens.

Une variante plus qualitative de ce type de comparaison consiste à sélectionner certains éléments d'un contexte national en les « décrétant » exemplaires de manière soit à prôner leur transplantation comme solution pour une sortie de crise, soit leur rejet. C'est ainsi que, dans les trente dernières années, les « modèles » japonais, suédois, allemand et américain ont été successivement présentés en France comme « la » solution pour sortir de la crise du fordisme. C'est ainsi également que le modèle de l'Union européenne a pu être mobilisé politiquement, de manière contradictoire d'ailleurs, tant au Québec par les souverainistes – pour ses aspects politiques – qu'au Canada par les partisans du « fédéralisme centralisé » – pour ses aspects économiques.

2. Pour un exemple, voir Bruno THÉRET, « Du "principe de Broussais" en économie », (1990) 5 *Revue Française d'Économie* 173.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

Une seconde manière de mobiliser la comparaison internationale est précisément une réponse à ce premier type d'approches³. On peut la dire « savante » dans la mesure où elle s'attache à rendre compte au plan scientifique de la diversité de sociétés qui peuvent pourtant se référer en commun à des principes identiques d'organisation de la vie économique (capitalisme) et politique (l'État). En effet, la référence à des valeurs démocratiques communes – liberté, égalité, fraternité, propriété, efficacité, responsabilité, solidarité, imputabilité, etc. – n'empêche pas que celles-ci puissent prendre un sens spécifique dans divers contextes historico-culturels et qu'elles puissent être hiérarchisées différemment selon ces contextes. Ce qui conduit à rompre avec l'idée sous-jacente aux comparaisons directement politiques qu'il existe nécessairement une hiérarchie de valeur entre les sociétés comparées.

Cela dit, il y a aussi plusieurs façons savantes de procéder à des comparaisons internationales. Cette pluralité renvoie à la diversité des traditions disciplinaires dans les sciences sociales et au fait que les unes tendent à privilégier les différences entre les cas étudiés, alors que les autres mettent plus l'accent sur ce qui les rapproche, d'autres encore cherchant à tenir ensemble identités et différences dans des typologies (voir le tableau 2).

Tableau 2
Comparaisons internationales à finalité savante

Promoteurs	Courants fonctionnalistes et culturalistes « <i>going native</i> »	Courants formalistes « <i>going native</i> »	Approches structuralo-institutionnalistes
Niveaux d'analyse	Du micro au macro. Abstraction faible	Du macro au micro. Abstraction élevée	Interdépendance macro-micro. Abstraction intermédiaire
Produits	Monographies historiques et typologies diachroniques	Invariants et universaux, analyse synchronique des formes institutionnelles	Typologies synchroniques de cas saisis dans la diachronie

3. Ce qui ne signifie pas qu'*in fine* les comparaisons savantes ne soient pas destinées à alimenter le débat normatif et, donc, les controverses politiques. Mais l'opposition entre les comparaisons politiquement instrumentalisées et celles à finalité scientifique renvoie à l'idée que les premières sont destinées à justifier immédiatement des actions politico-administratives, tandis que les secondes ont pour but prioritaire de « comprendre et expliquer » ce qu'il y a à la fois de commun et de différent dans les diverses sociétés humaines avec, comme perspective, la fourniture à l'ensemble de la société de bases plus « raisonnables », mais aussi moins immédiates, de réflexion pour l'action.

DU PRINCIPE FÉDÉRAL À UNE TYPOLOGIE DES FÉDÉRATIONS

Optique	Accent mis sur la recherche des modalités diversifiées de fonctionnement des diverses sociétés en tant que systèmes sociaux fermés ou analyse des effets de contexte sur les sous-systèmes sociaux privilégiés ; discontinuités entre systèmes nationaux	Accent mis sur la recherche des structures « profondes » communes à l'ensemble des sociétés et révélatrices des structures psychologiques universelles de l'homme	Accent mis sur la fragmentation des politiques publiques, redéfinition des champs de cohérence en dehors des catégories administratives, mise à jour de configurations institutionnelles ou de « cohérences » nationales particulières
Méthode	IDÉO(ETHNO ET HISTORIO)-GRAPHIQUE, « <i>case-based</i> ». Approche historique, généalogique, intensive et « compréhensive » d'un nombre réduit de cas. Comparaisons mettant en évidence les différences institutionnelles et la cohérence propre à chaque configuration institutionnelle nationale ou culturelle	ÉCONOMIQUE, NOMOTHÉTIQUE, « <i>variable-based</i> ». Approche par induction et abstraction extensive appuyée sur une multiplication du nombre de cas. Comparaisons cherchant à faire apparaître les structures profondes communes à diverses sociétés, voire à toute société humaine	SOCIO(ÉCO)-LOGIQUE, « idéaux-types ». Approche par abstraction intensive et remontée extensive vers le concret aboutissant à la définition d'équivalences fonctionnelles. Recherche des processus d'émergence des institutions
Fondements philosophiques ou disciplinaires	Fonctionnalisme. Ethnographie et histoire. Culturalisme	Formalisme. Économie formelle. Naturalisme	Systémisme. Sociologie politique. Structuralisme génétique

Enfin, il existe une dernière manière de mobiliser les comparaisons qui est plus ambitieuse. Pour certains, et non des moindres puisqu'on y compte Émile Durkheim et Max Weber, elle consiste à assimiler la méthode comparative avec la sociologie elle-même. Celle-ci est considérée par la même occasion comme rassemblant l'ensemble des sciences sociales. La comparaison est vue, en ce cas, comme la méthode propre à ces sciences, l'équivalent fonctionnel de la méthode expérimentale dans les sciences de la nature. Elle n'est plus alors considérée simplement comme l'observation empirique conjointe de similarités et de différences, elle est censée entretenir une relation dialectique directe avec la théorie : la comparaison doit être construite à partir d'une théorie tout en permettant en retour le progrès de cette théorie.

Dans cette conception à laquelle nous adhérons, il ne s'agit plus de comparer du comparable, mais de « comparer l'incomparable », pour reprendre le titre d'un ouvrage de l'historien-anthropologue du monde grec Marcel Détienné⁴. Selon cet auteur, comparer l'incomparable, c'est construire le comparable, non l'observer en le considérant comme « immédiatement donné ». C'est trouver le « trait significatif » commun qui, conceptualisé et mis en relation avec d'autres, permet de se poser la question théorique de la configuration des relations dont il dépend et d'étudier sur cette base les diverses réponses « logiques » qui sont données à cette question par les différentes sociétés. Ce faisant, « le comparatiste a le sentiment de découvrir un ensemble de possibles, dont le monnayage conceptuel fait voir des éléments singuliers et constitutifs d'agencements diversement configurés. [...] Il procède à un démontage logique qui lui permet de déceler des articulations entre deux ou trois éléments, d'isoler des microconfigurations s'ouvrant sur des différences de plus en plus fines et contiguës. [...] À partir du moment où est décelé un trait significatif [...], ce trait [...] [fait] partie d'un ensemble, d'une configuration. Et la manière dont ce trait [...] [est] relié à la configuration d'ensemble n'est pas libre ». D'une manière ou d'une autre, « il faut que cette configuration fasse un peu système. On est ainsi conduit à postuler une sorte de cohérence relative. [...] L'hypothèse qui accompagne ces démontages logiques, ce monnayage conceptuel [...], c'est que des éléments d'une microconfiguration ne se distribuent pas au hasard. [...] Des relations s'instituent entre les différents éléments. [...] Dans chaque microconfiguration, il y a comme une orientation »⁵.

Il n'y a de comparaison, dans cette perspective, que construite et référée à un problème théorique, problème par ailleurs posé en termes structurels et de configurations de relations entre éléments. Appliquée au phénomène fédéral, cette approche implique donc cette exigence de « rethéorisation du fédéralisme » sur laquelle ont insisté les directeurs de cet ouvrage. Toutefois, c'est là une approche extrêmement exigeante puisqu'elle ne requiert pas moins qu'une pratique assidue de l'interdisciplinarité ainsi que des recherches menées collectivement. Aussi serait-il présomptueux, compte tenu de l'état actuel des recherches comparatives, de prétendre pouvoir d'ores et déjà rethéoriser le phénomène fédéral à partir d'elles. Tout au plus en la matière, peut-on tenter d'avancer en ce sens en mobilisant de la manière la plus interdépendante possible et dans la perspective ultime de les faire converger, les deux méthodes complémentaires de l'induction empirique et de l'abstraction théorique.

4. Marcel DÉTIENNE, *Comparer l'incomparable*, Paris, Seuil, 2000.

5. *Ibid.*, p. 50-52. À la p. 52 : « Dans ce comparatisme [...] constructif [...], les "comparables", ce ne sont pas des types pour établir une typologie [...], ce ne sont pas non plus des formes qui permettent d'édifier une morphologie [...]. Les comparables, ce sont les plaques d'enchaînement décidées par un choix, un choix initial » ; p. 58 : « choix que nous avons la liberté de mettre en regard d'autres, exercés par des sociétés qui, le plus souvent, ne se connaissent pas entre elles ».

L'approche inductive doit permettre d'esquisser une typologie d'idéaux-types de systèmes fédéraux, formes intermédiaires d'abstraction tirées de l'observation de traits récurrents ou au contraire significatifs par leur exceptionnalité ; elle peut s'appuyer sur des travaux comparatifs épars et, plus particulièrement, sur le travail de Ronald Watts⁶. L'approche déductive doit conduire à construire le problème théorique à partir duquel les typologisations du type précédent peuvent être dépassées dans le sens indiqué par Détienné ; elle peut, quant à elle, s'appuyer sur des travaux d'orientation plus philosophique comme ceux d'Olivier Beaud, de Michael Burgess, d'Alain-G. Gagnon et de James Tully, pour ne citer que des auteurs actuels⁷. En combinant ces deux approches, un espace légitime au plan scientifique de comparaison des fédéralismes réellement existants devrait pouvoir être finalement construit et des enseignements normatifs bien fondés tirés.

2. Sortir des impasses courantes du fédéralisme comparatif

D'un point de vue comparatiste, la plupart des analyses actuelles du fédéralisme se trouvent alternativement dans deux impasses opposées. La première de ces impasses, la plus immédiate, est la réduction déjà notée du phénomène fédéral à une de ses manifestations particulières, réduction opérée non seulement dans le discours politique courant, mais aussi par un politologue aussi reconnu pour sa contribution à l'analyse du fédéralisme que William Riker. Comme le rappelle Alfred Stepan⁸, celui-ci assimile le fédéralisme moderne au « fédéralisme centralisé » dont les États-Unis seraient l'inventeur et le modèle normatif indépassable. Riker n'hésite pas, en effet, à considérer que tous les systèmes fédératifs modernes « sont fondés dans une histoire et une logique d'union d'entités politiques préalablement séparées » et qu'ils « dérivent du modèle américain »⁹. Le fédéralisme décentralisé est pour Riker une forme archaïque, dépassée, car « instable dans les conditions modernes »¹⁰. Quant aux fédéralismes de désagrégation (ou « défensifs ») qui représentent une part importante du phénomène fédéral¹¹, ils sont passés par pertes et profits.

6. Ronald WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Kingston (Ont.), McGill-Queen's University Press, 1996.

7. Voir Olivier BEAUD, « La fédération entre l'État et l'Empire », dans Bruno THÉRET (dir.), *L'État, la finance et le social. Souveraineté nationale et construction européenne*, Paris, La Découverte, 1995, p. 282 ; Michael BURGESS et Alain-G. GAGNON (dir.), *Comparative Federalism and Federation. Competing Traditions and Future Directions*, Toronto et Buffalo, University of Toronto Press, 1993 ; Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multi-national Democracies*, Cambridge (R.-U.), Cambridge University Press, 2001.

8. Alfred STEPAN, « Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do *Demos* », (1999) 42:2 *Dados*.

9. *Ibid.*, p. 8-9.

10. *Ibid.*

11. Voir, par exemple, José Luis FIORI, « O federalismo diante do design da globalização », dans Rui de Britto ALVARES AFFONSO et Pedro Luis BARROS SILVA (dir.), *A Federação em perspectiva. Ensaio selecionados*, São Paulo, Editora da FUNDAP, 1995, p. 19.

En fait, Riker qui est également « un des pères intellectuels de la théorie du choix rationnel en science politique », considère que le fédéralisme n'est finalement qu'une variable secondaire dans l'évolution de la société américaine (ce qui suppose, par déduction logique à partir de ses prémisses, que cela est vrai aussi pour toute société faisant appel au fédéralisme pour organiser et gérer son ordre politique). Il rejoint ainsi les économistes néo-classiques théoriciens du « fédéralisme budgétaire » pour qui il n'y a guère de différence entre un système fédéral et un État unitaire décentralisé¹². En ce cas, par construction même, le fédéralisme ne pose évidemment pas de problème théorique spécifique à élucider.

La deuxième impasse est à l'inverse le relativisme culturaliste qui récuse toute possibilité d'aller au-delà de la diversité phénoménologique des systèmes politiques fédéraux existants. Ce qui est déprécié alors, c'est la tentative d'observer des régularités, de repérer des hiérarchies de relations, de rapprocher des configurations, bref tout essai de dépasser l'incomparabilité des expériences locales de mise en œuvre du principe fédéral et, donc, de promouvoir un comparatisme heuristique. Cette position, souvent revendiquée par les historiens, peut sembler avoir une influence théorique mineure dans le champ des études sur les systèmes politiques fédératifs, en comparaison de l'influence qu'ont pu y avoir Riker et les économistes de la *welfare economics* et du choix public rationnel. Elle marque cependant *de facto* la plupart des travaux relevant du fédéralisme comparé qui n'ont, bien souvent, de réellement comparatif que le titre des ouvrages dans lesquels ils sont collectés. Ces ouvrages se contentent en effet, la plupart du temps, de juxtaposer des expériences spécifiques sans chercher à les rapprocher, à construire leur comparabilité¹³. De ce point de vue, le travail déjà cité de Watts¹⁴ qui tente une comparaison systématique d'une dizaine de systèmes politiques fédératifs parmi les 23 recensés de par le monde, est tout particulièrement à saluer pour sa nouveauté¹⁵. Malgré ses

12. Sur ce point, voir Bruno THÉRET, *Protection sociale et fédéralisme : l'Europe dans le miroir de l'Amérique du Nord*, Bruxelles, Presses Inter-universitaires Européennes – Peter Lang, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2002, chap. 1.

13. Voir par exemple Annie ALLAIN, Maryline DUPONT et Michael HEARAN (dir.), *Les fédéralismes*, Lille, Presses universitaires du Septentrion, 1996 ; Alicia HERNANDEZ CHAVEZ (coord.), *Hacia un nuevo Federalismo ?*, Mexico, Fondo de Cultura Economica, 1996 ; ou encore Daniel ELAZAR (dir.), *Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Harlow, Longman, 1991, ainsi que la plupart des articles publiés dans la revue *Publius. The Journal of Federalism*.

14. *Supra*, note 6.

15. Depuis la parution de cet ouvrage, plusieurs travaux du même type (en cours de publication) ont vu le jour : voir Edward L. GIBSON, « Introduction: Federalism and Democracy in Latin America. Theoretical Connections and Cautionary Insights », dans Edward L. GIBSON (dir.), *Federalism: Latin America in Comparative Perspective*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2003, en ligne <<http://pubweb.nwu.edu/~gibson/edworkingpapers.htm>> ; Stephan LEIBFRIED et Herbert OBINGER, *Federalism and Social Policy. Comparative Perspectives on the Old and the New Politics of the Welfare State*, projet 2002 ; FORUM DES FÉDÉRATIONS,

ambiguïtés¹⁶, ce travail est remarquable non seulement par sa concision, mais aussi en tant que brillante exception dans le paysage traditionnel du fédéralisme comparé. Toutefois, il ne débouche pas sur une typologie, encore moins sur une rethéorisation du fédéralisme.

Nous avons nous-mêmes effectué une comparaison historique assez approfondie des cas américain et canadien relativement à la place qu'occupe la question de la protection sociale dans la dynamique politique de ces fédérations¹⁷. Après avoir construit un idéal-type inspiré de l'expérience canadienne en opposition avec un autre tiré de la situation américaine, nous avons comparé les cas du Canada et de l'Union européenne pour, d'un côté, évaluer la portée plus générale des innovations institutionnelles associées à l'expérience canadienne de fédéralisme. De l'autre, il nous a été possible d'interpréter la place que pourrait jouer la protection sociale dans la transformation de l'Union européenne d'une union économique et monétaire en une union politique et sociale¹⁸. Bien que nous ne puissions faire abstraction de ce travail dans notre tentative de progresser dans le sens requis d'une théorisation conjointe de l'unité et de la diversité du phénomène fédéral, il est clair qu'en tant qu'elle a été de type intensif (avec comme contrepartie un caractère restreint à peu de cas et donc une incapacité à transformer en généralités de portée plus large ses enseignements), cette manière de comparer souffre du défaut inverse de celle de Watts.

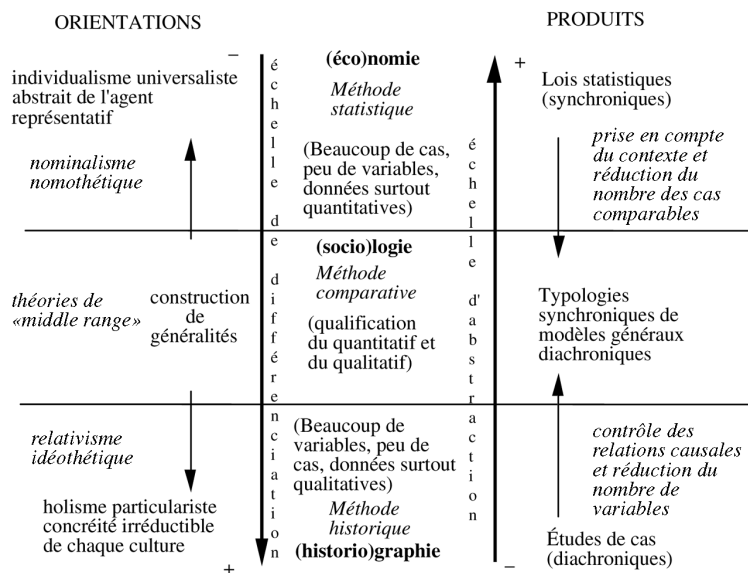
En vérité, par une sorte d'ironie de la matière, il s'avère qu'une démarche comparatiste conséquente attachée à la compréhension de la diversité des

Guide des pays fédérés, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002, qui contient quatre articles comparatifs, dont un de Watts, relatifs à des problèmes précis posés par le fédéralisme.

16. La principale ambiguïté de l'ouvrage provient d'une tension chez l'auteur entre son désir de tirer des enseignements des expériences étrangères pour le Canada, ce qui se reflète dans le choix des fédérations prises en considération, et sa reconnaissance des limites de l'exercice dans la mesure où il est parfaitement conscient de la nécessité de replacer les caractéristiques de chaque fédération dans leurs contextes, et donc de raisonner en terme de configurations. Il en résulte une analyse riche, mais qui manque à la fois d'une perspective historique et d'une synthèse débouchant sur de nouvelles idées. Loin de nous l'idée de le reprocher à l'auteur qui par ailleurs fournit un matériau comparatif précieux, car c'est là une tâche sans doute inaccessible à un seul individu.
17. Voir Bruno THÉRET, « Federalism and Regionalism: A Comparative Analysis of the Regulation of Economic Tensions Between Regions by Intergovernmental Transfers Programs in Canada and the USA », (1999) 23 *International Journal of Urban and Regional Research* 479 (version française dans (2000) 1 *Revista Mexicana de Estudios Canadienses*) et THÉRET, *supra*, note 12.
18. Bruno THÉRET, « L'union sociale canadienne dans le miroir des politiques sociales de l'Union européenne », (2002) 3 *Enjeux Publics – Policy Matters* ; *id.*, « Canada's Social Union and European Union Social Policies: Mirror Images? », dans Sarah FORTIN, Alain NOËL et France SAINT-HILAIRE (dir.), *Social Union Framework. Intergovernmental Relations and Social Policy in Canada*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2003.

fédérations nécessite de se conformer sur le plan scientifique aux principes mêmes du fédéralisme. Elle requiert en effet de concilier l'unité abstraite du principe fédéral et la diversité concrète du phénomène fédéral, et donc de construire et négocier des compromis entre approche théorico-déductive « *top-down* » et approche empirico-inductive « *bottom-up* » (schéma 1). Un tel compromis est rendu possible par le fait que ces deux approches ne sauraient être totalement autonomes puisqu'il n'existe pas de faits bruts qui pourraient advenir directement à notre conscience dans toute leur supposée pureté factuelle. La saisie empirique des faits est toujours marquée au sceau de nos préconceptions, c'est-à-dire d'un état antérieur de théorisation plus ou moins implicite, matrice cognitive grâce à laquelle nous nous représentons et saisissons les faits sociaux. Ceci apparaîtra d'ailleurs clairement ci-dessous lorsque nous avancerons une typologie des fédéralismes nourrie pour l'essentiel par le travail empirique de Watts, mais aussi informée par la conception théorique (provisoire) du fédéralisme que notre travail de comparaison des États-Unis, du Canada et de l'Union européenne nous a conduits à formuler.

Schéma 1
Méthode comparative entre empirie et
théorie, induction et déduction



Source : Bruno THÉRET, « Méthodologie des comparaisons internationales, approches de l'effet sociétal et de la régulation : fondements pour une lecture structuraliste des systèmes nationaux de protection sociale », (1997) 1 *L'Année de la régulation* 163, 169.

3. Ultimes remarques méthodologiques

Avant d'en venir là, il reste encore à rappeler qu'il existe dans le champ des études comparatives d'autres clivages que ceux déjà envisagés. Il est en effet possible de repérer dans la littérature spécialisée quatre autres types d'opposition de méthodes plus ou moins redondantes entre elles et avec les précédentes : le conflit entre méthodologies individualiste (holisme agrégatif) et holiste (holisme structural) ; le choix entre méthodologies référentielle et intégrale ; la dispute entre méthodes de classification débouchant soit sur de simples idéaux-types de référence et laissant place à l'idée d'hybridation, soit sur du groupement (*clustering*) réduisant radicalement la diversité des cas à quelques variétés ; la controverse, enfin, autour du caractère le plus souvent statique (synchronique) des configurations élaborées et de la nécessité de penser en terme de trajectoires dynamiques (diachroniques).

L'opposition, classique en sciences sociales, entre démarches méthodologiques individualiste et holiste prend, dans les comparaisons internationales, la forme de représentations contradictoires de ce qu'est le tout social : l'individualisme méthodologique conduit à un « holisme de la collection » tandis que l'holisme prend la forme d'un « holisme structural »¹⁹. Dans l'holisme de la collection, les totalités sociales sont des agrégats d'individus identiques qui n'entretiennent pas de relations entre eux, mais partagent une même identité sur la base de laquelle on peut les agréger, les sommer pour faire un tout. Dans l'holisme structural, au contraire, les sociétés sont des systèmes de relations et les éléments n'existent que comme parties d'ensembles qui les englobent et qui, bien qu'interdépendants, fonctionnent de manière autonome avec leur logique propre. Cette opposition méthodologique, qui trouve sa source au plan philosophique, renvoie à celle que nous avons déjà suggérée (schéma 1) entre méthode statistique fondée sur l'idée d'un modèle universel du fonctionnement social (car renvoyant à la nature humaine) et méthode historique mettant l'accent sur la spécificité de chaque contexte historico-culturel dans le cadre duquel les éléments pris en considération prennent leur véritable signification.

Toutefois, dans cette nouvelle formulation, est rendu plus évident le manque d'affinité existant, y compris au plan philosophique, entre l'individualisme méthodologique et l'étude et la théorisation du fédéralisme. Le fédéralisme est en effet, fondamentalement, un principe « holiste structural » de reconnaissance et de préservation dans le cadre d'un tout unitaire de la diversité des collectifs et de leurs droits spécifiques, droits qui sont en concurrence et en complémentarité avec ceux des individus²⁰. Une fédération est un système de relations entre des entités collectives – principalement celles liant l'État fédéral

19. Vincent DESCOMBES, *Les institutions du sens*, Paris, Minuit, 1996.

20. Ceci est bien ressorti du débat autour de la *Charte des droits et libertés* annexée à la nouvelle Constitution de 1982 au Canada.

et les entités fédérées, mais aussi celles reliant les entités fédérées entre elles. Ces relations se combinent par ailleurs avec les liens, administratifs et politiques, unissant ces divers ordres de gouvernement aux individus. Témoigne de cette incompatibilité logique entre individualisme méthodologique et fédéralisme la position de Riker déjà évoquée : partisan d'une démarche individualiste, ne concevant le fédéralisme que comme un moyen de diviser la puissance publique pour en réduire le caractère nécessairement perturbateur des équilibres de choix rationnel dans un contexte démocratique favorable au « populisme », Riker est conduit finalement à dénier toute importance au caractère proprement fédéral des fédérations.

La distinction entre comparaisons référentielle et intégrale, due à l'historien québécois Gérard Bouchard²¹, renvoie, quant à elle, à peu de choses près, à l'opposition entre approches intensive et extensive évoquée précédemment. On lira avec profit les remarques que fait Bouchard à propos des dangers des « comparaisons intégrales » qui mettent « sur le même pied » toutes les unités comparées et qui risquent pour cela de manquer des procédures théoriques légitimes pour opérer les réductions de la complexité que « l'intégralisme » exige. Cette distinction de Bouchard informe en outre l'opposition entre ce qu'on peut appeler un usage référentiel et un usage intégral des typologies. Trop souvent, les idéaux-types construits par la méthode comparative inductive sont assimilés à des classes d'équivalence dans lesquelles la totalité des cas concrets doit rentrer. Au lieu de conserver aux idéaux-types leur caractère de « référents » balisant un espace comparatif pluridimensionnel dans lequel les divers cas peuvent être situés en fonction de leur caractère plus ou moins hybride, ils sont pris comme base d'un *clustering* réduisant « intégralement » tous les cas concrets à deux ou trois modèles²². Relativement satisfaisante pour photographier à un moment donné la configuration internationale d'un champ donné, une telle réduction de la diversité tend en revanche à empêcher de penser la variété des possibles trajectoires dynamiques des cas concrets étudiés, désormais enfermés dans leur classe de prétendue appartenance au mépris des « *small differences that matter* », expression de David Card et Richard Freeman²³, qui peuvent devenir cruciales dans un environnement international

21. Gérard BOUCHARD, *Genèse des nations et cultures du Nouveau Monde. Essai d'histoire comparée*, Montréal, Boréal, 2000.

22. L'exemple type de cette réduction est fourni par le livre classique d'Esping-Andersen (Gosta ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, Princeton University Press, 1990) sur les trois mondes du capitalisme providentialiste. L'usage politique ultérieur que l'auteur a fait de ce travail pionnier illustre les dangers, au plan scientifique, de ce réductionnisme lorsque la confusion s'installe entre modèle de la réalité et réalité du modèle. C'est alors que paradoxalement la typologisation devient instrument de la convergence vers un modèle optimal dans un monde structuré par une lutte pour l'hégémonie entre les modèles.

23. David CARD et Richard B. FREEMAN (dir.), *Small Differences that Matter: Labour Markets and Income Maintenance in Canada and the United States*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

changeant ou dans le cadre même de changements endogènes. Dans les cas de formes hybrides, c'est donc là une normalisation qui empêche de saisir les processus de changement et qui interdit de penser toute bifurcation éventuelle. Pour ce qui concerne plus particulièrement la comparaison des fédérations, ces formes d'organisation politique qui trouvent dans un grand nombre de cas leur stabilité dans leur dynamique même et l'innovation institutionnelle, une telle réduction typologique risque d'être encore plus préjudiciable.

B. VERS UNE TYPOLOGIE DES FÉDÉRATIONS

Venons-en maintenant à la diversité concrète des fédérations. En quoi consiste plus précisément cette diversité et dans quelle mesure peut-on mettre de l'ordre dans la prolifération des différences observables en construisant diverses configurations types à partir desquelles on pourrait tirer des enseignements de certaines expériences pour d'autres ?

1. Un idéal méthodologique encore inatteignable

La méthode comparative classique pour répondre à ce type de questions consiste à isoler des variables illustratives des différences sur un ensemble sélectionné de cas. Le corpus de cas comparables est élaboré en repérant des similitudes à partir d'une problématique théorique plus ou moins explicite, alors que les différences servent à désigner les variables, mais aussi éventuellement à opérer une sélection dans l'ensemble du corpus de cas en fonction d'un principe d'économie des moyens à mettre en œuvre et de la question posée (par exemple, dans quelle mesure la forme fédérale d'un système politique a-t-elle une influence sur le niveau de protection sociale ou sur le marché du travail des pays qui ont adopté un tel système de gouvernement ?)²⁴.

À partir de là, lorsqu'on peut disposer de variables quantifiées ou en construire, il est possible d'utiliser des techniques d'analyse statistique de données dont les plus sophistiquées (analyses factorielles) permettent d'opérer mécaniquement des « classifications automatiques » qui donnent une représentation agrégée de la dispersion des cas dans un espace homogène doté d'un référentiel de mesure des distances. Les concentrations éventuelles de cas en certains points de cet espace signalent la récurrence de caractéristiques communes à ces cas et permettent donc de les regrouper dans des types particuliers.

Cette méthode fort élégante et fort pratique peut poser cependant pas mal de problèmes d'interprétation, surtout lorsqu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'un pur empirisme (collecte de données disponibles sur le « marché » et traitement automatique de ces données sans prise de distance théorique à

24. Ce type de démarche est tout à fait explicite chez WATTS, *supra*, note 6, chap. 1 et est repris par LEIBFREID et OBINGER, *supra*, note 15.

l'égard des conditions de leur production). Hormis le fait que cette méthode requiert qu'on puisse représenter les différences sous forme quantitative en les inscrivant dans un espace commun de mesure, ce qui renvoie à la question des procédures de comparaison de ce qui est apparemment incomparable, elle ne prend également sens que si on peut arriver à une interprétation significative des axes qui structurent l'espace de l'analyse, axes définissant des coordonnées qui sont des variables de synthèse, combinaisons des variables observées. Or, la plupart du temps, soit il est difficile d'assigner une signification concrète à ces coordonnées, soit cette signification est banale. Enfin, les frontières entre types peuvent être floues aux marges, et la procédure de classification se révéler par trop réductrice, au moins pour certains cas.

En tout état de cause, en matière de fédéralisme comparé, on n'en est guère là, et ce, non seulement parce que la recherche comparative a été jusqu'à maintenant peu développée au plan empirique, mais aussi pour deux raisons complémentaires qui ont elles-mêmes participé à maintenir la recherche à ce faible niveau de développement. La première est que les chercheurs les plus susceptibles de mettre en œuvre de telles procédures statistiques sont ceux-là mêmes qui, sur la base d'une adhésion à l'individualisme méthodologique, ont tendance à adopter une conception non différenciée des systèmes politiques fédératifs ; ils ont donc privilégié des analyses de corrélation simple sur peu de variables et le maximum de cas disponibles pour établir des lois générales²⁵. La seconde raison est qu'il y a une réelle difficulté à quantifier correctement, au plan scientifique entendons-nous, les traits significatifs du fédéralisme ; on peut le constater à propos de la construction d'indicateurs de centralisation fisco-financière ou de non-centralisation des fédérations, lesquels concernent pourtant des variables monétaires qui, apparemment, se prêtent le plus directement à ce genre d'exercice²⁶.

25. Un bon exemple de ce type de corrélation simple nous est fourni par le traitement de la relation entre fédéralisme et démocratie qui est fait dans la perspective individualiste du choix rationnel (voir STEPAN, *supra*, note 8). La démocratie y est d'abord assimilée à la règle électorale « un individu, une voix ». Le fédéralisme quant à lui est réduit à la présence d'une chambre territoriale qui, dans la mesure où la règle de représentation tend plutôt à être « une entité fédérée, une voix », est considérée comme dérogeant à la règle démocratique. Il en résulte que le degré de démocratie d'une fédération, ou plutôt le degré de moindre restriction de la démocratie dans les systèmes politiques fédératifs, est négativement corrélé à l'écart entre la distribution du nombre d'individus effectivement représentés par les divers membres de la chambre territoriale et celle qui prévaudrait si la « règle démocratique » était respectée pour leur élection. En privilégiant la même règle, Edward L. Gibson, Ernesto Calvo et Tulia Falletti, étendent cette problématique de la surreprésentation à la première chambre en montrant que celle-ci a dans certaines fédérations du continent américain un impact antidémocratique encore plus important, notamment en matière de répartition des transferts fédéraux ; voir Edward L. GIBSON, Ernesto CALVO et Tulia FALLETTI, « Reallocation Federalism: Territorial Overrepresentation and Public Spending in the Western Hemisphere », dans GIBSON (dir.), *supra*, note 15.

26. L'ouvrage classique de référence sur cette question de la faible pertinence de ce type de mesures reste celui de Richard BIRD, *Federal Finance in Comparative Perspective*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1986. Néanmoins, voir aussi WATTS, *supra*, note 6, au chap. 8.

Il n'est certes pas interdit de penser que le développement des études comparatives devrait conduire à dépasser une telle situation et qu'avec des techniques de quantification des variables qualitatives, on pourra produire un espace mathématisé de représentation de la variété des fédéralismes. Mais avant d'arriver là, un débroussaillage, conduit selon les principes de la double démarche inductive/déductive que nous avons précédemment exposée, est nécessaire pour mettre de l'ordre dans l'ensemble des variables qui, dans la littérature empirique, sont censées définir le phénomène fédéral, quitte éventuellement à en redéfinir certaines qui peuvent être improprement considérées comme pertinentes.

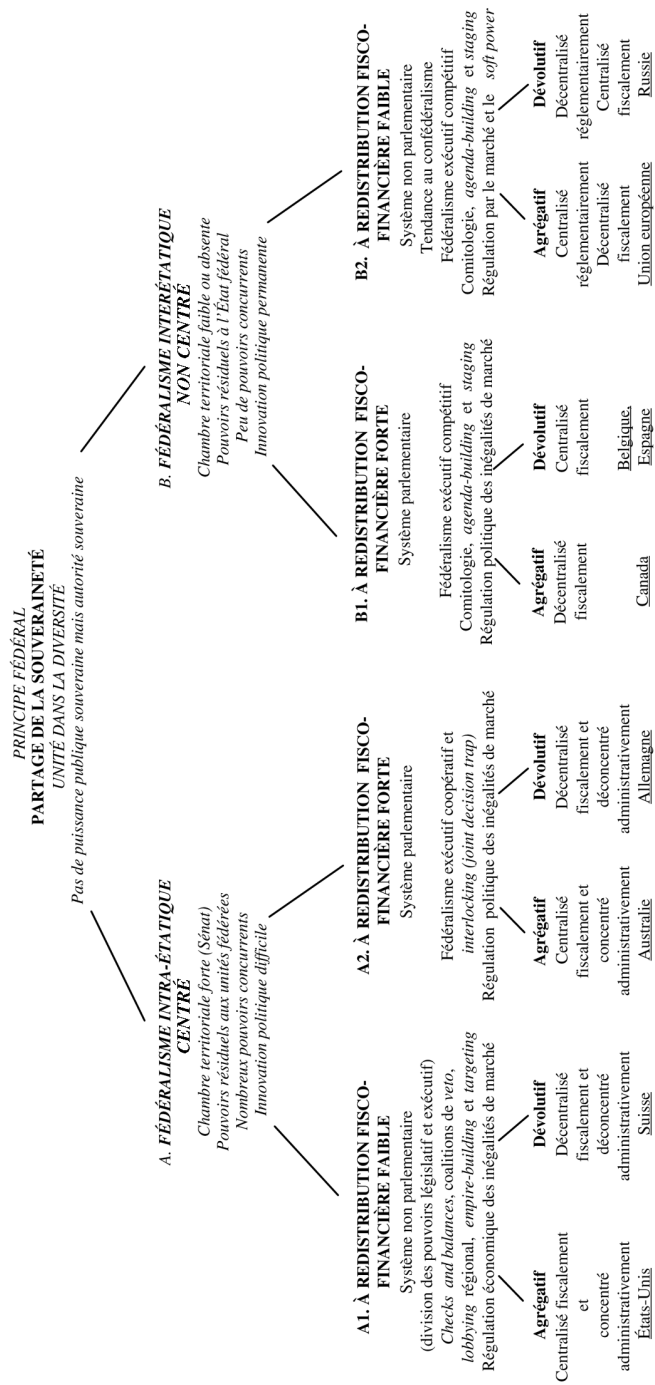
2. Un premier débroussaillage

Le schéma 2 décrit la mise en ordre à laquelle nous avons abouti au terme d'un premier débroussaillage de ce type. Comment en sommes-nous arrivés à ce schéma ? Pourquoi avons-nous été conduits à y hiérarchiser des variables prioritaires de différenciation des fédérations et d'autres plus secondaires, voire de troisième ordre ? Pourquoi en sommes-nous arrivés aussi à considérer quatre grands modèles de fédération (quoique la faible viabilité au plan logique du quatrième nous incitera finalement à n'en conserver que trois) à partir desquels, selon nous, on devrait pouvoir penser l'ensemble des cas concrets, soit en tant qu'ils s'avèrent proches de ces modèles, soit en tant qu'ils constituent des hybrides de plusieurs d'entre eux ? Voyons cela de plus près.

La présentation sous la forme d'un graphe hiérarchique qui est celle de ce schéma 2 résulte en fait du schéma 1 précédent. Elle exprime en effet l'idée que, dans la mesure où le principe fédéral – principe général abstrait à partir duquel on peut définir le corpus des systèmes politiques fédératifs – est institutionnalisé de manière chaque fois particulière au sein de chacun de ces systèmes, le travail de comparaison doit conduire à concevoir divers types de fédération à un niveau intermédiaire d'abstraction entre le général et le particulier. Le graphe obtenu est ainsi le résultat d'une première série d'allers et retours, d'une succession de mouvements *top-down* et *bottom-up*, c'est-à-dire d'un enchaînement de descentes dans l'échelle de différenciation et de montées dans l'échelle d'abstraction. Selon la question qu'on se pose, le niveau intermédiaire de théorisation auquel il faut se placer pour y répondre peut varier, et il est sans doute possible d'introduire d'autres niveaux de différenciation que ceux présentés ici.

Plus précisément, pour construire le graphe, on a pris acte de ce qu'une démarche inductive véritablement systématique était dans l'état actuel de la recherche hors de portée à court terme. La typologie qu'il présente est de ce fait pour partie fondée sur une préconception théorisée de la fédération qui est tirée de notre étude historico-comparative déjà citée des expériences fédérales américaine et canadienne et de l'expérimentation européenne en cours. C'est à partir de cette conception que nous avons cherché à rejoindre le point de vue plus large, détaillé et empirique privilégié notamment par Watts.

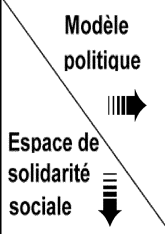
Schéma 2
 Mise en ordre de la diversité des fédéralismes



DU PRINCIPE FÉDÉRAL À UNE TYPOLOGIE DES FÉDÉRATIONS

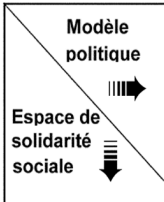
Pour cela, nous avons procédé par différenciations successives en isolant principalement deux critères théoriques de distinction des types de fédération et en essayant de corréler ces critères avec les variables considérées comme caractéristiques des diverses fédérations dans la littérature empirique. Nous avons choisi ces critères parce que, dans notre étude des fédéralismes américain et canadien, ils nous sont apparus particulièrement pertinents pour contraster ces expériences et construire des scénarios possibles d'évolution à moyen terme de l'Union européenne et du Canada. Les tableaux 3 et 4 qui présentent ces scénarios montrent la portée analytique de ces critères et leur capacité à synthétiser une pluralité de modèles dynamiques plus ou moins viables de fédérations.

Tableau 3
Scénarios d'évolution de l'intégration européenne

Modèle politique 	Interétatique		Intra-étatique	
	Principe de reconnaissance mutuelle	Maintien des spécificités nationales ↓	Harmonisation supranationale ↓	Principe de convergence
Maintien des financements nationaux	a : Primat de l'intergouvernemental : <i>Confédéralisme</i>	Absolu : « l'Europe en panne »	Par le marché : « l'Europe libérale »	b : Union forte et centralisée par le moyen du droit : <i>Fédéralisme « à l'américaine »</i>
Développement du financement communautaire	d : Équilibre entre intergouvernemental et supranational : <i>Fédéralisme « à la canadienne »</i>	Relatif : « l'Europe de l'égalité dans la différence »	Par le politique : « l'Europe de l'intégration sociale »	c : Union forte et centralisée par le moyen de la monnaie : <i>Fédéralisme « à l'allemande »</i>

Source : THÉRET, notes 9 et 15, *supra*.

Tableau 4
Scénarios d'évolution de la fédération canadienne

Modèle politique  Espace de solidarité sociale	Interétatique		Intra-étatique	
	Principe de reconnaissance mutuelle	Maintien des spécificités provinciales	Harmonisation fédérale	Principe de convergence
Dévolution provinciale	a : Primat de l'interprovincialisme : <i>Modèle confédéral</i>	Absolu : « le Canada conservateur des provinces les plus riches »	Par le marché : « le Canada fédéraliste résiduel du gouvernement fédéral »	b : Union forte et centralisée par le moyen du droit : <i>Modèle américain</i>
Péréquation fédérale	d : Équilibre entre intergouvernemental et fédéral : <i>Modèle « partenarial »</i>	Relatif : « le Canada multinational asymétrique »	Par le politique : « le Canada de l'union sociale »	c : Union forte et centralisée par la protection sociale : <i>Modèle allemand</i>

Source : THÉRET, notes 9 et 15, *supra*.

Le premier critère privilégié est politico-juridique ; il distingue les types interétatique ou intra-étatique de relation constitutionnelle liant les ordres fédéral et fédéré de gouvernement. Le second critère est économique-monnaire ; il concerne le type de régulation financière, fondée sur le marché ou une centralisation-redistribution budgétaire, qui vise à assurer une certaine égalisation des conditions de vie entre les unités fédérées, condition de reproduction dans le temps du pacte fédéral entre celles-ci. Un troisième niveau de différenciation est également esquissé. Il renvoie à un critère souvent mis en avant dans la littérature et qui a trait au caractère agrégatif ou dévolutif du pacte fédéral originel²⁷. Mais on laissera ce critère de côté dans ce qui suit pour nous concentrer sur les deux premiers.

27. Originel, car dès lors que la fédération est constituée, toutes les fédérations doivent se maintenir en trouvant un équilibre entre tendances à la centralisation et à la désagrégation ; le pacte d'agrégation trouve en effet ses limites dans une possible dérive de l'État fédéral vers un État unitaire décentralisé, tandis que le pacte de dévolution les trouve dans l'éclatement de la fédération. La dévolution peut également correspondre au passage d'un Empire à une fédération.

Il faut également mentionner que les noms des fédérations accolés dans le graphe aux types de fédéralisme différenciés visent seulement à indiquer plus concrètement ce qu'on pourrait appeler des filières du fédéralisme²⁸. Cela ne signifie pas, sous réserve de recherches plus approfondies, que les pays nommés doivent être assimilés de manière statique à un « modèle » de fédéralisme. En effet, la démarche suivie consiste à construire des idéaux-types ou des modèles qui sont caractérisés par une certaine cohérence logique de leur configuration institutionnelle d'ensemble. Or les fédérations réellement existantes sont la plupart du temps le fruit de bricolages institutionnels qui se développent par expérience et apprentissage, essais et erreurs ; elles peuvent également changer de type, disparaître ou dériver vers des formes d'État unitaire. Seules certaines d'entre elles, dotées d'une histoire longue, sont proches des idéaux-types et elles en inspirent la construction, mais la plupart sont des hybrides plus ou moins stables susceptibles de se rapprocher de tel ou tel type en fonction des circonstances et de changements dans leur environnement. Le processus actuel de mondialisation est un de ces changements susceptibles d'influencer de telles évolutions. Notons enfin que c'est à titre purement hypothétique que nous avons fait figurer la Russie postsoviétique à proximité de l'Union européenne et comme forme dévolutive du type B2 (dont l'Union européenne constituerait une forme agrégative), type dont nous verrons la faible stabilité au plan logique.

Ce qui est à nos yeux en revanche solide dans cette classification, c'est que les divers critères distingués ne se chevauchent pas, ne sont pas redondants ; ils sont indépendants, orthogonaux, et c'est pour cela qu'ils peuvent servir « objectivement » à définir des coordonnées pour à la fois distinguer les systèmes fédéraux et les situer dans un espace commun. Un second point de robustesse également à souligner est que ces critères sont bien corrélés empiriquement avec certaines caractéristiques institutionnelles des fédérations. Ainsi les caractères centré ou intra-étatique et non centré ou interétatique (qui dépendent au premier chef des formes que prend la chambre territoriale au niveau fédéral) sont aussi caractérisés par des styles politiques (*policy-patterns*, c'est-à-dire des manières récurrentes de mener les politiques publiques) qui

28. Nous n'avons pas pris en considération à ce stade de notre analyse les cas des fédérations des pays dits « émergents » ou en voie de développement comme l'Argentine, le Brésil et le Mexique que GIBSON, *supra*, note 15, STEPAN, *supra*, note 25, par exemple, comparent avec les États-Unis, ou comme l'Inde et la Malaisie que Watts examine en raison de leur caractère multinational. Ces cas très intéressants et importants appellent en effet des recherches plus approfondies dans la mesure où il est très difficile de contrôler l'impact spécifique sur les institutions politiques de la variable « niveau de développement ». On a également d'ailleurs laissé de côté l'impact du caractère multinational ou non des fédérations, impact non évident dans la mesure où les fédérations multinationales devraient logiquement se trouver du côté des fédérations interétatiques (cas du Canada, de la Belgique et de l'Espagne des Autonomies – ainsi que de la Malaisie), déduction logique qui est contredite par les cas de la Suisse et de l'Inde.

sont spécifiques – voire opposés – en terme de capacité à promouvoir des innovations institutionnelles et organisationnelles.

Dans les fédérations intra-étatiques où les entités fédérées participent au pouvoir fédéral par l'intermédiaire d'une chambre territoriale puissante, mais qui sont aussi caractérisées par des compétences importantes partagées entre le fédéral et le fédéré et par l'assignation aux entités fédérées des pouvoirs résiduels, l'innovation politique est très difficile du fait de l'existence de « trappes de la décision conjointe » (« *joint-decision trap* », selon l'expression de Fritz Sharpf²⁹). L'origine de ces trappes qui s'expriment par l'existence de multiples points de veto pour toute décision est cependant différente selon que le régime politique est parlementaire ou non, c'est-à-dire qu'il y a ou non séparation des pouvoirs exécutif et législatif. Dans le cas d'un régime parlementaire, comme celui de l'Allemagne notamment, elle résulte du caractère coopératif du fédéralisme exécutif qui produit un « *interlocking federalism* » rendant difficile une décision qui ne fait pas la quasi-unanimité³⁰ ; dans le cas d'un régime non parlementaire, comme celui des États-Unis, cette trappe à l'innovation résulte des *checks and balances* entre les trois pouvoirs (entre présidence et corps législatif et entre les deux chambres de ce dernier) et des jeux de coalition et de lobbyisme qui se tissent en leur sein entre acteurs politiques pour résister au changement³¹.

La différence de régime politique est également corrélée³² dans le type intra-étatique de fédéralisme avec l'existence ou non de programmes de péréquation financière entre les entités fédérées. La tendance est, dans les régimes avec division fonctionnelle des pouvoirs, à une absence de péréquation et à une remise entre les mains du marché de la tâche d'égalisation des conditions de vie entre les entités fédérées. Dans les régimes parlementaires, le rôle de la péréquation est, à l'inverse, très important ; qu'elle concerne les seules capacités fiscales (mais elle va jusqu'à prendre alors une forme « brute », soit se faire directement par des transferts d'impôts entre entités fédérées comme dans le cas de l'Allemagne), ou qu'elle aille jusqu'à égaliser les capacités des unités fédérées à répondre à leurs besoins de dépense spécifiques (cas de l'Australie).

29. Fritz W. SCHARPF, « The Joint-decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration », (1988) 66 *Public Administration* 239.

30. Arnaud LECHEVALIER, « Fédéralisme et protection sociale en République Fédérale d'Allemagne », Berlin, Centre franco-allemand de recherches en sciences sociales, Document de travail, 2002.

31. Paul PIERSON, « Fragmented Welfare States: Federal Institutions and the Development of Social Policy », (1995) 8 *Governance* 449. Dans le cas suisse, les *checks and balances* résultent du jeu du principe de subsidiarité et des procédures référendaires.

32. Il ne faut pas oublier toutefois que corrélation ne signifie pas nécessairement causalité.

DU PRINCIPE FÉDÉRAL À UNE TYPOLOGIE DES FÉDÉRATIONS

Les fédérations interétatiques sont celles dans lesquelles le pouvoir de la chambre territoriale est faible, voire inexistant, et où, par une sorte de compensation, s'affirme à côté des institutions fédérales le jeu de relations diplomatiques entre les ordres fédéral et fédéré de gouvernement ainsi qu'entre les entités fédérées. Ces fédérations connaissent également, contrairement aux fédérations intra-étatiques, peu de compétences partagées ou concurrentes ainsi qu'une assignation des pouvoirs résiduels à l'État fédéral. Enfin, en raison de la concurrence politique qui y prévaut entre les deux ordres de gouvernement, elles se caractérisent par la place centrale que doit y jouer un processus permanent d'innovation politique institutionnelle et organisationnelle.


Le fédéralisme exécutif compétitif qui est la source de ce processus d'innovation politique peut également se développer dans le cadre de deux régimes fisco-financiers contrastés selon que le régime politique prévalant au niveau des institutions fédérales est parlementaire ou non. Lorsqu'on est en présence d'un ordre fédéral régulé démocratiquement par un régime parlementaire (cas du Canada notamment), le style politique de constitution de l'agenda associé à la construction concurrentielle des ordres fédéral et fédéré de gouvernement s'accompagne d'une péréquation financière proche de celle qu'on observe dans les fédérations intra-étatiques parlementaires. Par contre, si l'ordre fédéral n'est pas constitué en un ordre de gouvernement démocratique véritablement autonome envers les entités fédérées, comme dans le cas de l'Union européenne³³, ou si la souveraineté des entités fédérées dans certains champs de compétence n'est pas véritablement instituée, cas de la Russie actuelle³⁴, les transferts entre les deux ordres de gouvernement sont étroitement limités et ne s'inscrivent pas dans une logique de péréquation. On trouve plutôt dans ces cas des programmes proches de ce qu'on peut observer dans les fédérations intra-étatiques avec division fonctionnelle des pouvoirs (États-Unis et Suisse).

Ce rapprochement des régimes de centralisation-redistribution financière intergouvernementale conduit à se représenter le jeu des deux critères de puissance de la chambre territoriale et de présence de programmes de péréquation entre unités fédérées d'une manière moins hiérarchique que celle adoptée dans le schéma 2. Ce qui est fait dans le tableau 5, qui est alors à rapprocher des tableaux 3 et 4 ci-dessus.

33. Dans le cas de l'UE, on a bien division du pouvoir exécutif (Commission) et législatif (Conseil et Parlement européens), quand bien même la quasi-totalité des régimes politiques des États membres est de type parlementaire.

34. Jacques SAPIR, « Différenciation régionale et fédéralisme budgétaire en Russie », (2001) 11 *Critique internationale* 161 ; Richard ROUSSEAU, « Russian Federalism under Vladimir Poutine Presidency », texte présenté au séminaire du CEMI, EHESS, Paris, 6 février, mimeo, 2003.

Tableau 5
Proximités et distances entre types de fédéralisme

Intra-étatique Péréquation 	NON Fédéralisme non centré et régulé par une « comitologie » intergouvernementale	OUI Fédéralisme centré par la Chambre territoriale
NON Fédéralisme régulé par le marché	B2. Régime politique fédéral non parlementaire Fédéralisme exécutif compétitif mais à tendance confédéraliste Plein jeu de la comitologie Pas de réduction politique des inégalités interrégionales et concurrence économique entre entités fédérées	A1. Régime politique fédéral non parlementaire Pas de fédéralisme exécutif mais plein jeu de la Chambre territoriale dans le processus d'équilibrage des pouvoirs Pas de réduction politique des inégalités interrégiona- les et concurrence écono- mique entre entités fédérées
OUI Fédéralisme régulé par le politique	B1. Régime politique fédéral parlementaire Fédéralisme exécutif compétitif par la comitologie Réduction politique des inégalités de marché sociales et spatiales	A2. Régime politique fédéral parlementaire Fédéralisme exécutif coopératif entre le fédéral et le fédéré Réduction politique des inégalités de marché sociales et spatiales

Sous cette forme, les fédérations apparaissent moins enfermées statiquement dans des filières-types que susceptibles d'évoluer dynamiquement vers divers modèles alternatifs, soit par des changements constitutionnels, soit par des pratiques coutumières. C'est notamment le cas des fédéralismes de type B2 qui accumulent les distances par rapport au type A2 mais sont en revanche proches à la fois des types A1 et B1 – de A1 par la forme de la redistribution financière publique et la place du marché dans la régulation des relations inter-gouvernementales, de B1 par la dynamique d'innovation politique³⁵. On reviendra sur ce point.

Cela dit, cette première classification appelle, pour être mieux assise, d'autres développements empiriques concernant un ensemble plus vaste de fédérations et sans doute des reconstructions au fur et à mesure du test de sa

35. C'est pour cela que nous ne considérons pas comme entièrement valide le rapprochement opéré par SCHARPF, *supra*, note 29, entre le fédéralisme allemand et l'Union européenne. En fait l'UE tend « naturellement » soit vers un fédéralisme de type canadien (B1), soit vers le type suisse (A1), compte tenu de son multinationalisme.

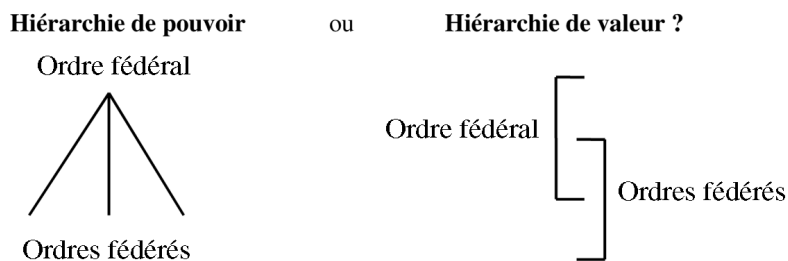
DU PRINCIPE FÉDÉRAL À UNE TYPOLOGIE DES FÉDÉRATIONS

portée analytique et synthétique. Elle demande également des développements au plan théorique, notamment pour ce qui concerne le choix des critères de distinction qui sont à son principe. Pourquoi, par delà les raisons empiriques déjà évoquées, avoir privilégié ces critères, et non pas d'autres plus habituels, qui se retrouvent ici en position subordonnée ou peut-être même totalement dépréciés, comme le degré de centralisation ou le fait qu'on soit en présence d'un fédéralisme d'agrégation (fédéralisation) ou de dévolution (maintien de l'unité d'un État préalablement unitaire ou impérial), ou encore le caractère uni ou multinational des fédérations ? Notre réponse momentanée à cette question consiste à poser que les critères choisis sont des caractéristiques de base de la structure de tout système fédéral et sont donc sous-jacents à la phénoménologie du fédéralisme. C'est ce qu'il nous reste à considérer.

C. FORMES ÉLÉMENTAIRES DE STRUCTURATION DES PACTES FÉDÉRATIFS

Repartons à cette fin de ce qu'une fédération, vue de l'intérieur, n'est pas un État souverain puisqu'il n'y a pas en son sein de pouvoir politique omniscopé au-dessus de tous les autres, mais seulement des pouvoirs partagés. L'État fédéral n'est pas un gouvernement central dominant une périphérie de collectivités locales, car il n'a pas vocation à commander aux unités fédérées dans leurs domaines de compétences exclusives et partagées. La hiérarchie qui existe entre les ordres fédéral et fédéré de gouvernement n'est donc pas par essence une hiérarchie de pouvoir comme on l'envisage habituellement ; elle est plutôt ce que les anthropologues appellent une hiérarchie de valeur, c'est-à-dire une figure d'interdépendance qui a la forme d'un englobement des contraires (schéma 3).

Schéma 3
Hiérarchies centrée et non centrée



En effet, le niveau fonctionnel de l'État fédéral n'est pas supérieur en pouvoir, mais seulement en valeur, car au niveau inférieur en valeur qu'est le niveau territorial des compétences des entités fédérées, l'État fédéral est lui-même inférieur en pouvoir à ces dernières. Pour les fonctions supérieures en valeur qui ont été confiées au gouvernement fédéral – insertion du pays dans l'ordre politique international et « civilisation » des relations entre unités fédérées –, celles-ci reconnaissent son autorité et s'y soumettent. Mais au niveau inférieur des compétences propres aux collectifs territorialisés que sont les entités fédérées, le niveau fédéral reconnaît en contrepartie leur autorité et s'y soumet à son tour. Cette double reconnaissance est la spécificité d'un système fédéral et la condition de sa conservation.

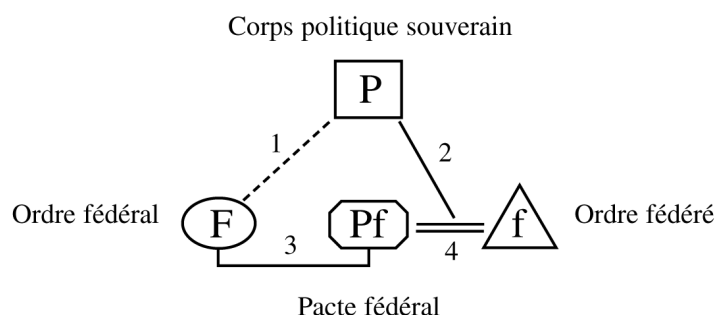
Les systèmes fédéraux ne sont donc pas seulement des ordres politiques *décentralisés* (du fait qu'il y existe une hiérarchie de pouvoir dans les domaines de compétences qui dépendent du gouvernement fédéral ou qui font partie du champ des prérogatives communes dans lequel celui-ci assure la coordination ou la direction), mais sont aussi et surtout *non centrés* (puisque'il n'y a pas d'omnicompétence d'un seul ordre de gouvernement) pour tout ce qui concerne les prérogatives constitutionnelles des gouvernements régionaux³⁶. La forme particulière de souveraineté qui s'y exprime est donc différente de celle qui prévaut dans un État unitaire et on peut en rendre compte en distinguant autorité (hiérarchie de valeur) et puissance (hiérarchie de pouvoir). En effet, s'il n'y a pas en principe de puissance souveraine dans une fédération, il y a en revanche une autorité souveraine qui est celle du pacte fédéral, des coutumes qui le complètent et des organisations et institutions qui en sont les formes de concrétisation (Cour suprême ou constitutionnelle, référendum populaire ou procédures institutionnelles permettant l'amendement du pacte fédéral). Pour que la fédération se reproduise en tant que telle, cette autorité doit être reconnue tant par l'État fédéral que par les entités fédérées puisque, en cas de conflit intergouvernemental, elle ne peut s'imposer que par le consentement des deux ordres de gouvernement et leur acceptation de la valeur souveraine de ses décisions. Ce consentement repose en dernière instance sur le fait que le pacte fédéral reflète la souveraineté du peuple et n'est autre que le contrat social et territorial qui le constitue.

Le Grand Texte dans lequel est formulé le pacte fédéral, la Constitution, la *Magna Carta*, apparaît ainsi comme ce qui régule les conflits de puissance

36. Eghosa E. OSAGHAE, « A Reassessment of Federalism as a Degree of Decentralization », (1990) 20 *Publius. The Journal of Federalism* 83 : « La clef pour distinguer les systèmes fédéraux des systèmes non fédéraux, qui sont aussi décentralisés à des "degrés" variables, repose sur le concept de non-centralisation par lequel est signifié que les matières appartenant aux unités fédérées ne peuvent pas être centralisées unilatéralement. C'est cette non-centralisation, qui s'oppose à la décentralisation (laquelle présuppose une centralisation), qui fait du fédéralisme une forme hautement distincte de "décentralisation". »

entre deux ordres concurrents de gouvernement, ce qui leur permet de tenir ensemble au sein d'un même ordre politique. Ce Texte qui fait autorité est donc le cœur de la structure de tout système politique fédératif que nous illustrons au schéma 4.

Schéma 4
Structure élémentaire d'un système politique fédératif



1. Structuration politique

Le schéma 4 exprime que le corps politique souverain qui n'est autre que le peuple ou l'ensemble des peuples rassemblés dans la fédération (en cas de fédération multinationale) délègue sa souveraineté à un ordre politique complexe composé de deux (au moins) ordres de gouvernement (deux types d'État) et d'un ensemble d'institutions médiatrices de la relation entre ces deux ordres qui ne sont autres que des formes d'expression du pacte fédéral. Au plan politique le plus abstrait, une fédération est donc structurée par deux paires de relations : les relations 1 et 2 de délégation de la souveraineté à l'État fédéral et aux entités territoriales fédérées, relations qui en inscrivant l'ordre politique dans la société globale, forment le régime de citoyenneté ; les relations 3 et 4 internes à l'ordre politique, relations caractéristiques du régime fédéral qui lient l'État fédéral et les unités fédérées par les formes institutionnalisées du pacte fédéral.

Ces quatre relations, formant deux paires distinctes, sont toutes de nature différente. Les relations 1 et 2, liant le corps politique souverain aux divers ordres de gouvernement, sont toutes deux réglées par des régimes de représentation électorale, mais la relation 1 est univalente (elle ne vaut que dans l'ordre fédéral) alors que la relation 2 est bivalente ou mixte (elle concerne à la fois l'ordre fédéré et l'expression des appartenances territoriales au sein de l'ordre fédéral). La relation 1 exprime l'appartenance de tout individu à la

fédération, quelle que soit sa province d'appartenance ; c'est une relation qu'on peut qualifier d'appartenance sociale et d'expression d'intérêts fonctionnels (renvoyant par exemple à la division sociale du travail) ; son régime électoral est fondé le plus généralement sur la règle « un individu, une voix ». La relation 2 rend compte, quant à elle, de l'appartenance aux entités fédérées, collectivités territorialisées, et elle exprime donc des intérêts territoriaux ; sur le plan de la représentation électorale, elle correspond à un double suffrage : élections du gouvernement des entités fédérées et choix des représentants à la chambre territoriale du gouvernement fédéral.

Les relations 3 et 4, qui assurent l'unité de l'ordre politique, sont également chacune de nature différente. La relation 3 qui inscrit l'ordre fédéral dans le pacte fédératif traduit la consubstantialité de l'État fédéral à ce pacte. Il n'y a d'État fédéral que parce qu'il y a un pacte fédératif. Ce dernier est constitutif de l'État fédéral ; il en fixe les compétences et le mode de fonctionnement. La relation 4 est en revanche une relation d'alliance, d'union, car, du côté de l'ordre fédéré, le pacte fédératif est un pacte d'alliance. Les entités fédérées, ancrées dans leur territoire, ne sont pas intrinsèquement fondées ou dépendantes du pacte fédératif, elles peuvent exister en dehors de lui, l'existence d'États territoriaux unitaires en témoigne (alors que l'État fédéral, en tant que puissance fonctionnelle, n'a pas d'inscription territoriale propre). Le pacte fédéral apparaît ainsi comme le contrat de mariage entre un État fédéral et des collectivités territoriales fédérées³⁷.

En termes plus concrets et simplifiés, on peut alors considérer qu'en pratique le pacte fédératif prend au niveau politique la forme des institutions et organisations qui médiatisent la relation entre le fédéral et le fédéré, à savoir principalement la chambre territoriale (Sénat) et, plus secondairement, les institutions « diplomatiques » gestionnaires des compétences partagées, ce que nous avons appelé dans le schéma 2 la « comitologie » en nous inspirant de l'expérience européenne. D'où, tout d'abord, le privilège que nous avons accordé à la forme d'existence ou de non-existence de cette seconde chambre qui appartient aux deux ordres de gouvernement et qui spécifie leur contrat de mariage. D'où, ensuite, l'« idéal-typification » de deux régimes de cette alliance : le type intra-étatique de fédéralisme correspondant à un « régime de communauté » dans lequel un Sénat puissant, véritablement représentatif des entités fédérées, participe au processus de décision au niveau fédéral ; le type interétatique correspondant à un « régime de séparation » dans lequel le pouvoir de la chambre territoriale de participer à la prise de décision au niveau fédéral est faible ou nul, ce qui se traduit également par une séparation plus forte des compétences respectives du fédéral et du fédéré.

37. À l'évidence, on est en ce cas dans la polygamie ou la polyandrie.

DU PRINCIPE FÉDÉRAL À UNE TYPOLOGIE DES FÉDÉRATIONS

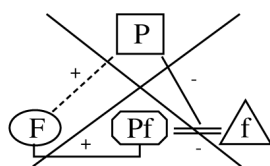
Ce degré de puissance de la chambre territoriale est en lui-même indépendant du régime électoral caractéristique de la relation 2, ce qui traduit l'indépendance, l'orthogonalité des deux sous-systèmes de relations 1-2 et 3-4. Une chambre territoriale élue peut avoir un pouvoir faible (Espagne) ou fort (États-Unis) tandis qu'une chambre non élue peut en avoir un élevé (Allemagne) ou inconsistant (Canada). Il n'y a donc pas de relation de causalité directe entre les formes du système de représentation politique (régime de citoyenneté réglant le jeu de la paire de relations 1-2) et celles du système de structuration de l'ordre politique (régime de fédéralisation réglant le jeu de la paire 3-4).

En revanche, il peut y avoir des problèmes de compatibilité logique au sein de certaines configurations de la structure d'ensemble du système politique fédératif. Car de même qu'il y a deux formes polaires (interétatique et intra-étatique) de structuration interne de l'ordre politique fédéral, il y a deux formes polaires de structuration de la délégation de souveraineté du peuple à l'ordre politique. L'une peut être associée à une situation où les intérêts fonctionnels l'emportent sur les intérêts territoriaux, où l'appartenance sociale prime l'appartenance à un territoire ou à une culture, ce qui se traduit par une plus grande légitimité de l'État fédéral par rapport aux États fédérés. L'autre, à l'inverse, correspond à une situation de prédominance des appartenances territoriales sur les appartenances sociales et où la référence à l'historico-culturel, domaine où l'ordre fédéré domine, l'emporte sur celle du fonctionnel, domaine privilégié du niveau fédéral dans la légitimation de l'ordre politique. La polarisation des types de fédéralisme renvoie donc à ce que, dans la conformation des identités collectives, de deux choses l'une, soit la division sociale du travail l'emporte sur la division territoriale de la population, soit on a la hiérarchie contraire.

En combinant les deux jeux de relations, on obtient alors quatre types de systèmes politiques fédératifs, mais dont seulement deux peuvent être retenus comme des configurations stables fondées sur une cohérence entre le type de pacte fédéral et l'ordre prévalant de légitimité des élites politiques (schéma 5). Il existe en effet un double risque de rupture des pactes fédéraux : risque de centralisation et, donc, de dérive de l'État fédéral vers un État unitaire, serait-il décentralisé, d'un côté ; risque d'éclatement en autant d'États souverains qu'il y a d'unités fédérées, de l'autre.

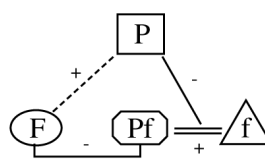
Schéma 5
Premier critère de différenciation des fédérations :
structure politique³⁸

Fédéralisme intergouvernemental
 (chambre territoriale inexistante
 ou sans réel pouvoir)

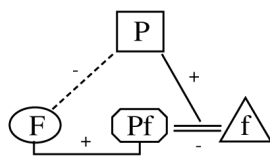


Forme instable : Tendance à dériver en état unitaire; faible légitimité des États fédérés

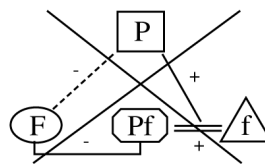
Fédéralisme intragouvernemental
 (chambre territoriale puissante)



Stable : Équilibre statique de pouvoirs complémentaires; fédéralisme administratif ou coopératif (ou les deux)



Stable : Équilibre dynamique de pouvoirs concurrents



Forme instable : Tendance à l'éclatement de la fédération; fédéralisme exécutif compétitif avec faible légitimité de l'État fédéral soumis aux divers intérêts territoriaux

Un système fédéral « authentique » peut alors être défini comme celui dans lequel est institué un mécanisme d'autoconservation du principe fédéral qui régule en permanence sa contradiction constitutive entre unité et diversité : si l'unité l'emporte sur la diversité ou si, à l'inverse, c'est la diversité qui triomphe aux dépens de l'unité, on ne peut plus guère parler de fédéralisme. Cela est évident dans le second cas qui entraîne une destruction explicite de la fédération ; cela peut l'être moins dans le premier dans la mesure où, en général, on continue à parler d'État fédéral alors même que n'existe plus en fait de système fédéral, mais seulement un État unitaire décentralisé (ou un Empire) ayant envahi les domaines de compétences des États fédérés. Le risque de dérive centraliste est évidemment plus fort dans le type « intra-étatique », alors que le risque d'éclatement est plus immédiat dans le type « interétatique ».

38. Le signe « + » signifie une relation forte, le signe « - » une relation corrélativement faible, dominée par la relation forte.

2. Structuration fisco-financière

Mais la structure politique des fédérations n'est pas leur seule dimension à prendre en considération. Leur structuration économique, fisco-financière en l'occurrence, est tout aussi importante, car elle est ce qui permet à l'organisation politique de fonctionner et donc au pacte fédéral de se reproduire. Or une fédération connaît, au même titre qu'un État unitaire, un régime fisco-financier exprimant sa légitimité à se procurer des ressources auprès de ses citoyens afin de pouvoir dépenser pour maintenir ou étendre son organisation ainsi que pour reproduire cette légitimité en redistribuant des ressources à ces mêmes citoyens³⁹. Du fait du dédoublement d'un tel régime aux niveaux fédéral et fédéré, la régulation des finances publiques dans une fédération a aussi une autre dimension cruciale qui touche au régime de répartition des ressources fiscales et des compétences dévotives entre l'État fédéral et les entités fédérées. À la question du déficit budgétaire de chaque ordre de gouvernement, s'en ajoutent ainsi deux autres : d'une part, celle du déficit vertical global entre État fédéral, d'un côté, et entités fédérées, de l'autre, attribuable à une dissymétrie inévitable entre la distribution des ressources et celle des compétences entre les deux ordres de gouvernement ; d'autre part, celle des déficits horizontaux qui peuvent exister entre entités fédérées du fait de leur inégale richesse et, par conséquent, de potentiels fiscaux inégaux. Il en résulte que, dans toute fédération, la question des transferts intergouvernementaux permettant de régler de tels déficits est centrale, la redistribution des ressources fiscales et financières ne concernant donc pas seulement les citoyens individuellement, mais aussi les collectifs territoriaux fédérés.

Le système de relations entre finances fédérales et finances des entités fédérées (ce que les économistes appellent le fédéralisme budgétaire) est en fait la forme que prend le pacte fédéral au niveau économique. C'est à ce niveau l'équivalent fonctionnel du système de représentation des entités fédérées au sein de l'État fédéral qui prévaut au niveau politique, système qui, on vient de le voir, peut être principalement caractérisé par le jeu médiateur de la chambre territoriale. En matière de fédéralisme budgétaire, c'est le système des transferts intergouvernementaux, c'est-à-dire des droits et obligations fisco-financières réciproques liant l'État fédéral et les entités fédérées, qui tient ce rôle médiateur, l'équivalent fonctionnel du degré de puissance de la chambre territoriale au sein de l'ordre fédéral étant alors le degré d'inconditionnalité et de péréquation (égalisation des conditions d'exercice de leurs compétences par les diverses entités fédérées) du régime de ces transferts.

39. Un régime fisco-financier est un système de corrélations historiques liant recettes fiscales, dépenses et endettement publics, système permettant la couverture des dépenses de l'État par ses recettes et la régulation du déficit budgétaire. Voir Bruno THÉRET, *Régimes économiques de l'ordre politique*, Paris, PUF, 1992.

L'institution économique principale à prendre en compte pour caractériser conceptuellement le pacte fédéral au niveau économique est, dans cette perspective, la « péréquation » fédérale des revenus entre entités fédérées, ce qui ne signifie pas que les systèmes de redistribution intergouvernementale ne comprennent pas d'autres types de transferts, plus ou moins conditionnels ou arbitraires, plus ou moins égalisateurs et négociés indépendamment de la péréquation. Mais la réduction des inégalités territoriales d'accès aux biens publics semble bien être une condition essentielle de la reproduction des fédérations qui conforme structurellement leur mode de gouvernement. C'est là le résultat logique de ce que l'insertion des fédérations dans une économie de marché tend en permanence à transformer toute différence, valorisée positivement par le fédéralisme, en inégalité, valorisée négativement par la démocratie. En transformant l'incomparable en comparable, le marché tend ainsi à engendrer des calculs de gains et pertes relatives associées à la participation à l'ensemble fédératif⁴⁰, ce qui est, en régime démocratique, la source de conflits qui doivent être régulés pour que la fédération puisse perdurer.

La nécessité d'une prise en compte dans le pacte fédéral de cette exigence de régulation tendra alors à passer par la reconnaissance de droits « sociaux » spécifiques aux collectivités fédérées et l'institution de procédures fisco-financières par le jeu desquelles ces droits peuvent être honorés et les inégalités économiques entre entités fédérées réduites. D'où l'une des fonctions majeures de l'État fédéral qui est de centraliser ou redistribuer sous forme de péréquation des ressources monétaires afin de réduire les inégalités territoriales d'accès aux biens publics. Mais cet objectif d'égalisation des conditions sur tout le territoire de la fédération peut être recherché par d'autres moyens, notamment lorsque le fédéralisme est pensé, comme dans la vision libérale à la Riker, en tant que la meilleure façon d'aboutir à un État minimum laissant la main invisible du marché diriger le corps politique sur la voie de l'optimum social. En ce cas, la péréquation est faible ou nulle, les transferts fédéraux sont conditionnels, et c'est à la concurrence et à la mobilité des facteurs travail et capital qu'est laissé le soin d'homogénéiser les conditions sociologiques entre entités fédérées⁴¹.

Ainsi, de même qu'on a pu opposer au niveau politique deux grands idéaux-types de systèmes fédératifs selon qu'il y existe ou pas une chambre territoriale forte permettant aux entités fédérées de participer à la décision dans l'ordre fédéral, on peut au plan économique considérer une polarisation entre deux modèles de fédéralisme selon que la péréquation y est forte ou faible. Une péréquation faible ou nulle signifie que l'égalisation des conditions entre territoires n'est pas vue comme un problème politique, mais qu'elle relève du jeu des mécanismes économiques de marché.

40. Ce qui est bien illustré par le principe du « juste retour » qui tend actuellement à prévaloir dans l'Union européenne.

41. En fait, la présence ou l'absence dans une constitution fédérale d'un système de péréquation détermine la nature – politique ou économique – du terrain sur lequel va se faire la concurrence entre les divers ordres de gouvernement. Sur ce point, voir THÉRET, *supra*, note 17.

DU PRINCIPE FÉDÉRAL À UNE TYPOLOGIE DES FÉDÉRATIONS

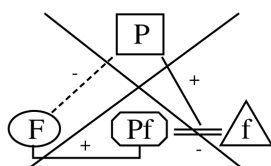
Il est par ailleurs possible de reprendre la structure élémentaire de tout système fédéral (schéma 4) pour en décrire également la structure fisco-financière. Les relations 1 et 2 de cette structure sont en ce cas des relations de centralisation-redistribution État-individus, formes économiques des relations de citoyenneté et d'identification à chacun des deux ordres de gouvernement. Prises ensemble en tant que paire inséparable, elles expriment une concurrence fiscale et dépensière entre les deux ordres de gouvernement, concurrence qui ne saurait dissimuler l'asymétrie attribuable au caractère mixte de la relation 2, laquelle n'est pas une relation exclusive des citoyens aux entités fédérées, mais suppose également un rapport à l'État fédéral à travers ses transferts à ces dernières. Les relations 3 et 4 sont, quant à elles, les relations fisco-financières structurant l'ordre politique fédéral en tant que totalité, relations entre l'État fédéral et les états fédérés médiatisées par le système de répartition des ressources fiscales et de transfert de ces ressources entre les ordres de gouvernement.

L'indépendance *a priori* des paires de relations 1-2 et 3-4 est aussi en ce cas vérifiée puisqu'un État fédéral engagé ou non dans la péréquation peut opérer une redistribution individuelle directe forte ou faible. Tout dépend de sa capacité fiscale globale et, donc, de la répartition des compétences fiscales et dépensières dont le pacte fédéral originel et l'histoire de la fédération ont doté chaque ordre de gouvernement. Mais, comme pour la structuration politique, on peut, du point de vue de la dynamique des institutions, considérer que certaines configurations ou corrélations entre ces paires de relations sont logiquement instables en ce qu'elles sont propices soit à la désintégration des fédérations, soit à leur dérive centralisatrice vers un État unitaire (voir le schéma 6).

En effet, une redistribution fédérale directe faible (par rapport à celle opérée par les unités fédérées) combinée à des transferts intergouvernementaux de péréquation eux-mêmes faibles ne constitue pas une base de légitimité assurée pour un gouvernement fédéral dont la base fiscale est dans ce cas également faible. De même, mais à l'inverse, une redistribution fédérale forte combinée à une péréquation forte signale une forme de fédération fortement centrée autour de l'État fédéral et dans laquelle l'autonomie fiscale des entités fédérées est nécessairement inconsistante. La péréquation va alors avec un bas niveau de redistribution au niveau régional. Ceci indique que les gouvernements fédérés ne disposent pas d'une base de légitimité suffisante pour s'opposer aux tendances unitaristes portées par un État fédéral qui bénéficie de son côté de l'essentiel des ressources fiscales.

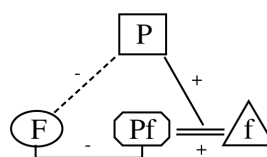
Schéma 6
Deuxième critère de différenciation des fédérations :
structure fisco-financière⁴²

Fédéralisme « market-preserving »
 (sans péréquation)

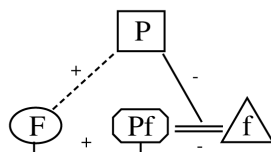


Redistribution fédérale directe faible
Forme instable : Tendance à la désagrégation de la fédération (faible légitimité de l'État fédéral)

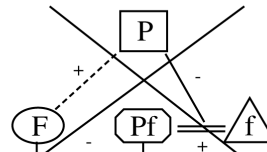
Fédéralisme « social »
 (avec péréquation)



Redistribution fédérale directe faible



Redistribution fédérale directe forte



Redistribution fédérale directe forte
Forme instable : Tendance au centrisme de la fédération sur l'État fédéral

CONCLUSION

Si l'on combine pour terminer les structures politiques et fisco-financières présentées dans les schémas 5 et 6 (tableau 6), on retrouve le système du tableau 5 à quatre types de fédéralisme.

Néanmoins, l'analyse structurale menée entre-temps permet désormais de mieux faire apparaître le caractère instable du type B2, modèle duquel l'Union européenne s'est rapprochée à l'issue de son évolution dans les années 1980 et 1990. L'analyse précédente suggère en effet deux choses : d'une part, qu'il y a nécessité pour un fédéralisme fondé sur une concurrence marchande entre territoires de disposer d'un fort pouvoir fédéral de redistribution de façon à compenser au coup par coup les chocs asymétriques de marché qui ne

42. Le terme « *market-preserving federalism* » est emprunté à Ronald I. McKINNON, « Monetary Regimes, Government Borrowing Constraints, and Market-preserving Federalism: Implications for EMU », dans T.J. COURCHENE (dir.), *The Nation State in a Global/Information Era: Policy Challenges*, Kinston (Ont.), John Deutsch Institute for the Study of Economic Policy, 1997, 101.

Tableau 6
Modèles élémentaires de systèmes fédératifs

A1. Fédéralisme intra-étatique « <i>market-preserving</i> » : tendance États-Unis	B2. Fédéralisme interétatique « <i>market-preserving</i> » : tendance Union européenne
A2. Fédéralisme intra-étatique « <i>social</i> » : tendance Allemagne	B1. Fédéralisme interétatique « <i>social</i> » : tendance Canada

manquent pas de l'affecter (type A1 et idéal-type américain⁴³) ; d'autre part, que la légitimité du gouvernement fédéral, condition essentielle pour que celui-ci puisse se procurer des ressources à redistribuer, est très difficile à fonder dans une fédération interétatique et ne saurait être acquise dans un cadre purement libéral. L'État fédéral ne peut, en ce cas, fonder son autonomie en toute légitimité qu'en se montrant efficace dans sa fonction de juste répartition des bénéfices de la fédération, fonction qui ne doit pas par ailleurs interférer avec les compétences des entités fédérées et doit donc passer par des transferts inconditionnels de péréquation (type B1 et idéal-type canadien). Le modèle interétatique de fédéralisme fondé sur le marché n'est donc pas stable, ce que la situation actuelle de l'Union européenne montre à souhait. Il faut alors considérer que ce ne sont pas quatre, mais plutôt trois modèles de fédéralisme qui sont susceptibles de servir de référents à partir desquels on devrait pouvoir mieux théoriser la phénoménologie du fédéralisme.

L'instabilité du type B2 montre en outre qu'on ne saurait en rester à une vision statique des systèmes fédératifs. Il existe pour chacun d'entre eux une pluralité d'évolutions possibles – soit vers l'autoconservation selon des régimes eux-mêmes différents, soit vers la centralisation, ou encore, l'éclatement. Mais ces évolutions ne sont pas innombrables ni totalement libres, car elles s'expliquent par la structuration précise de la configuration institutionnelle d'ensemble de chaque fédération ; elles sont notamment fonctions de la combinaison de leur régime politique et de leur régime fisco-financier (au sens large incluant le régime de transferts intergouvernementaux), combinaison soumise aux jeux stratégiques des acteurs sociaux, individuels et collectifs, qui acceptent ou contestent ces régimes.

Ainsi, l'analyse conceptuelle qu'on vient d'esquisser nous semble permettre de revenir à l'étude des cas concrets de fédérations avec une problématique plus dynamique que les approches typologiques habituelles qui sont de nature essentiellement statique. C'est là un point qui nous paraît particulièrement important pour l'étude de la phénoménologie du fédéralisme, phénomène en transformation permanente du fait de la tension irréductible entre unité et diversité qu'il est censé résoudre sans pouvoir l'éliminer.

43. Voir James K. GALBRAITH, Pedro CONCEICAO et Pedro FERREIRA, « Inequality and Unemployment in Europe: The American Cure », (1999) *New Left Review* 1/237, 28.

Chapter 2

Comparative Constitutional Federalism: Its Strengths and Limits

Vicki C. JACKSON*

Abstract

An increasingly transnational constitutional discourse offers substantial benefits to jurists and scholars alike, especially on such central concepts as human dignity and equality. Understanding the comparative dimensions of federalism is of increasing importance to the cross-cutting fields of constitutional law, international law, and political science. But constitutional federalism—the subject of this paper—is marked by two phenomena that may call for particular cautions for students of comparative constitutional law. First, federal systems are generally constructed as “package deals”: the division and allocation of powers in federal systems characteristically are created as interlocking pieces, and their interpretation will likewise be based in part on the role a particular provision plays in the overall system. Second, federal systems are generally created by historically contingent compromises, perhaps to a larger

Résumé

Un discours constitutionnel transnational de plus en plus présent offre des bénéfices substantiels aux juristes autant qu’aux universitaires, concernant particulièrement des concepts fondamentaux comme la dignité humaine et l’égalité. Comprendre les dimensions comparatives du fédéralisme est d’une importance croissante pour les champs concurrents que sont le droit constitutionnel, le droit international et la science politique. Pourtant le fédéralisme constitutionnel – dont discute ce texte – est marqué par deux phénomènes avec lesquels les étudiants en droit constitutionnel doivent prendre certaines précautions. Premièrement, les systèmes fédéraux prennent généralement la forme de « package deals »: généralement, la division et la distribution des pouvoirs dans les systèmes fédéraux fonctionnent de façon interdépendante, et leur interprétation vont d’ordinaire se fonder en partie sur le rôle que jouent des dispositions particulières au

* Professor of Law, Georgetown University Law Center. The author is grateful to Amber Dolman, Alida Dagostino, and Emily O’Brien for their valuable research assistance, and to her colleagues at Georgetown for their many helpful comments. This chapter grows out of a paper prepared for a presentation at the McGill University International Conference on Federalism, November 8-10, 2002. The topic is also explored in another version of this paper being published as “Comparative Constitutional Federalism and Transnational Judicial Discourse”, (2004) 2 Int’l J. Const. L. 91. This chapter was completed in 2003.

degree than adoptions of many kinds of individual bill of rights provisions. How these two phenomena affect the uses of comparative constitutional federalism will vary depending on their contexts.

sein de l'ensemble du système. Deuxièmement, les systèmes fédéraux sont généralement créés par des compromis déterminés par des contingences historiques, peut-être encore plus que par l'adoption de dispositions de toutes sortes touchant les droits de l'homme. La manière dont ces deux phénomènes influencent le recours à l'étude du fédéralisme constitutionnel comparé est fonction du contexte.

INTRODUCTION

An increasingly transnational constitutional discourse has developed in recent years. This discourse offers substantial benefits to both jurists and scholars. On issues including the death penalty,¹ positive social welfare related rights,²

1. Compare *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283 (Canada) and *Soering v. United Kingdom*, (1989) 161 Eur Ct. H.R. (Ser. A.), 11 EHRR 439, with *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989) (rejecting the relevance of other nations' positions on legality of the death penalty). The relevance of foreign practice remains controversial in the U.S. Supreme Court. See *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 at 316 n. 21 (2002) (noting that "within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved"); *ibid.*, at 325 (Rehnquist, C.J., dissenting and vigorously disagreeing that practices in other nations are relevant to the 8th Amendment question of what is "cruel and unusual"; "if it is evidence of a national consensus for which we are looking, then the viewpoints of other countries simply are not relevant"). See also *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990 at 995-996 (1999) (Breyer, J., dissenting from the denial of *certiorari* and arguing that decisions of other nations cast doubt on validity of death penalty in U.S.); *ibid.*, at 990-993 (Thomas, J., concurring in denial of *certiorari* and accusing Breyer's "neoteric" resort to the practice of other nations of instead supporting the constitutionality of the death penalty); *Foster v. Florida*, 123 S.Ct. 470 at 472 (2002) (Breyer, J., dissenting, noting that "courts of other nations have found that delays of 15 years or less can render capital punishment degrading, shocking, or cruel" and specifically noting a recent Canadian decision holding "that the potential for lengthy incarceration before execution is 'a relevant consideration' when determining whether extradition to the United States violates principles of 'fundamental justice'"); compare *ibid.*, at 470 note * (Thomas, J., concurring in denial of *certiorari*, "While Congress, as a legislature, may wish to consider the actions of other nations on any issue it likes, this Court's Eighth Amendment jurisprudence should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans"). State courts in the United States may also rely on international human rights norms and the constitutional decisions of foreign tribunals. See *e.g. Sterling v. Cupp*, 290 Or. 611, 625 P.2d 123 at n. 21 (1981) (citing the *Universal Declaration of Human Rights* and decisions of the European Court of Human Rights).
2. Compare *Republic of South Africa v. Grootboom*, (2000) 11 BCLR 1169 (CC) with the *Polish Housing Allowance Case*, 4 East Eur. Case Rep. 69 (1997) (reporting on POL-1997-1-003) and *Hungarian Welfare Benefit Reduction cases*, 43/1995 (VI.30) AB Decision (Constitutional Court of Hungary), 4 East Eur. Case Rep. Const. L. 64 (1997).

freedom of expression,³ and gender equality,⁴ constitutional courts around the world are confronting similar legal issues and principles. Not only are they addressing these issues in parallel, but increasingly constitutional courts refer to the decisions and reasoning of other constitutional courts—not always to agree, but rather to refine and sharpen understandings of the best ways to apply such basic concepts as human dignity, equality, and freedom in contemporary contexts.⁵

Many judges and scholars celebrate this transnational constitutional consciousness. Professor Lorraine Weinrib of Canada has argued that there is a transnational constitutional method, founded in a basic commitment to human dignity, and applying principles of proportionality in measuring the lawfulness of limitations on individual rights.⁶ Professor Donald Kommers of the United States has devoted much of his distinguished scholarly career to understanding German constitutional law and exploring how its commitments to human dignity might inform understandings of constitutionalism more generally.⁷ Justice Kirby of Australia praises the increase in judicial consideration of the constitutional decisions of other nations,⁸ and President Barak of the Israeli Supreme Court draws broadly on comparative sources in discussing the roles of constitutional courts.⁹ Justices Breyer, Ginsburg, Kennedy, and O'Connor and Chief Justice Rehnquist of the United States Supreme Court have all at least nodded in the direction of learning from the constitutional decisions of other nation's courts.¹⁰

3. Compare *RAV v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) with *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 (Canada).
4. Compare *Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98, [2000] E.C.R. I-69, 2000 ECJ CELEX 6904 (invalidating a German law that prohibited military service by women except in medical or musical positions), and *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996) (invalidating the state's exclusion of women from the Virginia Military Institute) with *Dory v. Bundesrepublik Deutschland*, C-186/01, [2003] E.C.R. I-2479, 2003 ECJ LEXIS 99 (holding that it does not violate EU law to limit compulsory military service to men); *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981) (upholding a statute requiring men, but not women, to register for the draft); cf. *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2472 at 2481 (2003) (discussing European Court of Human Rights caselaw on homosexual rights).
5. See Vicki C. JACKSON, "Narratives of Federalism: Of Continuities, and Comparative Constitutional Learning", (2001) 51 *Duke L.J.* 223; David FONTANA, "Refined Comparativism in Constitutional Law", (2001) 49 *U.C.L.A. L. Rev.* 539; cf. Mark TUSHNET, "The Possibilities of Comparative Constitutional Law", (1999) 108 *Yale L.J.* 1225.
6. See Lorraine WEINRIB, "Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism", in Vicki C. JACKSON and Mark TUSHNET, eds., *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, (Westport, Conn.: Praeger, 2002).
7. See Donald KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2nd ed., (Durham & London: Duke University Press, 1997), p. 382-387.
8. See Michael KIRBY, "Think Globally", (2001) 4 *Green Bag 2d* 287 at 291.
9. See Aharon BARAK, "A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", (2002) 116 *Harv. L. Rev.* 16.
10. See e.g. William H. REHNQUIST, "Forward", in Vicki C. JACKSON and Mark TUSHNET, *supra*, note 6 at vii, viii (stating that "it's time the U.S. courts began looking to the decisions of other constitutional courts to aid in their own deliberative process"); Sandra DAY

The potential benefits of comparative constitutional learning are many. They include the development of general understandings of the content of core concepts such as human dignity, equality, and freedom, and thus aid in the interpretive questions that arise under the many constitutions of the world that invoke similar concepts. Comparative constitutional study offers the possibility of sharpened understandings of the particular aspects of one's own system or provisions and, in some cases, of illuminated understandings that what may have seemed essential to constitutionalism are rather choices made by particular polities, not necessary for reasonable forms of constitutionalism.¹¹ Confronting other national court decisions and explaining disagreements with them may help to elicit better reasoning and more complete understanding of difference and distinctiveness.¹² Comparative constitutional study may also be helpful at the level of interpretive methodology, and in determining what are appropriate sources to consider in resolving constitutional questions.¹³ For those interested in the operation of legal or political institutions, comparative constitutional study offers a rich and varied field of data sets about the relationship between structures and particular kinds of outcomes, such as stability, peace, protection of civil liberties, economic justice and/or success. Comparative constitutional study also has its limitations—most notably those deriving from the difficulty of avoiding the temptation to examine other constitutional systems only through the lens of the system one is most acquainted with, without seeking to obtain both critical distance from one's own system and contextualized understandings of other systems.¹⁴

O'CONNOR, "Broadening Our Horizons: Why American Lawyers Must Learn About Foreign Law", (1998) 45 Fed. Law. 20; Ruth BADER GINSBURG and Deborah MERRITT, "Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue", (1999) 54 Rec. 279; *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990 at 995-996 (1999) (Breyer, J., dissenting from the denial of certiorari, arguing that decisions of other nations cast doubt on the validity of the death penalty domestically); *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2472 at 2481 (2003) (Kennedy, J., citing *Dudgeon v. United Kingdom*, (1981) 45 Eur. Ct. H.R. (Ser. A.) 52).

11. See e.g. TUSHNET, *supra*, note 6, at 1233-1237 (discussing the U.S. doctrine of standing).
12. For a helpful discussion on the use of another nation's constitutional experience as a negative precedent in constitution drafting and interpretation, see Sujit CHOUDHRY, "The *Lochner* Era and Comparative Constitutionalism", (2004) 2 Int'l J. Const. L. 1. For further discussion of uses of comparative constitutional law see David FONTANA, "Refined Comparativism in Constitutional Law", (2001) 49 U.C.L.A. L. Rev. 539.
13. See *State v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391 at 404-405 (CC) [*Makwanyane*] (discussing the appropriate role of the legislative history of constitutional provisions in constitutional interpretation).
14. See generally Günter FRANKENBERG, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", (1985) 26 Harv. Int'l L.J. 411. Other objections to the use of comparative constitutional law, including questions of legitimacy derived from positivist theories of law or the political context of representative democracies, as well as concerns for jurists' competence to understand foreign decisions properly, are not addressed in this chapter. For further discussion of these and related issues, see e.g. JACKSON, *supra*, note 5, at 263-271; Carlos F. ROSENKRANTZ, "Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law", (2003) 1 Int'l J. Const. L. 269 (arguing that resort to foreign law can impair development of authentic domestic constitutional law).

In addition to the growing phenomenon of comparative constitutional discourse, in both courts and academe, there has been renewed interest in federalism associated with the wave of constitution-making since the Berlin Wall fell in Europe and apartheid was overcome in South Africa. Federalist or consociational solutions have been rejected in the former Czechoslovakia,¹⁵ reformed in Russia, advanced in Belgium and South Africa,¹⁶ considered and adopted in a very tentative way in the United Kingdom,¹⁷ and advocated for, or in form used, in such unstable and violence-ridden places as Bosnia and the Middle East.¹⁸ Federalism has come to occupy a “hot seat” on the agenda of the United States Supreme Court which, since 1991, has substantially revived, and changed, the prior post-New Deal consensus on federalism in the United States.¹⁹ And Canada has witnessed repeated debate and referenda on the question of Quebec’s status within a federal Canada.

Federalism is of concern not only to constitutionalists, but also to international law experts and to political scientists. What some call “postmodern

-
15. See Eric STEIN, *Czecho/Slovakia: Ethnic Conflict, Constitutional Fissure, Negotiated Break-up* (Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 1997).
 16. Belgium’s process of constitutional change from a unitary to a federal state began in 1970; its 1993 constitutional amendments, effective in 1994, solidified and extended devolutionary changes to establish a federal form of government involving the centralized government, regional governments and governments based on linguistic communities. See André ALEN, ed., *Treatise on Belgian Constitutional Law* (Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1992); International Constitutional Law, ICL “Belgium Index,” online: International Constitutional Law <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/be__indx.html>. South Africa’s constitution of October 11, 1996 also provides for a federal or quasi-federal form of organization. See the *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, s. 40-41, 60, 76, 103-104, 151 (providing for a “co-operative” form of government in which powers are shared at the national, provincial, and local level, and establishing a “National Council of Provinces” as part of the national legislative process).
 17. For a discussion of the *Scotland Act 1998* (U.K.), 1998, c. 46; the *Government of Wales Act 1998* (U.K.), 1998, c. 38; and the *Northern Ireland Act 1998* (U.K.), 1998, c. 47, see Vernon BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom* (Oxford; New York: Oxford University Press, 1999) and Noreen BURROWS, *Devolution* (London: Sweet & Maxwell, 2000). See also B.M. SELWAY, “The Constitution of the UK: A Long Distance Perspective”, (2001) 30 *Common Law World Review* 3 (describing devolutionary change and, more generally, discussing federalism in the UK). For a more skeptical view on whether the devolutionary acts of 1998 create or are a step towards a federal system, see Rodney BRAZIER, “The Constitution of the United Kingdom” (1999) 58:1 *Cambridge L.J.* 96.
 18. On Bosnia-Herzegovina, see Robert M. HAYDEN, “The 1995 Agreements on Bosnia and Herzegovina and the Dayton Constitution: The Political Utility of a Constitutional Illusion”, (1995) 4 *East Eur. Const. Rev.* 59; “Bosnia: The Contradictions of ‘Democracy’ Without Consent”, (1998) 7 *East Eur. Const. Rev.* 47; and “Bosnia and Herzegovina”, (1999) 8 *East Eur. Const. Rev.* 7. See also CIA Country Book, “Bosnia/Herzegovina”, online: The World Factbook 2002 <<http://www.odci.gov/cia/publications/factbook/geos/bk.html#>> (updated as of March 19, 2003). On federalism and the Palestinian-Israeli conflict, see e.g. Justus R. WEINER, “Co-Existence Without Conflict: The Implementation of Legal Structures for Israeli-Palestinian Cooperation Pursuant to the Interim Peace Agreements”, (2000) 26 *Brooklyn J. Int’l L.* 591 (discussing the possibilities of confederal or federal resolutions).
 19. See e.g. Vicki C. JACKSON, “Federalism and the Uses and Limits of Law: Printz and Principle”, (1998) 111 *Harv. L. Rev.* 2180; JACKSON, *supra*, note 5, at 233-241.

tribalism”²⁰ has led to difficult and in some cases deadly conflicts. In recent decades, international law has struggled with apparent tensions between the older norm of *uti possidetis*—the principle of the territorial integrity of existing states within colonial boundaries—and the principle of self-determination, codified in two major international human rights covenants.²¹ According to Thomas Franck, this right of self-determination “does not give minorities a legal right to secede” but rather implies commitments both to democracy and to the rights of ethnic, religious or linguistic minorities to enjoy their own culture, practice their religion, or use their language.²² In his view, “[p]ost-colonial international law ... appears not to take sides [on secession] but, rather, to regulate and mitigate in a humanitarian fashion the effects of postmodern tribal secessionism”.²³ Federal structures in some respects may facilitate secession, both politically and under international law, insofar as they provide boundaries which can be used to define a new state.²⁴ Federalism, moreover, may be a solution to some problems in international law, but poses its own challenges to traditional international law norms premised on national states as the principal actors in the international arena. Subnational entities in many countries—including the United States, Germany, and Belgium—are now insisting on having a place at the table in international relations, in at least some areas. Federalism may be a solution to problems of governance, but may rigidify and

-
20. T.M. FRANCK, “Postmodern Tribalism and the Right to Secession”, in Catherine BROL-MANN, Rene LEFEBER and Marjoleine ZIECK, eds., *Peoples and Minorities in International Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993).
21. See *International Covenant on Civil and Political Rights*, 23 March 1976, 999 U.N.T.S. 171, G.A. res. 2200A (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, U.N. Doc. A/6316 (1966), art. 1(1) [hereinafter ICCPR]; *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 3 January 1976, 993 U.N.T.S. 3, G.A. Res. 2200, U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, U.N. Doc. A/6316 (1966), art. 1(1) (using the same language as ICCPR art. 1(1)); see also *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, G.A. Res. 2625, U.N. GAOR, 25th Sess. Supp. No. 28, at 121, U.N. Doc. A/B028 (1987); *Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe* (Helsinki Accord of 1975) 14 I.L.M. 1292, Principle VIII (“participating States will respect the equal rights of peoples and their right to self determination”); but cf. *ibid.* at Principles IV, VIII (respect for territorial integrity of each participating state).
22. See FRANCK, *supra*, note 20, at 11 (referring as well to art. 27 of the ICCPR). See also Anne F. BAYEFKY, “Introduction”, in Anne R. BAYEFKY, ed., *Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned* (Boston: Kluwer Law International, 2000) at 15-17; Karen KNOP, *Diversity and Self-Determination in International Law* (New York: Cambridge University Press, 2002), at 53 n. 108, 65-90. For differing views on secession in international law, see e.g. Stephen J. TOOPE, *Comment on the Quebec Secession Reference*, (1999) 93 Am. J. Int’l L. 519, 523-525 (suggesting that international law is beginning to recognize a more expansive right to secede beyond colonial situations). Franck acknowledges that nothing in the ICCPR prohibits secession; FRANCK, *supra*, note 20, at 12.
23. FRANCK, *ibid.* at 12.
24. See Allen BUCHANAN, “Federalism, Secession and the Morality of Inclusion”, (1995) 37 *Ariz. L. Rev.* 53 at 55 (arguing that federalism is likely to succeed as an alternative to secession “only if international law unambiguously rejects the principle that an existing federal unit may secede if there is a plebiscite in that unit in favor of secession”).

even exacerbate the divisions that it seeks to manage. There is thus a robust discussion among political scientists about its utility and effects.²⁵

In order to understand the particular challenges of comparative constitutional federalism, this paper will first identify some differences in the scope of transnational constitutional discourse on federalism and on individual rights. It will then briefly address, more generally, the nature of comparative constitutional study, and proceed to identify some particular challenges for the study of constitutional federalism.

A. CONSTITUTIONAL COMPARISON: CONTRASTING TRANSNATIONAL CONSTITUTIONAL DISCOURSE IN INDIVIDUAL RIGHTS AND FEDERALISM CASES

Consider how a transnational comparison about an issue of constitutional law may be introduced. The opinion of President Chaskalson of the South African Constitutional Court, in its well-known death penalty case, *State v. Makwanyane*,²⁶ might serve as an illustration. In *Makwanyane*, President Chaskalson, writing the main judgment of the Court, noted that the Constitution is silent on the death penalty but prohibits “cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,” and indicates that the rights to life and human dignity are protected.²⁷ South Africa has a constitutional provision (similar to one in Canada) specifying that “any limitation on rights must be justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality”.²⁸ The South African constitution also specifically authorizes consideration of foreign law on constitutional questions of interpretation.²⁹

25. For a well-informed and appropriately cautious view about the prospects for managing ethnic conflict through geographic political divides (as well as other structural devices such as voting schemes, reserved seats, etc.) see Donald HOROWITZ, *Ethnic Groups in Conflict*, 2nd ed. (London: University of California Press, 2000) at 563-653. For his description of the debate over whether federal systems should be organized along ethnic lines or in more heterogeneous ways, see at 602 n. 2.

26. *Supra*, note 13.

27. *Ibid.*, at 402-403.

28. [Interim] *Constitution of the Republic of South Africa*, No. 200 of 1993, s. 33(1); see also *Constitution of the Republic of South Africa, 1997*, s. 36(1). Canada’s s. 1 provision differs somewhat in language, but leads to similar ends. See *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11, s. 1.

29. [Interim] *Constitution of the Republic of South Africa, ibid.*, s. 35(1) (“In interpreting the provisions of this chapter a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality and shall, where applicable, have regard to public international law applicable to the protection of the rights entrenched in this chapter, and may have regard to comparable foreign case law.”); see also *Constitution of the Republic of South Africa, 1997*, s. 39(1).

The opinions of the Court discussed decisions on the death penalty from countries around the world, for a number of purposes.³⁰ Justice Chaskalson used foreign law to establish a trend of decisions against the death penalty,³¹ and also considered and, in some cases, relied on the reasoning of those justices who condemn the death penalty. His opinion also treated seriously those court decision that took a different view, distinguishing those decisions upholding the death penalty (in the United States, India, and Botswana) in part on grounds of differences in constitutional texts (in the United States, the presence of rights provisions impliedly accepting capital punishment and the absence of a limitations clause, which in South Africa gives rise to a broad reading of basic rights; in India, the presence of a punishment by law clause).³² He also concluded that comparative experience in “retentionist” jurisdictions demonstrated the impossibility of meeting standards of fairness in the administration of the death penalty.³³ This argument was supported in large measure by analysis of the experience of the United States, as a major retentionist jurisdiction, as reflecting the impracticability of an effort to constrain the death penalty within constitutional limits.³⁴

Within this single opinion, then, one can see a number of uses of comparative constitutional law: as “facts” to establish a trend; as reasoning about a human right that has transnational (or what Gerald Neuman calls “supra positive”) meanings;³⁵ as revealing consequences of different interpretive choices; and as a basis for national differentiation and distinction.³⁶ Although the method is in part empirical and consequentialist, it also suggests that comparative constitutional decisions can help provide meaning to terms capable of relatively universal understandings. By this I mean that the methodology

30. Although I focus on the opinion of Chaskalson, several other justices likewise averted to foreign constitutional law as arguments were weighed and formulated. See *e.g. Makwanyane*, *supra*, note 13, at 461-465 (Didcott, J.).

31. See *ibid.*, at 412-413 (discussing the “momentum” against the death penalty).

32. *Ibid.*, at 415-416 (noting that Fifth and Fourteenth Amendments of the U.S. Constitution impliedly accept capital punishment); *ibid.* at 435-436 (noting the different analysis required by s. 33 of South African Constitution from that employed in U.S.); *ibid.* at 426-427 (distinguishing the text of Indian Constitution as specifically contemplating the death penalty); *ibid.* at 428 n. 103 (noting the Indian Constitution’s similarity to that of Botswana).

33. See *ibid.*, at 422; see also at 415-426, 431-432 (discussing the U.S. death penalty law); at 427-429 (discussing the death penalty law in India).

34. *Ibid.*, at 418-422. Justice Chaskalson also discussed in some detail the approach of other constitutional courts to a limitation clause, such as s. 33. See *ibid.*, at 437-439 (discussing limitations clauses in Canada, Germany, and the European Convention); *ibid.*, at 446-447. The South African Court also discussed U.S. state court decisions in Massachusetts and California holding the death penalty unconstitutional under state constitutions. See *Makwanyane*, *supra*, note 13, at 421 n. 82, 432-433.

35. See Gerald NEUMAN, “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, (2003) 55 *Stan. L. Rev.* 1863 at 1868.

36. See Sujit CHOUDHRY, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, (1999) 74 *Ind. L.J.* 819 at 860-862 (noting uses of comparative material in “dialogue” that may clarify one nation’s distinctiveness from another).

implies that the meaning of the concept for which a constitutional provision stands is one that transcends the particular language employed, and that the concept can and should be understood, in part, as members of the constitutional community of nations understands it.³⁷

It is important however, to recognize as well, that the South African court's decision in *Makwanyane* was by no means entirely universalist in its approach. As noted above, constitutional approaches in the United States and in India were distinguished from South Africa, providing negative precedents as a basis for an expression of South African constitutional identity. Moreover, President Chaskalson contextualized the decision in South African history, referring to and relying specifically on South African history of political violence in discussing the inefficacy of the death penalty as a deterrent,³⁸ and, interestingly, on the need in South Africa for the government to serve as a role model in respecting the value of human life.³⁹ Justice Mahomed likewise noted that the South African Constitution represented "a decisive break from, and ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular and repressive," and emphasized the post-amble's commitment to "*ubuntu*", an "ethos of an instinctive capacity for and enjoyment of love towards our fellow men and women." The death penalty's finality was, in his view, inconsistent with the South African Constitution's commitment to human life and dignity.⁴⁰ Justice Sachs's separate opinion took pains to express the need to give "long overdue recognition to African law and legal thinking, as a source of legal ideas, values and practices".⁴¹ But co-existing with the more particularized discussion of South Africa in these opinions is a more universalist inquiry into the decisions of other constitutional courts about the validity of the death penalty as helpful in resolving issues under constitutional language forbidding "cruel, inhuman or degrading punishment".⁴²

In resolving individual rights issues, it is not difficult to find decisions by constitutional courts in one nation drawing upon decisions on related issues in other, foreign jurisdictions.⁴³ *Makwanyane* is just one example in just one constitutional court. The Supreme Court of Canada in recent years has

37. See Anne-Marie SLAUGHTER, "A Global Community of Courts", (2003) 44 Harv. J. Int'l L. 191 at 194-204.

38. See *Makwanyane*, *supra*, note 13, at 442-443.

39. *Ibid.*, at 444.

40. *Ibid.*, at 487-488; see also at 490 (Mahomed, J., concurring) (also invoking opinions of other constitutional court justices). Several other justices discussed the concept of *ubuntu*. See *e.g. ibid.*, at 500-501 (Mokgoro, J. concurring).

41. *Ibid.*, at 514 (Sachs, J. concurring). Sachs went on to discuss not only *ubuntu*, but also studies of the practices of various traditional communities of people in Africa (at 517-518), and of the six neighboring countries to South Africa (at 519).

42. See *[Interim] Constitution of the Republic of South Africa*, *supra*, note 28, at s. 11(2).

43. For a very helpful discussion, see Christopher McCRUDDEN, "A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", (2000) 20 Oxford J. Leg. Stud. 499. See also Ann-Marie SLAUGHTER, "A Typology of Transjudicial Communication", (1994) 29 U. Rich. L. Rev. 99.

self-consciously claimed the mantle of a cosmopolitan constitutional culture, characterizing Canada as a leader in the international community against the death penalty,⁴⁴ and often referring to and discussing the constitutional decisions of other courts. In *R. v. Keegstra*,⁴⁵ for example, the Canadian Court discusses United States First Amendment cases; in *R. v. Morgentaler*,⁴⁶ the Court refers to European, German and United States abortion cases; and there are numerous Supreme Court of Canada cases citing *Board of Education v. Barnette*.⁴⁷

While it is not so common these days to find—at least in English language cases that are readily searchable—transnational reliance on federalism cases,⁴⁸ it is by no means unheard-of. Justice Frankfurter relied on Canadian decisions in U.S. tax immunity cases in the 1940s and 1950s.⁴⁹ More recently, Justice Breyer has urged consideration of comparative federal structures in an important dissent.⁵⁰ There are also a number of Canadian federalism cases that cite to the U.S. Court’s decision in *McCulloch v. Maryland*.⁵¹ In Australia,

44. See *United States v. Burns*, *supra*, note 1, at 330-332 (Can.).

45. See *R. v. Keegstra*, *supra*, note 3, at 738-744 (Dickson, C.J.).

46. See *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 20 at 30, 46 (Dickson, C.J.); at 108, 113 (Beetz, J.).

47. See *e.g.* *Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, citing *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) (holding unconstitutional a state law that compelled all schoolchildren to salute the flag, including those with religious objections, as an infringement on freedom of conscience). According to a Lexis search in January 2003 for “board of education w/3 barnette” in the file “All Supreme Court of Canada Decisions”, there were seven cases (beginning in 1963) citing the U.S. Court’s 1943 decision in *Barnette*.

48. See Jonathan MILLER, “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith”, (1997) 46 Am. U. L. Rev. 1483 at 1562-1567 (describing the first case involving a significant departure from Argentina’s constitutional court’s reliance on U.S. constitutional decisions, as one involving a clash between provincial and national power and the meaning of the “general welfare” clause of the federal government’s powers, and describing the continued reliance on U.S. cases for issues of arbitrary or excessive taxation, property, and contract rights).

49. See *e.g.* *United States v. Allegheny Co.*, 322 U.S. 174 (1944) at 198 (Frankfurter, J., dissenting and arguing that case was wrongly decided and that U.S. should have followed Canadian rule because federal systems were similar); *Graves v. New York Ex. Rel. O’Keefe*, 306 U.S. 466 (1939) at 491 (Frankfurter, J., concurring and arguing that intergovernmental tax immunity issue presented “same legal issues” as Canada and Australia under particular provisions of their constitutions).

50. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997) at 976 [hereinafter *Printz*] (Breyer, J., dissenting).

51. See *e.g.* *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, 1999 Can Sup Ct LEXIS 67 (citing *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat) 316 (1819) [hereinafter *McCulloch*]); *Reference re Alberta Legislation*, [1938] S.C.R. 100 (also citing *McCulloch*); but see *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575 at 587 (the argument having been made in reliance on *McCulloch*’s argument that the power to tax is the power to destroy, the Privy Council asserts that Chief Justice Marshall’s opinion was one “dealing with the constitution of the United States,” but that it “is quite impossible to argue from the one case to the other,” given the distributions of power in the *British North America Act, 1867*, and that it would be an error to deny the existence of provincial power if it falls within the scope of what was granted in “the express words of an Act of Parliament” in s. 92 of the *Constitution Act, 1867* “because of some possibility it may be abused”).

moreover, there are a number of cases that refer to U.S. federalism decisions, though some of these may be accounted for not by a general willingness or commitment to use comparative constitutional sources, but because of a more specific history of modeling parts of the Australian Constitution on that of the United States.⁵² Yet a search for Canadian references to *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*,⁵³ a major U.S. federalism case from the 1930s, yielded only 3 citing cases, none of which involved Canadian federalism issues.⁵⁴ It

52. See e.g. *State of Victoria v. Commonwealth of Australia*, [1996] 138 A.L.R. 129 (H.C.A.) at 212-213 (Dawson, J. dissenting, discussing federalism decisions of both U.S. and Canadian Supreme Courts). See also Andrew INGLIS CLARK, *Australian Constitutional Law*, 2nd ed. (Melbourne, 1995) at v. (declaring that the High Court of Australia has “authoritatively declared” that the principles of *McCulloch* should govern interpretation of the Commonwealth of Australia’s constitution and that accordingly U.S. decisions can be referred to with “more confidence”) quoted in William RICH, “Constitutional Law in the United States and Australia: Finding Common Ground”, (1995) 45 Washburn L.J. 1 at 4 n. 15. By 1920, however, the High Court had staked out a more differentiated view. See *Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co Ltd.* (1920), 28 C.L.R. 129 (H.C.A.) at 145-146, 155 (rejecting those who would rely on U.S. authorities to imply limits on national power to regulate state governments’ employment practices). Early decisions of the Supreme Court of Argentina, whose Constitution was in part modeled on that of the United States, were also strongly influenced by U.S. case law. See *supra*, note 48. For a discussion of “genetic” influences of one constitution on the framing or drafting of another, see Louis HENKIN, “A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Deficits”, (1993) 14 Cardozo L. Rev. 533 at 536-537; cf. CHOUDRY, *supra*, note 36 at 825, 838-841 (distinguishing influence from “genealogical” relationships in which one constitutional order is born from another).

53. 301 U.S. 1 (1937) [hereinafter *Jones & Laughlin*].

54. Although my Lexis search of “Jones and Laughlin” or “Laughlin Steel”, yielded only 3 cases with matches in the Supreme Court of Canada file on Lexis, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), a classic U.S. case on religious liberty was cited in 7 cases, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), on marital privacy and access to contraception in 5 cases, and *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), on rights against self-incrimination, in 9 Canadian Supreme Court cases. Interestingly, of the 3 cases referring to *Jones & Laughlin*, none involved federalism issues in Canada, but rather they cited it as recognizing a “fundamental right” of workers to freely associate. See *Dunmore v. Ontario* (2001), 207 D.L.R. (4th) 193 at 259 (L’Heureux Dubé, J., dissenting); *Delisle v. Canada*, [1999] 2 S.C.R. 989 at 1075 (Cory and Iacobucci, JJ., dissenting); *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313 at 321 (Dickson, C.J., dissenting). More recent U.S. federalism cases do not appear to be part of Canadian constitutional discourse. The 1985 U.S. decision in *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985), does not appear to be cited in the Canadian Supreme Court, nor *Printz*—, nor *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976)—all major U.S. federalism decisions. Based on a Lexis search done in October of 2002, there were 3 cases citing to *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), and another 7 case cites to *McCulloch* (one case from 1999, the others predating 1939). At least one of these is a federalism case about federal tax immunity. A very recent Canadian federalism case, upholding power of provinces to regulate attorney conduct including disclosure by federal prosecutors in criminal cases notwithstanding federal power over criminal law had no reference to non-Canadian materials in index. See *Krieger v. Law Society of Alberta* (2002), 217 D.L.R. (4th) 513. Yet the issue of state authority to regulate federal prosecutor’s litigation behavior (in the U.S., contact with parties without their counsel) was the subject of several reported decisions in the 1990s in the lower federal and state courts and of law review commentary as well. See e.g. *In re John Doe*, 801 F. Supp. 478 (D.N.M. 1992); Neals-Erik WILLIAM DELKER, “Ethics and The Federal Prosecutor: The Continuing Conflict Over The Application of Model Rule 4.2 to Federal Attorneys”, (1995) 44 Am. U.L. Rev. 855.

is far easier to find, in recent Supreme Court of Canada cases, discussions of U.S. “individual rights” cases than of U.S. federalism cases.⁵⁵ Although citations are not a complete or necessarily reliable measure of influence, they do tell us something about the degree to which justices believe that foreign authority on constitutional questions might be helpful to cite. And so far as I am aware, Canada is not unique in this regard. That is, in constitutional courts around the world there is a more engaged transnational discourse about the meaning of human rights than about other issues in constitutional law. Are there reasons why federalism cases may be less widely cited elsewhere than are individual rights cases? Why would there be a more engaged transnational judicial discourse about individual rights than about federalism?

B. CONSTITUTIONAL FEDERALISM AND THE LIMITS OF COMPARISON: “PACKAGE DEALS” AND HISTORICAL COMPROMISES

There are a number of possible explanations for this apparent difference. One explanation might be simply that there are far more countries with constitutions having individual rights provisions than there are constitutionally federal nations in the world.⁵⁶ That being said, Canada is a federal nation and yet, the data cited above suggest that its Court now seems to resort to comparative caselaw in individual rights cases to a greater extent than in federalism cases. Another explanation might be that, for a number of reasons, courts and the judges who sit on them have come to believe that individual rights are their particular charge in a way that permits self-identification as “constitutional court judges” around the world.⁵⁷ Newer courts in societies in which judicial

55. See *supra*, note 54. This is illustrated by one further comparison. A Lexis search in January 2003 in Canadian Supreme Court decisions for “trade and commerce w/50 commerce clause”—an effort to identify Canadian federalism cases referring to U.S. commerce clause cases—yielded only 4 hits. Two of the cases were not referring to U.S. federalism issues, and of the other 2 only one discussed, briefly, a U.S. Supreme Court case to say it was not relevant. By comparison, a Lexis search within Canadian Supreme Court decisions for “freedom of expression w/50 First Amendment” yielded 12 cases, even though Canada only adopted a constitutional protection for freedom of expression in 1982. Could these results be explained based on the volume of federalism as compared to freedom of speech decisions in the United States Supreme Court? It is doubtful. A Lexis search of U.S. Supreme Court cases for “freedom of expression”, yielded 225 hits and for “freedom of speech”, 577 (of which a number overlapped with the 225). A search for the phrase “commerce clause” yielded more than 1,000 hits, the search being interrupted because there were so many cases. Other explanations may relate to the fact that the Charter came into force at a time when it was easier to find out about and thus refer to U.S. decisions than when the *Constitution Act, 1867* came into force and in the early years of its interpretation.

56. According to the Forum of Federations, only 25 of the 193 countries in the world are federal in character, though these countries contain 40% of the world population. See The Forum of Federations, List of Federal Countries, online: <www.forumfed.org/federalism/cntrylist.asp?lang=en> visited on May 30, 2003).

57. See *e.g.* the International Commission of Jurists, which is described in its website as “dedicated to the primacy, coherence and implementation of international law and principles that advance human rights”. International Commission of Jurists, available online:

review is not well-instantiated may seek both to establish their legitimacy and solidify a popular constituency by rulings on individual rights claims against the government.⁵⁸ To the extent that individual rights are a greater focus of judicial energy one might imagine judges making a greater investment in comparative learning in those areas. Moreover, it may be that the media, both general and scholarly, of acquiring knowledge have focused more on individual rights issues—the death penalty, abortion, free speech—and that it is thus easier to gather information about those issues than about issues of structure.

But I want to suggest that a further explanation may lie in the nature of comparative constitutional methodology, one that itself imposes certain cautions and limits on the usefulness of federalism cases to jurists, though offering serious insights to scholars and on some occasions to judges. First, let me make a point about the comparative method more generally: that it requires a degree of consistent and critical skepticism about (a) the choice of categories of comparison and (b) the context of interpretive questions. By skepticism about the choice of categories, I mean to suggest that we must be careful not to assume that a term taken to represent a particular legal category, such as “federalism” or issue, such as abortion, necessarily has the same constitutional, social, and political meaning in different countries. “Federalism” in Europe may be taken to refer to increased centralization of authority;⁵⁹ in South Africa, to mean devolution of power to white controlled areas—and thus one must not assume that statements about “federalism” in those polities can be simply translated into U.S. constitutional disagreements, where “federalism” is often invoked by those arguing for greater protection of the powers of the subnational units. As a category, “federalism” might refer to a devolutionary process, or to centralizing phenomena, or might instead refer to a more stable existing governmental arrangement. “Abortion” in Ireland is not only about its availability within Ireland, but also about freedom to travel to have an abortion elsewhere and

<www.icj.org> (visited April 30, 2003); International Association of Judges, which describes itself as having as its “main aim ... to safeguard the independence of the judiciary, as an essential requirement of the judicial function and guarantee of human rights and freedom.” available online: <www.iaj-uim.org/ENG/frameset_ENG.html> (visited April 30, 2003).

58. See Bruce ACKERMAN, *The Future of Liberal Revolution*, (New Haven, CT: Yale University Press, 1992) at 106-107; Laurence R. HELFER and Ann-Marie SLAUGHTER, “Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication”, (1997) 107 Yale L.J. 273 at 301-302. Note, though, some of these courts begin with jurisdictions primarily or only to consider inter-governmental claims. See *e.g.* *Constitution of the Fifth French Republic* of 1958, art. 61(2) (parties authorized to bring constitutionality of a statute before the Conseil Constitutionnel are limited to the President, the Prime Minister, the heads of the two houses of parliament, or a group of 60 members of either house of Parliament); art. 41 (authorizing the Government to seek review of proposed legislation deemed to trench on presidential powers); and art. 37 (providing for government petitions to declassify laws).
59. See Robert HOWSE and Kalypso NICOLAÏDIS, “Introduction, The Federal Vision, Levels of Governance and Legitimacy”, in Kalypso NICOLAÏDIS and Robert HOWSE, eds., *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (New York: Oxford University Press, 2001) at 8-9.

about commercial advertising of abortions.⁶⁰ This raises the question whether those engaged in the study of comparative constitutional law should compare the Irish constitutional law relating to abortions to U.S. and Canadian abortion caselaw, or should we rather compare it to caselaw on freedom to travel or on the scope of legislative jurisdiction over citizens' acts outside the boundaries of the state? As to the importance of context in comparisons, consider how, with respect to the issue of abortion, some courts have made very strong claims that historical context should influence decision on this individual rights question. The German Constitutional Court, for example, invoked the history of Nazi abuses to support a criminal ban on consensual abortions; likewise, it invoked the genocide against Jews in Germany in World War II as a basis to uphold restrictions on speech (Holocaust denial) that might be protected in other nations.⁶¹ And the political, social and constitutional context of social services for healthy pregnancies and care of children might influence one's views on the degree to which abortion regulations impermissibly impinge on individual autonomy. For these reasons, in almost any field of comparative constitutional law, scholars and jurists must be cautious and sensitive to context in evaluating the meaning of comparative materials and their relevance to particular comparative questions.

Turning now to federalism, my suggestion here is that federalism questions are particularly likely to raise difficult comparability problems, for two related reasons: first, that federalism arrangements are by nature "package deals"; and second, that they are likely to be the result of very specific, historically contingent compromises less capable of being interpreted through the application of general transnational principles.

1. Package Deals

First, federalism arrangements embodied in constitutions are typically what I would call "package deals." For example, in the United States, according to James Madison,⁶² the enumeration of powers of the federal government was only one of several mechanisms for maintaining a federal balance. The others, to which Madison gave substantial emphasis, included (a) the role of state governments in the conduct of elections for federal offices (and the selection of Senators by state legislatures, a now obsolete provision); (b) the likelihood that representatives will feel attachments more to their own states than to the nation; and (c) the greater number of individuals employed in state government than

60. See Vicki JACKSON and Mark TUSHNET, *Comparative Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 1999) at 174-182.

61. See KOMMERS, *supra*, note 7, at 382-387.

62. *The Federalist*, Nos. 45-46, Jacob E. COOKE, ed. (Hanover, NH: Wesleyan University Press, 1961), p. 311-313, 317-318 (James Madison).

federal government—a phenomenon still true today.⁶³ Madison also suggested that fixed and regular elections would prevent the federal government from building up systematic extensions of military power over the states.⁶⁴ In addition, we might add to our description of the “federalism” provisions in the U.S. Constitution the guarantee of equal representation to the states in the Senate; the requirement for both houses of Congress to concur in legislation; the provision that the equal representation of the states in the Senate cannot be modified by the amendment process without the consent of the affected state; the prohibition on the creation of new states without the consent of state legislatures, thus securing the boundaries of the states; the Senate’s role in confirming (or not) Supreme Court justices; and the requirement for the ratification of proposed constitutional amendments by three-quarters of the states, each acting separately. These features have been identified by some scholars as contributing to the sturdiness of U.S. federalism.⁶⁵

The U.S. constitution is not unique in the degree to which federalism permeates many aspects of the structural arrangement.⁶⁶ Allocations or enu-

63. According to the 2000 Census data, total federal civilian employment (full-time and part-time) was 2,899,363 (full-time employment only was 2,425,898). Public employment (full-time and part-time), for state governments alone was 4,877,420. Public employment for state and local governments was 15,077,703 in “full-time equivalent” employment. By any measure, the numbers of federal employees in civilian employment are dwarfed by those employed at the state and local government level. United States Bureau of Commerce, “United States Census 2000” *U.S. Census Bureau*, online: <<http://www.census.gov>>.

64. The Federalist No. 46, *supra*, note 62, at 320-321 (James Madison).

65. See *e.g.* Richard BRIFFAULT, “What About the Ism? Normative and Formal Concerns in Contemporary Federalism”, (1994) 47 *Vand. L. Rev.* 1303; Vicki C. JACKSON, “Federalism and the Uses and Limits of Law”, (1998) 111 *Harv. L. Rev.* 2180. Indeed, some scholars have gone so far as to argue that judicial review of Congress’ compliance with enumerated powers was not contemplated in the founding. See *e.g.* Larry D. KRAMER, “Foreword: We the Court”, (2001) 115 *Harv. L. Rev.* 4. As will be discussed further below, individual rights provisions of constitutions may also be understood as systemic in character (and the result of compromise); the claim here is that federalism related provisions are likely to be more so.

66. The same can be said for Canada, Germany, and other federal nations. It bears noting that each state in the United States has its own constitution. A full account of “federalism packages” might well include the permissible and actual variations in governance among the subnational units, a subject beyond the scope of this paper. Analysis of the influences and relationships of the state and national constitutions would be complex. For differing views, see *e.g.* JACKSON, *supra*, note 19, at 2217 n. 176 (noting the possibility of “institutional isomorphism” to produce institutional replication at different levels of governance); Robert WILLIAMS, *State Constitutional Law: Cases and Materials*, 3rd ed. (New York: Matthew Bender & Company, 1999) at 663 n. 7 (noting variations among state constitutions, but also noting a lack of innovation in area of separation of powers); David BARRON, “The Promise of Cooley’s City: Traces of Local Constitutionalism?”, (1999) 147 *U. Pa. L. Rev.* 447 (emphasizing the importance of local governments to constitutional freedoms); Daniel RODRIGUEZ, “State Constitutional Theory and Its Prospects”, (1998) 28 *N.M. L. Rev.* 271 (arguing for a distinct theory of state constitutional law); G. Alan TARR, “State Constitutional Politics: An Historical Perspective”, in G. Alan TARR, ed., *Constitutional Politics in the States: Contemporary Controversies and Historical Patterns*, (Westport, CT.: Greenwood Press, 1996) at xiii, xvi (noting the influence of federal law on state constitutional politics).

merations of powers in federal systems show considerable variations. Moreover, federal constitutions often include related prohibitions on the conduct of either or both of the subnational and national units, designed to protect interests of other constituent parts and their members, even in the absence of more generalized bill of rights.⁶⁷ One example from Canada's constitutional history is offered by the provisions for minority religious education in Canada's *Constitution Act, 1867*.⁶⁸

Significant differences exist not only as to allocations and prohibitions of powers, but also in the institutional structures of federal systems. Most federal systems have an upper house that is connected in some way to the interest of the subnational units, but the nature of the representation differs significantly, as does the scope of the upper house's role. In Canada, the Senate is far weaker than in the United States;⁶⁹ in Germany, the Bundesrat's concurrence is required for many, though not all, types of federal legislation.⁷⁰ Federalism intersects as well with the division and allocations of legislative and executive power. In Germany, it is the right of the subnational governments to administer most federal laws; in the United States the federal government is prohibited from requiring the subnational units to carry out federal laws.⁷¹ Some have argued that presidentialism and divided government provide an added security for federal systems by offering subnational units multiple locations of national power in which to voice and express disagreement.⁷² Others would suggest that party organization in proportional voting systems may provide compensating mechanisms for the expression of disagreement.⁷³ The point is that the balance of power on federalist issues may vary depending on the division of legislative

-
67. See *e.g.* U.S. Constitution, art. I § 9 (prohibitions on Congress), § 10 (prohibitions on states). For an obsolete (and morally discredited) protection of "rights" in slave trading, of primarily sectional interest, see art. I § 9(1) (barring Congress from prohibiting the importation of slave before 1808).
68. *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 and 31 Vict., c. 3, s. 93, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5 [hereinafter *Constitution Act, 1867*].
69. Canadian senators are appointed by the national government, rather than being elected in the provinces. See *Constitution Act, 1867*, *supra*, note 68, s. 24 (appointment by the Governor General); Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (Scarborough, ON: Carswell, 1997) at §9.4(c) (noting the convention by which cabinet selects the senators appointed by the Governor General).
70. See German Basic Law (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), art. 77, 84.
71. See *Printz*, *supra*, note 50; see also Daniel HALBERSTAM, "Comparative Federalism and the Issue of Commandeering", in NOCOLAÏDIS and HOWSE, *supra*, note 59 at 213-215, 227-228, 235-238, 242 (arguing that commandeering may be empowering, rather than disempowering, to subnational units as compared with directly effective national law especially where subnational governments have "corporate" representation in enacting laws that subnational governments carry out).
72. Thomas FLEINER, "Commentary on Swiss Federalism", in Robert A. GOLDWIN *et al.*, eds., *Forging Unity Out of Diversity: The Approaches of Eight Nations* (Washington D.C.: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1989) at 244.
73. See HOROWITZ, *supra*, note 25 at 651-652 (noting substitutability of electoral changes (for example, those aimed at producing multiethnic parties or multiethnic sharing of posts) with territorial realignments to create an "incentive structure" to defuse ethnic conflict.)

and executive power and on the form of voting systems employed. Different states' constitutional commitments to federalism may also vary, from provisions treating its federal nature as essentially non-amendable⁷⁴ to approaches that permit substantial central government control over the makeup and powers of the constituent parts.⁷⁵ Yet each of these aspects interacts with other aspects of the federal structure together to form the constitutional infrastructure for the operation of constitutional federalism.⁷⁶

2. Historically Contingent Political Compromises

Not only are constitutional federalism arrangements peculiarly interdependent upon each other, but they are also particularly likely to reflect political compromises between existing power holders. They are thus in some sense not likely to be quite as principled as provisions for individual rights, although rights provisions may result from compromise as well.⁷⁷ This is an empirical (and more speculative) claim than the first, but supported by the following tentative observations. Constitutions are created by, or require the approval of, existing power holders. Existing power holders have strong incentives to be able to envision present and future balances and shifts of power depending on different structures of governance, and thus constitution drafting may be likely to respond to their concerns.⁷⁸ An interesting and particularly clear example

-
74. See *e.g.* U.S. Constitution, Art. V (prohibiting departure from rule of equal suffrage for each state in the Senate by amendment procedure without consent of the state involved); German Basic Law, GG, art. 79(3) (prohibiting amendments to the Basic Law that affect "the division of the Federation into *Länder*, their participation in the legislative process," or the principles laid down in the chapter on Basic Rights or of art. 20, which *inter alia* states that Germany "shall be a democratic and social federal state" in which "all public authority emanates from the people") [Official translation as of March 1995].
75. See *e.g.* *Constitution of India*, ss. 3 and 4 (authorizing the national Parliament to change state boundaries and to make provision for representation in state legislatures); s. 168 (specifying which particular states shall have unicameral or bicameral state legislatures).
76. See *In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, [1996] (4) S. Afr. L.R. 744 at 890 (stating that there are multiple "factors which have to be balanced in deciding whether the ultimate package of provincial powers under the [proposed final constitution] is substantially inferior to, or less than, that which is accorded to the provinces in the Interim Constitution").
77. See *e.g.* *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 at 261-262 (suggesting that provisions in *Constitution Act, 1867* protecting rights to public support of religious education for specified minorities were "historical compromises" that also represented a "broader principle related to the protection of minority rights"). Consider whether the "notwithstanding" clause of the Canadian Constitution might be regarded both as a specific historic compromise and as part of a complexly principled structure for the enforcement of rights. See *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *supra*, note 28. For different views, see *e.g.* Mark TUSHNET, "Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Counter-majoritarian Difficulty", (1995) 94 Mich. L. Rev. 245 at 278; Lorraine WEINRIB, "Canada's Constitutional Revolution: From Legislative to Constitutional State", (1999) 33 Isr. L. Rev. 13 at 31-32.
78. Note here that power elites involved directly in drafting may be better able to determine the effects of structural rules than general "taxpayer-citizens," even though citizen interest in constitution drafting may be higher than interest in ordinary legislation. See Jonathan R. MACEY, "Promoting Public-regarding Legislation Through Statutory Interpretation:

arose from a constitution-making process to convert a federal to a unitary state, when the Czech Republic provided for the existence of a bicameral legislature, including a Senate, upon the dissolution of the Czech and Slovak Federal Republic, in part to accommodate concerns of existing deputies in the Federal Assembly of the dissolving federation.⁷⁹

That the drafters can envision the consequences of power-allocating provisions for their own future does not necessarily mean that they will not produce well-designed institutional structures, but it does suggest that the institutional design will be intimately connected with existing (and projected) distributions of power. Is this any different than in the crafting of bills of rights? I would suggest that it is, for some (though not all) kinds of protections typically addressed in bills of rights. Rights designed to secure freedom from torture, freedom of expression, or freedom of religion protect aspects of human personhood that are far more widely shared than the political distribution of power. Other individual rights, *e.g.*, those relating to property, may be meaningfully enjoyed across a smaller spectrum of a population, depending on economic situations and understandings of property. But because many of the protections offered by a bill of rights appear to be very directly related to human flourishing generally, it may be easier both for drafters and for a popular general constituency, whose consent may be required for constitution-making, to envision their operation in a variety of settings and to predict the scope of what is desirable. Moreover, at the same time that drafters of structural provisions have strong personal incentives to consider their future consequences,⁸⁰ both the design and approval of such provisions may suffer from some of the limitations observed in experimental psychology on our ability to extrapolate readily from the “rules of the game” to the consequences for success in future circumstances.⁸¹ Although there may well be differences in this regard between those

An Interest Group Model”, (1986) 86 Colum. L. Rev. 223 at 242-250 (arguing that ordinary citizens have a “strong incentive” to favor the adoption of constitutional mechanisms that restrain elected officials from enacting special interest legislation); Bruce ACKERMAN, *We The People: Transformations* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1991) at 4-5 (arguing that in “constitutional moments,” people have greater interest in and regard for public law than in times of “ordinary politics”).

79. See David FRANKLIN, “Divorce Proceedings Continue Between Czechs and Slovaks; Federal Bodies Lose Relevance, East European Constitutional Review”, (Fall 1992) 1 E. Eur. Const. Rev. 14; “Czechoslovakia”, (Spring 1992) 1 E. Eur. Const. Rev. 3; “Czech Republic”, (Fall 1992) 1 E. Eur. Const. Rev. 4; STEIN, *supra*, note 15, at 286. Ironically, the Senate was not filled for three years after adoption of the 1993 constitution. See Ivo SLOSARCIK, “The Reform of the Constitutional Systems of Czechoslovakia and the Czech Republic in 1990-2000”, (2001) 7 Eur. Pub. L. 529 at 542 (noting the Senate was not established until 1996).
80. One could also imagine that there would be much harder bargaining and, given the shadow of uncertainty regarding future elections, more actual deliberation about structural allocations of power than about the identification and listing of what may at the time of drafting be more abstract protections of rights.
81. See Avishalom TOR and Max H. BAZERMAN, “Focusing Failures in Competitive Environments: Explaining Decision Errors in the Monty Hall Game, the Acquiring a Company Problem, and Multi-party Ultimatums”, Harvard NOM Working Paper No. 02-15 at 3-4 (August 21, 2003), available on SSRN online at <http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_

who have enough power to be drafting constitutional provisions and members of the general public, this observation suggests that understanding the connection between the principles at work in structuring governance (*i.e.*, “the rules of the game”) and their results may be more difficult for both groups, and that the drafters will have some self-interested incentives at work in the design of governance structures that may differ from those of the general public.

The (admittedly tentative) claim that federalism provisions are likely to reflect hard-bargained-for compromises, and thus to be less subject to general reasoning from first principles, is subject to challenge. It might be argued, for example, that all legal texts represent some degree of compromise amongst those empowered to deliberate and enact them.⁸² Even with respect to individual rights, it might be argued that those holding enough power to draft a constitution may believe themselves to be in less need of protection than others. Moreover, it might be objected, the nature of constitution-drafting will vary too much in different circumstances to warrant such generalizations. For instance, the drafters of incremental amendments may bring more of a perspective of an ongoing government. By contrast, major constitutional change during periods

id=310200> (finding that decision-makers fail to pay sufficient attention to the “rules of the game” and the likely “decisions of other parties” in making decisions in competitive environments). The authors suggest that there is a tendency not to fully consider “indirect effects”—such as the responses of others and the “rules of the game”—which “are typically outside of [people’s] focus” (*ibid.* at 4). According to the authors, people tend to focus on only some of the relevant information to a decision, to overweigh that value and to “engage in a radical simplification of the environment, acting as if a more direct path exists between their decisions and the outcomes they are likely to obtain” (*ibid.*). Some caveats: A single set of experimental data cannot by itself be taken to establish any proposition. Even if results are replicated, moreover, a single datum point about cognitive errors or distortions in human decision-making does not of itself support a theory of either federalism, or constitution-making. See William ESKRIDGE and John FERREJOHN, “Structuring Lawmaking to Reduce Cognitive Bias: A Critical View”, (2002) 87 Cornell L. Rev. 616 (expressing skepticism about the predictive capacity of current knowledge of cognitive psychology and governmental design, but arguing that awareness of cognitive limits supports designs which involve multiple bodies in decision-making as checks on error). Yet the data are suggestive of some of the barriers to successful institutional design of governmental structures designed to endure across generations and are not inconsistent with observations of cognitive limitations in the design of other complex systems. See Jeffrey RACHLINKSI, “Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation?”, (2000) 79 Or. L. Rev. 61 at 63 (noting that “[e]xperts who design such systems commonly fail to foresee ways in which complicated processes can go awry”). To the extent that repetitive decision-making and feedback may reduce certain kinds of cognitive errors, constitution drafters may be at a disadvantage only partially compensated by consideration of comparative data. See Cynthia FARINA and Jeffrey RACHLINKSI, “Cognitive Psychology and Optimal Government Design”, (2002) 87 Cornell L. Rev. 549 at 559-560 (noting the importance of experience in reducing cognitive defects in judgment).

82. Cf. MACEY, *supra*, note 78, at 232-233, 251, 261-268 (suggesting that judges may lack the capacity for distinguishing public from private regarding statutes and favoring general interpretive approaches to “resolve any ambiguities in the statute consistently with the stated public-regarding purpose” in order to reduce incentives for special interest bargaining and enhance effect of public-regarding elements in statutes). Per Macey’s reasoning, then, it might be denied that constitutional texts can be distinguished from each other as either the product of “compromise” or “principle” and thus that one or another form of interpretation as a general matter should follow.

of intense crisis—which, as Jon Elster suggests, may likely be the case when entirely new constitutions are produced⁸³—may be impelled by certain forms of prior abuse or failures of governance leading to crises, which could in theory motivate the focus of constitution-drafting in ways that may or may not correspond to the structure/rights classification suggested above.

Yet there is an additional and important reason to believe that the meaning of particular federalism provisions are less likely to be illuminated through the kind of transnational judicial constitutional discourse discussed earlier. The subject area of most modern constitutions' bills of rights—at least in their main outline—have considerably greater degrees of transnational consensus behind them.⁸⁴ International human rights norms may be playing the role of an archetype against which modern constitution drafters take their measure.⁸⁵ In contrast to the profusion of human rights norms in international law, international legal norms on government organization are far less developed. While an international legal norm favoring democracy may be emerging, international law on governmental organization and structure—the lifeblood of federalism—is inchoate at best.⁸⁶ As I have suggested elsewhere, these differences may reflect

83. See Jon ELSTER, “Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process”, (1995) 45 *Duke L.J.* 364 at 370 (“new constitutions almost always are written in the wake of a crisis or exceptional circumstance of some sort”).
84. See McCRUDDEN, *supra*, note 43 (noting that most post-World War II constitutions “have a common core of human rights provisions that are strikingly similar” and often derive from international or transnational human rights conventions). Of course, constitutions may also have rights protections that lack many counterparts in other constitutions or in international human rights law. See *e.g.* U.S. Constitution amend. II (right to bear arms); the Constitution of Mexico, art. 10 (citizens’ right to have lawful weapons subject to prohibitions by law); the Constitution of Venezuela (1999), art. 324 (only the state can possess “arms of war” and the manufacture, possession, use and trade of other weapons is to be regulated by the National Armed Forces in accordance with law).
85. These international human rights norms are reflected in, *e.g.*, the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 (1948); the ICCPR, *supra*, note 21; the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *supra*, note 21; and the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, G.A. Res. 34/180, U.N. GAOR 34th Sess., Supp. No. 46, U.N. Doc. A/34/180 (1979), 1249 U.N.T.S. 13, entered into force September 3, 1981. Sujit Choudhry, who classifies judicial uses of comparative constitutional law as universalist, dialogic, or genealogical, observes that the most widespread use of “universalist” forms of comparative constitutional analysis involves individual human rights. See CHOUDHRY, *supra*, note 36, at 887. This phenomenon, he says, “is largely a function of the fact that the globalization of the practice of modern constitutionalism has principally involved the spread of the notion that individual rights should be legally protected against executive and legislative encroachment” (*ibid.*).
86. See Thomas M. FRANCK, “The Emerging Right to Democratic Governance”, (1992) 86 *Am. J. Int’l L.* 46. For a recent description of the status of internal democracy as a transnational norm within the OAS, see Enrique LAGOS and Timothy D. RUDY, “The Third Summit of the Americas and the Thirty-First Session of the OAS General Assembly”, (2002) 96 *Am. J. Int’l L.* 173. For discussion of whether the ICCPR requires popular participation in domestic constitution making, see Thomas M. FRANCK and Arun K. THIRUVENGADAM, “Norms of International Law Relating to the Constitution Making Process”, (2003) [unpublished, archived with author]. See also Vivien HART, “Democratic Constitution Making”, (2003) U.S. Inst. for Peace Rep. No. 107, online: United States Institute for Peace <<http://www.usip.org/pubs/special-reports/sr107.html>>.

the degree to which federalist structures are farther removed from common human experiences than are the subjects of many bill of rights provisions:

The reasons for the relatively greater specificity about individual rights than about forms of governance [in international legal conventions] may have to do with the inescapable ubiquity of human beings as a central concern of any system of governance, as compared to the variability of the particular forms of political and social organization addressed by constitutions.⁸⁷

This variability may or may not arise from differences in the degree to which individual rights can be framed and understood in “principled” terms, but the variability surely does relate to the opening point about the distinctively interdependent, or “package like” character, of federalism as affecting the nature and value of transnational learning from doctrine.⁸⁸ And even if one could agree on no underlying cause for the greater development of international human rights norms other than some form of historical circumstance that lay down a path of development early on,⁸⁹ the presence of these international norms may well be contributing to the sense of what Justice Sachs has referred to as a “world jurisprudence” of constitutional rights.⁹⁰

C. IMPLICATIONS: LIMITS ON COMPARISON OF ENUMERATED POWERS IN FEDERAL SYSTEMS

Now to apply the argument and explore why we may not see as many federalism cases as individual rights cases in which a constitutional court’s decision on an issue of domestic constitutional law appears to be informed by

87. See JACKSON, *supra*, note 5 at 273 n. 207. What it means to be human, in the sense of what individual values and aspirations are most highly regarded, may be contingent to some degree on the organization of different cultures, but I suppose my claim above must be that there is a more obvious common core of values or needs for human well being. See NEUMAN, *supra*, note 35, at 1868 (arguing that fundamental rights have “normative power [that] does not derive solely from their enactment as positive law” that can support “especially broad-ranging and rich debate ... across national borders”).

88. It could be argued that individual rights should also be understood as related to each other in similar packages, *e.g.*, that first amendment free speech rights are dependent on criminal procedure protections (that is, for those accused of speech-related conduct that is alleged to violate criminal laws). Yet such packages of rights are not as interdependent, insofar as part of what those “rights” provisions protect, have inherent almost pre-political worth given certain conceptions of what it means to be a human being. My claim, in any event, is only one of relative degree, because there are ways in which individual “rights” are parts of a “system,” as Thomas Emerson titled his book. See Thomas I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression* (New York: Random House, 1970).

89. For discussion of path dependence in common law adjudication and references to the broader literature on path dependence, see Oona A. HATHAWAY, “Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System”, (2001) 86 *Ia. L. Rev.* 601.

90. See Albie SACHS, “Social and Economic Rights: Can They Be Made Justiciable?”, (2000) 53 *S.M.U. L. Rev.* 1381 at 1388.

the treatment of a similar issue by other nations' constitutional courts. I will suggest below that, because federal constitutional arrangements are typically put together as a "compromise" among existing power holders and because these arrangements are typically part of a set of inter-related arrangements (a "package deal"), it is difficult to identify particular power-allocating provisions likely to be the subject of constitutional interpretation that are sufficiently comparable for the decision of other constitutional courts to be helpful.⁹¹ An example will illustrate this claim.

Section 91 of Canada's *Constitution Act, 1867* (formerly the *British North America Act*), allocates to the national government legislative authority over the "Regulation of Trade and Commerce".⁹² By itself, this provision bears more than a passing resemblance to the provision of the United States Constitution giving Congress the power "to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes".⁹³ Similar kinds of issues, moreover, have arisen in the two countries, in part as new technological capacities and new concerns result in similar legislative responses. One might think, then, that the scope of the respective "commerce" clauses would beneficially be determined in part by considering the reasoning of the other country's courts on analogous issues.

Yet to assume that U.S. interpretations of the scope of national power should be informed by Canada's, or vice versa, would be to assume that other arguably related differences do not matter. There are significant differences in the historical acquisition of political and legal independence, which in Canada was a very gradual process in contrast to the sharp break from Britain that occurred in the United States,⁹⁴ as well as in the timing and process by which "the constitution" in each country developed.⁹⁵ Canadian federalism has, from its inception, been marked by a commitment to accommodate the two major language communities of its European settlers, which has influenced interpretations of federal and provincial powers.⁹⁶ But even a jurist unfamiliar with

91. In this paper I do not explore but merely note the possibilities of comparative learning about interpretive methodology in general.

92. *Constitution Act, 1867*, *supra*, note 68, s. 91(2).

93. U.S. Constitution, art. 1 §8. The *British North America Act* in many respects sought to create in Canada a more centralized national government than that created by the original U.S. Constitution, an intent arguably undermined by subsequent interpretations by the Privy Council. See HOGG, *supra*, note 69 at §5.3(a), (c).

94. Supreme Court of Canada decisions, for example, were subject to Privy Council review until 1949. See HOGG, *supra*, note 69 at §1.2.

95. See HOGG, *supra*, note 69 at §1.2 (describing the 1867 Act as one that left much of Canada's constitutional law in other sources, including unwritten conventions, and asserting that there is no single document in Canada comparable to the U.S. Constitution).

96. See *e.g.* *Canada (Attorney General) v. Ontario (Attorney General)*, [1937] A.C. 326 (Canada P.C.) at 351 (noting the importance to Quebec of being able to control its distinctive jurisprudence in explaining the court's restrictive interpretation of national legislative power in Canada).

history and looking only at the written constitutional texts themselves would have reason to be cautious about assuming that the similarity of two clauses means that they should be interpreted similarly. A number of features of the Canadian and U.S. constitutional documents should raise caution. First, there is the specification in section 92 of Canada's *Constitution Act, 1867* of the competencies of the provinces. This very limited specification has generated a substantial body of Canadian caselaw limiting the scope of national power (for example, to prohibit federal labeling requirements for beer).⁹⁷ The U.S. Constitution contains no reservations of specific regulatory powers to the states analogous to section 92.⁹⁸ Moreover, as the 1867 Act reflects, the Canadian Senate is a much weaker body than the U.S. Senate. Rather than being independently elected, members of the Senate are appointed by the federal government (for life or until age 75)⁹⁹ and thus may be deemed structurally less likely to vigorously represent the interests of *either* the provincial governments or of the people of a province. This stands in contrast to the U.S. Senate, which in its first 150 years was selected in a manner determined by each state legislature, and more recently, by popular election. To the extent that the structure of national government functions to buttress the role of the subnational units, Canadian federalism is arguably weaker and might need to rely to a greater extent than U.S. federalism on judicial enforcement of the constitutional division of powers.

Finally, not only is the Senate in Canada weaker than in the United States, but Canada relies on a parliamentary rather than presidential system of governance.¹⁰⁰ The consequences may be that it is easier to enact legislation at the national level than in a divided power system. The hurdles that national legislation faces in the United States include three bodies—the Senate, the

97. See *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1980] 1 S.C.R. 914. Compare *Wickard v. Fillburn*, 317 U.S. 111 (1942) (upholding federal price regulation of wheat grown on a farm for home consumption as within the commerce clause power).

98. See Martha FIELD, "The Differing Federalisms of Canada and the United States", (1992) 55 *Law & Contemp. Probs.* 107 at 110 (emphasizing this difference). The Tenth Amendment to the U.S. Constitution is a general residuary clause that does not specify by subject area what powers are being "reserved to the States, respectively, or to the people."

99. The *Constitution Act, 1867* provides that senators are appointed on recommendation of the Governor General which, by convention, means the cabinet of the existing government. *Constitution Act, 1867, supra*, note 68, s. 24; see also HOGG, *supra*, note 69, at §9.4(c) (so stating and also indicating that "the Senate has never been an effective voice of regional or provincial interests" in part because of the acceptance that, given its appointive nature, the Senate is subordinate to the House).

100. For recognition in Australia that differences between presidential and parliamentary systems may influence interpretation of federalism issues, see *Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co.* (1920), 28 C.L.R. 129 at 145-146, 155 (explaining that U.S. federalism decisions should not guide Australian constitutional decisions because "[p]ervading the [Australian] instrument ... [are] two cardinal features of our political system which are interwoven with its texture and, notwithstanding considerable similarity of structural design, ... radically distinguish it from the American Constitution ... One is the common sovereignty of all parts of the British Empire; the other is the principle of responsible government").

House, and the President—each of which represents constituencies over a different time period and which may be controlled by different political parties. In Canada, government legislative programs (at least in theory) ought to be easier to get through even in the face of some provincial disagreement.¹⁰¹ This difference might bear on the general methodological question of the degree of deference courts should or should not give to national legislation challenged on federalism grounds.¹⁰²

Not only does the nature of federal constitutional schemes make the borrowing of constitutional reasoning on similar clauses difficult, but specific allocations of powers in federal systems can vary rather widely as to whether they are held at the national or subnational level.¹⁰³ For example, in Canada the national government has an explicit power over marriage, while the provinces have power over the “solemnization” of marriage.¹⁰⁴ In the United States, marriage and family relations are not explicitly referred to in the constitution, but federal courts derived a presumptive ban against considering questions of “domestic relations,” a presumption that is sometimes reflected in broader assertions that regulation of family law generally is for the states, not the national government.¹⁰⁵ In Canada, the national government has power over criminal law,¹⁰⁶ while in the U.S., the Court has repeatedly indicated that the subnational units have a general “police power,” including the power to make criminal laws.¹⁰⁷ These differences are at times (though not always) reflected in the respective courts’ decisions and reasoning.

-
101. This is necessarily an overly simplified model and does not account for the effects of differences in voting schemes, coalition governments, strength of party discipline, etc. See Mark TUSHNET, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights and Democracy Based Worries”, (2003) 38 Wake Forest L. Rev. 813 at 834 (arguing that Canada only appears to have “fewer veto points” for legislation than the U.S. and that the formal law is misleading).
102. See Vicki C. JACKSON, *The Invisible Constitution* (2000), [unpublished, on file with author]; see Julian N. EULE, “Judicial Review of Direct Democracy”, (1990) 99 Yale L.J. 1503 at 1507, 1525 (arguing that more aggressive judicial scrutiny is required on review of constitutional challenges to laws enacted by popular initiative in light of the absence of the filters provided by the ordinary legislative process).
103. I do not mean to suggest that it is only the nature of the written constitution that has affects on the development of constitutional doctrine. Differences in politics, history, culture, or economics may play important roles in influencing the development of constitutional doctrine. See *supra*, notes 94-96 (noting distinctive aspects of Canadian history and politics). My point is that even where constitutional texts allocating federal powers appear similar in language, surrounding and related provisions may provide grounds for divergent results.
104. *Constitution Act, 1867*, *supra*, note 48, s. 91(26), 92(12); see also HOGG, *supra*, note 69, at §26.1, 26.3-26.8
105. See *Ankenbrandt v. Richards*, 504 U.S. 689 (1992) (asserting that a “domestic relations” exception would be read into the federal courts’ jurisdiction over diverse party cases, excluding federal courts from deciding questions of divorce, child custody, and alimony).
106. *Constitution Act, 1867*, *supra*, note 68, s. 91(27).
107. See *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) at 561 n. 3.

The Supreme Court of Canada recently upheld, as within the federal criminal power, a national gun licensing and registration law that had been challenged on federalism grounds as intruding on the provinces' power over "Property and Civil Rights".¹⁰⁸ Despite arguments that registration of guns was analogous to registration of property such as cars (which was a provincial matter), the Supreme Court concluded that in pith and substance the legislation was directed at a proper end of the criminal law, that is, public safety.¹⁰⁹ In *United States v. Lopez*,¹¹⁰ the U.S. Supreme Court invalidated a federal law prohibiting gun possession near schools, on the grounds that it was insufficiently connected to the federal power over interstate commerce and was essentially a regulation of local matters, including violent crime. It might be thought that while the results in these two cases differed, they illustrate the benefits of comparative learning on federalism issues insofar as the courts in both cases defined arguably similar regulation (of gun possession) as "criminal" in character. But the Supreme Court of Canada did not hold that the mere inclusion of guns as the object of regulation rendered the law criminal in substance. Rather, it looked at the nature of the justifications offered in support of the federal law and concluded that they were properly directed at avoiding the kinds of dangers to which the criminal law was addressed. Moreover, under its reasoning, the provinces might also be able to have registration systems or otherwise regulate guns.¹¹¹ The decision in *Lopez*, by contrast, especially when read together with later caselaw (particularly *United States v. Morrison*),¹¹² implies that one level of government—the national government—would lack power to regulate the subject matter because of its category, regardless of the reasons.¹¹³ The Supreme Court of Canada's reasoning led to upholding a national law based (at least in part) on deference to the legislature's basis for action,¹¹⁴ while the U.S. Supreme Court in *Lopez* appeared to be less deferential.¹¹⁵ Finally, the Canadian Court emphasized the overlap in federal and provincial powers,

108. *Reference Re Firearms Act*, [2000] 1 S.C.R. 783.

109. *Ibid.*, at 801, 804-805, 808-813.

110. *Supra*, note 107.

111. See *supra*, note 108, at 814 (noting that the federal act did not "significantly hinder the ability of the provinces to regulate the property and civil rights aspects of guns"; "Assuming (without deciding) that the provincial legislatures would have the jurisdiction to enact a law in relation to the property aspects of ordinary firearms, this does not prevent Parliament from addressing the safety aspects of ordinary firearms"); see HOGG, *supra*, note 69 at §16.4(a) (discussing Canadian federalism cases in which, notwithstanding federal legislation "on particular topic," provincial legislation on the same topic was upheld in the face of "paramountcy" challenges where it is possible to comply with both).

112. 529 U.S. 598 (2000) (holding that Congress lacked power to enact a civil rights remedy authorizing suit for damages against perpetrators of gender-motivated assaults).

113. See Judith RESNIK, "Categorical Federalism: Jurisdiction, Gender, and the Globe", (2001) 111 Yale L.J. 619 (arguing that the Court erred both in constructing categories of federal jurisdiction and in concluding that the *Violence Against Women Act* provision was outside the scope of federal competence).

114. See *supra*, note 108, at 797 (actual "efficaciousness" of the law is "not relevant to the Court's division of powers analysis" but is a matter for Parliament).

115. See Vicki C. JACKSON, "Federalism and the Court: Congress as the Audience?", (2001) 574 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 145 (noting the mistrust of the national legislative process reflected in the U.S. Court's recent federalism cases).

such that both levels of government could regulate the same subject. The U.S. Court, by contrast, seemed driven by a desire to use constitutional doctrine to identify “activity that the States may regulate but Congress may not”.¹¹⁶

The differing allocations of specific powers, then, pose additional challenges to the development of a transnational discourse on federalism. Although methodological questions (*e.g.*, should courts presume a fair degree of concurrency of national and subnational powers or instead seek clear lines of separation) may be shared, their answers and the analysis of particular powers will frequently be conditioned by the differences in what powers are allocated to which level, as well as the broader questions of interdependent structures identified above.

D. COMPARATIVE CONSTITUTIONAL FEDERALISM AND OTHER QUESTIONS OF STRUCTURE

Is comparative experience of more relevance to issues not involving the interpretation of particular constitutional texts, but deeper questions of structure? Such issues were presented in the U.S. Supreme Court decision in *Printz v. United States*¹¹⁷ and in Canada’s *Reference re Secession of Quebec*.¹¹⁸ On these issues, comparative constitutional experience can be quite illuminating on what is at stake even if it does not suggest answers to particular constitutional questions.

1. Commandeering

The question in *Printz* was whether federal law could validly require state and local officials to perform background checks on gun purchasers for a 5-year period until a national federal system for background checks was available. The majority held that it could not, because this was a form of prohibited “executive commandeering,” *i.e.*, federal mandates compelling state officials to administer a federal regulatory program. Justice Breyer, in dissent, argued that since the U.S. Constitution’s text was silent on the issue, and there was no dispositive caselaw, European models of federalism could be consulted as bearing on the consequences of permitting or prohibiting such laws. Breyer concluded that other federal polities (including Germany) contemplate or require that national legislation be implemented by the subnational entities, and that this practice suggested that the federal law challenged in *Printz* was not incompatible with healthy forms of federalism. Justice Scalia, writing for the Court, disagreed and argued in part that comparative experience was relevant to making, but not to interpreting, a constitution.¹¹⁹

116. *Supra*, note 107, at 564.

117. *Supra*, note 50.

118. *Supra*, note 77.

119. For earlier discussions of this colloquy, see JACKSON, *supra*, note 5, at 245-247; Vicki C. JACKSON, “Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on Proportionality, Rights and Federalism”, (1999) 1 U. Pa. J. Const. L. 583.

Justice Breyer's basic point on the value of comparative learning in understanding the consequences of different interpretations is no doubt well taken. Yet, as Justice Breyer anticipates,¹²⁰ there are difficulties in relying on the German experience to develop useable U.S. doctrine. First, unlike the U.S. Senate, the German Bundesrat—whose approval is required for any law that has administrative enforcement responsibilities for the subnational units—is made up of representatives of the subnational governments who are likely to be attentive to the financial burdens that might be imposed on their governments. Second, the German Basic Law, unlike the U.S. Constitution, requires efforts towards the equalization of the resources of the subnational units.¹²¹ Thus, the threats posed by unlimited federal “commandeering” to state budgets and state control of state legislative agendas in the U.S. are perhaps greater than in Germany.¹²² In evaluating the consequences of commandeering, then, differences in other aspects of the system of constitutional federalism might matter; a useable doctrine in the U.S. context would need to take account of these systemic differences. In this setting, comparative constitutional experience with federalism may help formulate a set of questions for domestic constitutional interpreters,¹²³ but is likely to be of less assistance in suggesting what the best answer for a particular polity would be.

2. The Question of Secession

Yet all these cautions and caveats are not intended to negate the potential for the study of comparative constitutional federalism to assist constitutionalists in resolving some kinds of recurring questions, especially those that go to structural design of the framework for governance in a federal system. Justice Scalia's position in *Printz* assumes that there is a clear demarcation between “interpreting” and “making” a constitution. I have previously challenged the

-
120. See *Printz*, *supra*, note 50, at 977 (Breyer, J. dissenting) (acknowledging that there may be important differences between the United States, on the one hand, and Switzerland, Germany, and the EU, on the other). Justice Breyer did not discuss arguably analogous Canadian case law. See *e.g. Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9 (holding that Parliament lacked the power to require municipalities, created by the provinces, to pay for certain services for juveniles convicted of crimes).
121. See generally KOMMERS, *supra*, note 7, at 75, 82-83, 90-102. For a discussion of how constitutional comparison may be illuminating on the commandeering issue in Australia, Canada, and the U.S., see Cheryl SAUNDERS, “Comparing Federal Constitutions,” Address at the Cambridge Lectures (2003), available online <<http://www.unimelb.edu.au/cccs/news/archive-centre.html>>, under Cambridge Lectures 2003, Cheryl Saunders full paper.
122. See *Printz*, *supra*, note 50, at 975-976 (Souter, J., dissenting) (proposing that the permissibility of federal commandeering might depend on the federal government's assuming the costs imposed on the states).
123. See *e.g.* HALBERSTAM, *supra*, note 71. For another country's treatment of the issue of commandeering, see *Ex Parte Speaker of the National Assembly; In Re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the National Education Policy Bill No. 83 of 1995*, 1996 (3) SALR 289 (CC) (distinguishing U.S. anti-commandeering case law to find that the national government would have power to require provincial ministers to develop certain plans).

clarity of this distinction.¹²⁴ Courts sometimes, in effect, have to “make” a constitution as they are asked to resolve interpretive questions of constitutional law. But perhaps there is some distinction worth considering in the relevance of comparative constitutional law and practice (at least in the area of federalism)¹²⁵ between issues that most centrally concern the interpretation of particular constitutional texts, on the one hand, and issues of structural design on the other—whether those structural decisions are made by political representatives drafting a constitution or by courts drawing implications from existing constitutional texts and structures. To develop this idea, let me turn briefly to the question of secession, as the issue is treated in existing constitutions and as it was considered in the *Reference re Secession of Quebec* in Canada.¹²⁶

Like Canada, many successful federal unions have not included specific textual clauses either waiving or recognizing a right of secession.¹²⁷ According to historian Kenneth Stampp, for example, the question of whether a U.S. state had a unilateral right to secede was genuinely uncertain in pre-Civil War America.¹²⁸ Current European Union treaty documents as of this writing do not expressly provide for rights of secession,¹²⁹ nor do the constitutional

-
124. See JACKSON, *supra*, note 5, at 265 n. 187 (arguing that the difference between “making” and “interpreting” law eludes capture in the hard cases, because the Court can be understood to make law as it interprets the constitution).
125. This discussion might extend to other issues of structure, including what in the United States are referred to as “separation of powers” questions, a possibility to be explored in the future.
126. For a longer treatment of the question of secession and the accompanying literature, see JACKSON, “Comparative Constitutional Federalism and the Transnational Judicial Discourse”, (2004) 2 Int’l J. Const. L. 91.
127. See *e.g.* *U.S. Constitution; Constitution Act, 1867*; and the German Basic Law. A smaller number of constitutions include language that by implication can be understood to exclude unilateral secessions. See *e.g.* the *Constitution of Australia*, preamble (referring to an “indissoluble federal Commonwealth”); see *Constitution of Spain*, art. 2 (1978) (The Constitution is based on the “indissoluble unity of the Spanish Nation,” and while it is not exactly of a federal character, the Constitution provides for certain autonomous self-governance rights). As one recent survey concludes, “in most cases, the constitution is simply silent” on the question of secession. Patrick MONAHAN and Michael J. BRYANT (with Nancy C. COTÉ), “Coming to Terms with Plan B: Ten Principles Governing Secession”, (1996) C.D. Howe Institute Commentary 83 at 7.
128. Kenneth M. STAMPP, “The Concept of a Perpetual Union”, (1978) 65 J. Am. Hist. 5 at 6 (comparing the Constitution of 1789 with Articles of Confederation which it replaced and had provided that “the Union shall be perpetual” and noting that “the unionist case was sufficiently flawed to make it uncertain whether in 1865 reason and logic were on the side of the victors”).
129. See FRANCK, *supra*, note 20 at 12; Bruno S. FREY and Reiner EICHENBERGER, “FOCJ: Competitive Governments for Europe”, (1996) 16 Int’l Rev. L. & Econ. 315 at 318. Whether (and if so how) member nations could withdraw from the EU appears to be a matter of scholarly debate. See *e.g.* Paul B. STEPHAN, “Accountability and International Lawmaking: Rules, Rents and Legitimacy”, (1996-97) 17 Nw. J. Int’l L. & Bus. 681 at 688 n. 13; Larry Cata BECKER, “The Extra-National State: American Confederate Federalism and the European Union”, (2001) 7 Colum. J. Eur. L. 173 at 180-181; J.H.H. WEILER, “The

documents of Canada, Australia, or Germany.¹³⁰ A small number of constitutions have included formal rights of secession, including, for example, those of Ethiopia, the former U.S.S.R., and arguably the former Yugoslavia.¹³¹ The Soviet Union's constitution included a right of secession (in art. 72), which was not operationalized by law until 1990.¹³² It was and remained essentially a dead letter (even after enactment of the 1990 statute, which ostensibly permitted secession through cumbersome procedures).¹³³ The newly independent states of the former Soviet Union achieved their status through mechanisms

Transformation of the European Economic Community”, (1991) 100 Yale L.J. 2403 at 2412. See Written Question E-2398/01 by Christopher Huhne (Aug 20, 2001), Answer given by Mr. Prodi on behalf of the European Commission (Sept. 24, 2001) Official Journal C 40, Page No. 243 (2002) (explaining that the only instance of secession from the EU involved Greenland, a question settled by treaty, that “cannot be seen as a precedent for a Member State” because at the time the situation was declared to be “exceptional” and because Greenland is not a European State within the meaning of the Union Treaty). For possible opt-out provisions in a proposed new European constitution, see *Draft Treaty for Establishing a Constitution for Europe* (June 18, 2003) art. 59, online at The European Convention: <<http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=EN>> (last visited October 20, 2003).

130. See e.g. Gregory CRAVEN, *Secession: The Ultimate State's Right* (Carlton, Vic.: Melbourne University Press, 1986) at 92 (concluding that the Australian constitution implicitly precludes secession); see *Reference Re Secession of Quebec*, *supra*, note 77 at 239, 248 (discussing unwritten constitutional conventions, principles, and rules and noting that the “underlying principles” guiding its decision “are not explicitly made part of the Constitution by any written provision, other than in some respects by the oblique reference in the preamble to the *Constitution Act, 1867*”).
131. See MONAHAN and BRYANT, *supra*, note 127 (indicating that of the 89 constitutions examined, only seven included provisions relating to secession, while another 22 included language concerning the territorial indivisibility or inviolability of the territory or nation, which by implication might exclude the legality of secession). The authors studied constitutions, federal and nonfederal, that provided for popular referendums on the theory that any “procedure for secession would involve a referendum or plebiscite.” The seven constitutions that were identified as having procedures for secession include Austria, Ethiopia, France, Singapore, Saint Kitts and Nevis, the former Soviet Union, and the former Czech and Slovak federal republic. Of these, Singapore's requirement seems less directed at possible secession than at loss of sovereignty of Singapore itself (see the Constitution of Singapore, art. 6-8) and France's provisions appear to relate only to its overseas colonies; compare the Constitution of France, art. 1 (France as indivisible), with art. 76 (contemplating a vote in New Caledonia for possible full sovereignty).
132. Constitution of the Former U.S.S.R. (1977), art. 72 (“Each Union Republic shall retain the right freely to secede from the USSR”).
133. See *Law on Procedures for Resolving Questions Related to the Secession of Union Republics from the USSR* (Apr. 3, 1990) reprinted in Hurst HANNUM, ed., *Documents on Autonomy and Minority Rights* (Boston: M. Nijhoff, 1993) at 753 (specifying, *inter alia*, in art. 2 and 6, that decision to secede must be made by a vote of two thirds of eligible voters in a referendum within the seceding entity, but with no campaigning and, in art. 9, that following a successful referendum a 5 year transition period may occur). Professor Hannum states that the 1990 law was “never utilized” because “[e]vents quickly overtook the cumbersome and lengthy procedures, which were intended to slow the process of disintegration and in particular, the pending secession of the Baltic states” (*ibid.* at 742); see MONAHAN and BRYANT, *supra*, note 127, at 8-9, 12 (noting that in many former Soviet Republics a unilateral declaration of secession preceded the holding of any referendum).

largely outside of existing Soviet law. Yugoslavia's constitution referred to a right to secession (Basic Principles I) but federal authorities interpreted this right as one that "could not be exercised unilaterally".¹³⁴ This did not stop declarations by Slovenia, Croatia, and Bosnia-Herzegovina of sovereign independence and their recognition by the world community.¹³⁵ Secession (or separation) was effected in the former Czech and Slovak Republic without clear measures of popular support within each subpart.¹³⁶ Adoption of legal provisions on secession (constitutional or statutory) in some settings have been a prelude to relatively quick-thereafter actual secession. It was reported that in late 1990, Slovenia passed its own constitutional law creating a right to secede from Yugoslavia and shortly thereafter did so.¹³⁷ In Czechoslovakia, a law was enacted providing for a referendum in 1991, but it was not used as part of the split up of the state.¹³⁸

-
134. HANNUM, *supra*, note 133, at 761 (citing Yugoslavia's third period report to the UN Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/C/42Add.9 (1992) at 4-11).
135. See generally Marc WELLER, "Current Development: The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", (1992) 86 Am. J. Int'l L. 569, 586-593. Croatia and Slovenia invoked language in the Yugoslav Constitution of 1974, Basic Principles I, para. 1, referring to rights of self-determination, but the central government disagreed that they were unilaterally entitled to secede. See Ben BAGWELL, "Yugoslavian Constitutional Questions: Self Determination and Secession of Member Republics", (1991) 21 Ga. J. Int'l & Comp. L. 489, 490-492, 515-516 n. 142. A draft constitution was proposed in 1990 with an explicit secession right that was never ratified (*ibid.* at 512). Referenda were held in Slovenia, Croatia, and Bosnia-Herzegovina, with votes of varying degrees of supermajority support for independence. See WELLER, *supra*, note 135 at 569-570, 594.
136. See *e.g.* SLOSARCIK, *supra*, note 79, at 541 (explaining failure to use a referendum procedure enacted in 1991 because "the idea of separation could hardly get the support of the majority of the population in either Czechland or Slovakia"); STEIN, *supra*, note 15, at 248 (reporting that in October 1992, when agreements between the Czech and Slovak governments for separation had been for the most part negotiated, "the number of people viewing the split as 'certain' rose from 80 percent in September to 90 percent, but only 37 percent of the Slovaks and 51 percent of the Czechs considered it as 'necessary'"); John McGARRY, "'Orphans of Secession': National Pluralism in Secessionist Regions and Post-Secession States" in Margaret MOORE, ed., *National Self-Determination and Secession* (Oxford: Oxford University Press, 1998) at 215, 220 (describing Slovak secession as "largely an elite project" with only 8 percent in 1990 in Slovakia supporting secession). Elite opinion may both vary from and help shape public views and reactions, and political party leaders may sometimes polarize different publics on questions relating to secession. See generally Paul M. SNIDERMAN *et al.*, *The Clash of Rights: Liberty, Equality and Legitimacy in Pluralist Democracy* (New Haven, CT: Yale University Press, 1996) at 256 (noting "special volatility" of group rights and how English Canadians react adversely to statements made by French Canadian elites that may not reflect the views of most French Canadians, eliciting more extreme language by English Canadian leaders, and so forth).
137. See Cass SUNSTEIN, "Constitutionalism and Secession", (1991) 58 U. Chi. L. Rev. 633 at 634 n. 5 (reporting that in late 1990 Slovenia passed a constitutional amendment creating a right to secede).
138. See generally STEIN, *supra*, note 15, at 23, 37, 49-50. A counter-example may be provided by Ethiopia's 1994 Constitution, adopted in the wake of Eritrea's 1993 secession, which includes in art. 39 recognition that "Every Nation, Nationality and People in Ethiopia has an unconditional right to self-determination, including the right to secession" and provides a procedure for the exercise of the right to secession. See *infra*, note 143.

Professor Cass Sunstein, in the early 1990s, argued that a waiver of the right to secede is a “natural part of constitutionalism”.¹³⁹ Although some secession theorists disagree with Sunstein’s conclusion¹⁴⁰, comparative constitutional experience, such as that briefly described above, provides some support for Sunstein’s arguments against constitutionalizing rights of secession. Where constitutions and laws have provided for a right to secession, the law has not been used—even where split-up occurs.¹⁴¹ This empirical record might be read to suggest that using constitutional law—or even law at all—to anticipate, far in advance, the resolution of conflicts that lead to secessionary movements, is unlikely to be helpful.¹⁴² But the evidence from experience with comparative constitutional federalism is uncertain.¹⁴³ While unilateral “rights” to secede may be relatively rare,¹⁴⁴ and bear obvious risks to stable and effective governments, the possibility of changes in national boundaries through agreement has long been recognized.¹⁴⁵ Might constitutional law, or the experience of constitutional federalisms, have anything to say about the processes by which such mutual consent is determined?

139. SUNSTEIN, *supra*, note 137, at 670.

140. See *e.g.* Daniel M. WEINSTOCK, “Toward a Proceduralist Theory of Secession”, (2000) 13 *Can. J. L. & Juris.* 251. For an introduction to a fascinating literature, see *e.g.* Allen BUCHANAN, *Secession: The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec* (Boulder: Westview Press, 1991); Will KYMLICKA, “Federalism and Secession: At Home and Abroad”, (2000) 13 *Can J. L. & Juris.* 207.

141. Too few nations have included explicit secession clauses to permit conclusions, but the possibility exists that the work done to identify and articulate such a right might make it more rather than less likely that the right will be exercised. But see WEINSTOCK, *supra*, note 140, at 261-262 (arguing that by regulating and recognizing secession as a possibility one tames the impulse to secede and moderates governments’ “centralizing zeal” that ignores minority interests).

142. It is at best unclear from evidence to date whether any of the benefits hypothesized by secession theorists accrue from the presence of a constitutional right to secede—whether in terms of avoiding secession, constraining abuse of minorities by the central government, facilitating democratic decision-making, or assuring the justness of the terms of the secession. For further discussion see JACKSON, *supra*, note 126.

143. For instance, in 1994, Ethiopia adopted constitutional provisions providing for secession rights. See the Constitution of Ethiopia, art. 39(1), (4) (conditioning the exercise of rights of secession on a two thirds vote in support within the group concerned and on subsequent action at the national level, including approval by majority vote in a referendum organized by the Federal Government). It may be too soon to evaluate the success of this approach. For critical discussion of the 1994 Constitution and its provisions for secession, see Minasse HAILE, “The New Ethiopian Constitution: Its Impact Upon Unity, Human Rights, and Development”, (1996) 20 *Suffolk Transnat’l L. Rev.* 1; Alemante G. SELASSIE, “Ethnic Federalism: Its Promise and Pitfalls for Africa”, (2003) 28 *Yale J. Int’l L.* 51, 68-70. For more optimistic views, see Bereket Habte SELASSIE, “Self-Determination in Principle and Practice: The Ethiopian-Eritrean Experiment”, (1997) 29 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 1; T.S. TWIBELL, “Ethiopian Constitutional Law: The Structure of the Ethiopian Government and the New Constitution’s Ability to Overcome Ethiopia’s Problems”, (1999) 21 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.* 399.

144. See *e.g.* Constitution of St. Kitts and Nevis, s. 113, 115 (1983) (providing for secession of Nevis upon a two thirds vote of its legislative assembly and a subsequent referendum).

145. See *Texas v. White*, 70 U.S. 700 (1868) at 726 (secession not legally possible without consent of the other states).

In the *Reference re Secession of Quebec*,¹⁴⁶ an advisory opinion sought by the federal government in the wake of a close vote on a referendum on separatism in Quebec, the Supreme Court of Canada concluded that while there was no unilateral right of secession, principles of democracy and federalism under the constitution would require the national government to engage in “principled negotiations” over secession if a clear majority of the Quebec population voted in favor of secession on a clear question.¹⁴⁷ This principle of negotiation was derived, the Court reasoned, from fundamental constitutional commitments to “federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minority rights”.¹⁴⁸ In a lengthy exegesis of the history of the Canadian federation, the Court emphasized that Canadian commitments were not to a purely majoritarian form of democracy, and that a key question was which majorities, at which levels of government, should decide what questions.¹⁴⁹ The determination of what is a “clear majority on a clear question” and the nature of subsequent negotiations would be, the Court indicated, political questions to be determined by political actors,¹⁵⁰ in which the rule of law and protection of minority rights would play an important role as well.¹⁵¹ The Supreme Court’s decision was followed by the so-called “Clarity Act” (which has been criticized, *inter alia*, for failing to clarify some key elements of operationalizing the Court’s opinion).¹⁵² And at least in the short term in Canada, the Supreme Court’s decision was accepted by many as “shap[ing] the terms of debate in a stability-promoting way”.¹⁵³

146. *Supra*, note 77.

147. *Ibid.*, at 264-269, 273.

148. *Ibid.*, at 260.

149. *Ibid.*, at 255, 259-260.

150. *Ibid.*, at 270-272. Interestingly, the Court did not suggest that the “rest of Canada” should, in response to a positive referendum in one province to secede, vote by referendum on whether they wanted to agree to the secession. Compare *ibid.*, at 273-274 (refusing to decide which of several “procedures to achieve lawful secession” would apply to future questions of secession), with Richard BRIFFAULT, “Voting Rights, Home Rule and Metropolitan Governance: The Secession of Staten Island as a Case Study in the Dilemmas of Local Self-Determination”, (1992) 92 Colum. L. Rev. 775, 818-819 (arguing for an approach to municipal secession that would require referenda in seceding part of a city and in the remainder of the city, with resolution by the state in the event of a conflict). At the national level, the absence of a superior authority to resolve conflicts (between the national polity and a subnational polity) may make it sensible to move immediately to negotiation upon a clear, supra majority vote in favor of secession in a predefined territorial unit of the larger national state.

151. *Ibid.*, at 267.

152. The “Clarity Act” came into effect in 2000. See *An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference*, S.C. 2000, c. 26 [“Clarity Act”].

153. See Sujit CHOUDRY and Robert HOWSE, “Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference”, (2000) 13 Can. J.L. & Juris. 143 at 144. The decision has by no means put an end to Quebec’s interest in secession. See Cristie L. FORD, “In Search of the Qualitative Clear Majority: Democratic Experimentalism and the Quebec Secession Reference”, (2001) 39 Alta. L. Rev. 511 at 541-541 and n. 91 (describing Quebec’s legislative response to the federal Clarity Act).

The Supreme Court of Canada did not in any significant way explicitly refer to the experiences of other constitutional democracies in identifying its four principles or determining their application to the issue of Canadian constitutional law before it.¹⁵⁴ This is worth remarking, especially in light of that Court's willingness in Charter rights cases to consider the constitutional law of other nations.¹⁵⁵ What the Canadian Court can be understood to have done in the *Reference re Secession of Quebec* was to identify basic constitutional commitments through which it developed structural principles leading to an obligation to negotiate upon a clear majority vote on a clear question of secession; it did so through the device of constitutional advice from a constitutional court, rather than through a procedure, or set of rights, specified in the governing text itself (either at the time the constitution was first adopted or in the course of a major addition or amendment to the constitution, as in adoption of the Charter).¹⁵⁶ The *Reference re Secession of Quebec* thus might be understood as a third alternative to a constitution itself, either providing for procedures to address secession or for rights of secession, on the one hand, and precluding secession (absent unanimous consent) on the other. The Canadian course might be understood as the formulation of authoritative judicial advice on constitutional standards for addressing secessionary questions when they arise in the course of a constitutional polity's life.

Given difficult experiences in the adjustment of national boundaries in areas in which ethnic or linguistic rivalries exist, the Canadian approach may prove of value elsewhere. As a matter of institutional design, the *Reference re Secession of Quebec* might be understood to raise the question whether some basic, but difficult, questions can be deferred from the time of the constitution's adoption or amendment to be decided in the future by a respected constitutional court in a more highly developed factual and political context, and after more experience with the basic written constitutional texts. At the level of methodol-

154. See *supra*, note 77, at 275-296. The Court did address the question whether under international law Quebec would have a right to secede unilaterally (upon a clear vote by a majority). The Court concluded that it did not. It found that while international law did recognize the right of a "people" to "self determination," that right did not generally imply a right to secede, but contemplated a self-governing right that could ordinarily be accommodated within existing national boundaries. It construed international law to require recognition of a right to secede only in narrowly defined circumstances, *e.g.* involving colonial and oppressed people, or when a people is "blocked" from exercises of self-determination rights internally, none of which plausibly existed in light of the opportunities for Quebec and Quebecers participation in self-government and national government in Canada and the absence of abuse.

155. See *supra*, text at notes 44-47 (citing Canadian cases referring to foreign or international sources of law).

156. For thoughtful discussion of the Canadian Court's conception of the sources of decision in the *Reference re Secession of Quebec* that characterizes the Court as in "partnership" with political branches, see CHOUDRY and HOWSE, *supra*, note 153, at 154-169 (arguing for a "dualist" interpretive theory that distinguishes "ordinary interpretation" from "extraordinary interpretation, in which the text assumes a secondary importance").

ogy, it is an approach that treats the Constitution as standing for values of governance as well as individual rights, and applies those values to a difficult political problem. Whether this approach will prove successful in these regards, even in Canada, is yet too early to determine, much less its application elsewhere.

It is also possible that, apart from the procedural posture of the advisory opinion exemplified in the reference procedure, and the methodological approach of deducing values of governance that can be extended to difficult questions not specifically addressed in the text, the substantive content of the *Reference re Secession of Quebec* elucidation of basic constitutional norms of decision-making may well have value to other federations. The problem of reconciling local and national majorities is endemic and, once the question of secession seriously arises within a polity, is difficult to reconcile within a framework of law. The values that the Supreme Court ascribed to the Canadian Constitution are values that can be derived from the texts and traditions of many other federal systems with commitments to the rule of law, democracy, federalism, and the protection of minority rights. Thus, notwithstanding the Court's efforts to locate these values in the specific history of the Canadian federation, a question for the future is whether Canada's *Reference re Secession of Quebec* will begin a transnational constitutional discourse on how to reconcile commitments of federalism and minority rights with commitments to democracy and the rule of law in a way that can enrich "world jurisprudence" on governmental decision-making structures.¹⁵⁷

CONCLUSION

Returning to the questions of the benefits and limits of comparative constitutional law in the area of federalism, one must be very cautious in assuming that a doctrine, text, or structure serves the same function in different federal systems. Much depends on the historic circumstances giving rise to particular federal agreements and the interdependent structure and relationship of provisions relating to federalism. Comparative constitutional experience with federal systems can, however, illuminate basic questions of structure and design, including the question of whether and how to use the constitution or constitutional law to address the difficult questions posed by claims to secede

157. See James TULLY, "Introduction" in Alain G. GAGNON and James TULLY, eds., *Multinational Democracies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001) at 1, 14 (emphasizing the *Reference re Secession of Quebec* concept of democracy as entailing a "continuous process of discussion" in which members have democratic rights to initiate negotiations over constitutional change).

PARTIE II

**GOUVERNANCE ET
COMPLEXITÉ IDENTITAIRE**

PART II

**GOVERNANCE AND THE
COMPLEXITY OF IDENTITY**

Chapter 3

The Challenge of Ethnic Diversity to Federalism

Thomas FLEINER*

Abstract

Ethnic diversity presents an increasing challenge to the unity and integrity of the nation-state in the twenty-first century. The fragmentation characterizing multicultural societies raises important questions regarding the structure of governance, the distribution of political power, as well as the political representation and participation of different ethnic groups within a nation-state. This paper examines the roots of conflict within multicultural states, and looks into the different institutions, tools, and principles states have used to accommodate ethnic diversity.

The author contends that most ethnic conflicts cannot simply be reduced to matters of individual rights and/or minority protection. Rather, he suggests that federalism, understood as the constitutionally-established balance between self-rule and shared-rule, may prove to be effective in managing ethnic conflict, establishing the legitimacy of the State, and governing multicultural societies. The paper concludes with a discussion of the specific chal-

Résumé

Au XXI^e siècle, la diversité ethnique et culturelle représente un incroyable défi à l'intégrité et à l'unité des États-nations. La fragmentation caractérisant les sociétés multiculturelles soulève d'importantes questions quant à la structure de gouvernance, à la distribution des pouvoirs politiques, ainsi qu'à la représentation et à la participation des divers groupes ethniques que l'on trouve au sein d'un État-nation. Ce texte examine les racines des conflits au sein des États-nations, étudie les différentes institutions ainsi que les différents outils et principes que ces États ont utilisés pour gérer cette diversité ethnique.

Dans ce contexte, l'auteur soutient que la majorité des conflits ethniques ne peuvent tout simplement pas être réduits à des enjeux de droits individuels ou de protection des minorités. Il suggère plutôt que le fédéralisme, conçu comme un équilibre constitutionnellement établi entre la règle commune et la règle individuelle (gestion individuelle ou collective), pourrait s'avérer efficace dans la gestion des conflits

* Professor and Director of the Institute of Federalism, Fribourg University.

lenges facing the main actors in multicultural societies—namely, the State, decentralized units, civil society, and the international community.

ethniques, établissant la légitimité de l'État et régissant les sociétés multiculturelles. Ce texte se termine par une discussion à propos des défis particuliers auxquels font face les principaux acteurs des sociétés multiculturelles – notamment l'État, les entités décentralisées, la société civile ainsi que la communauté internationale.

INTRODUCTION

Modern States are all Facing Multiculturalism

Almost 95% of today's world population lives in multicultural states, which are fragmented into different cultural communities; 40% live in federal states and the others in unitary states. Multiculturalism has become, especially since the fall of the Berlin Wall, a challenge for most countries threatened by an increasingly divided and fragmented society. How can these states bring and hold their societies together? States facing the challenge of multicultural societies, in a "globalised" international order, have to cope with problems and conflicts which, up to now, were overshadowed by the threat of the two conflicting blocks that split mankind in two worlds: the capitalist and the communist world.

Up to now, the main issues with regard to governmental power dealt with good governance. Of central concern were the governance of society and the organization of the government. Today, we are faced with much more controversial questions—namely who should govern whom? What majority or majorities should rule over what minorities? Who should hold the political powers of the state, and with regards to whom? These important questions can only be answered, if an even more controversial question can be satisfied: "Who should decide the procedures that will be used to determine who governs over whom?"

Federalism has long been seen as a tool separating governmental powers, not only horizontally, but also vertically. Federalism is traditionally considered to be a good device to limit governmental powers. Thus, federalism has been seen as a particular solution to the traditional issues of good governance, but is also criticised as neglecting efficiency and equality.

We understand federalism as the constitutionally established balance between self-rule and shared-rule.¹ Keeping in mind this notion, one can see the role that federalism might play in holding or bringing multicultural societies together. Not only does it answer to the questions of governmental structure and governance, but also to that of who should govern whom. Accordingly, federalism will be a central theme in the following discussion of multiculturalism. Importantly, although the analysis of multiculturalism sheds light upon many aspects of the conflicts occurring in modern-state societies, it does not always provide clear and determinative answers. Nevertheless, this paper will attempt to provide a comprehensive account of the main issues and challenges facing multicultural societies.

Why is Multiculturalism a Problem?

Do federalism and decentralisation help to bring and/or to hold multicultural societies together, and if so, why do they help? To what extent do federalism and/or decentralisation provide specific tools to states fragmented by multicultural societies?

The basic fundament of the state is a democratic society. To what extent can a society, fragmented into different cultural communities, be considered as a united civil society, legitimising and controlling state power? Must we provide different political and legal tools in order to sustain a “united and composed diversity” within civil society?

Since the fall of the Berlin Wall, internal conflicts of multicultural states have been of increasing concern for the international community, which has in some cases intervened with military force and has even installed quasi-international protectorates. With regard to these developments, we have to ask the following questions: Based on what concepts does the international community intervene in multicultural conflicts? Are there concepts and legal principles available for the international community to rule multicultural societies and to bring and/or hold divided societies together?

A. WHY DOES THE NATION-STATE EXCLUDE MULTICULTURALISM?

1. Equality of *Homo Sapiens*

Researching the political and theoretical background of the modern constitutionalism, one will have to agree that almost all modern state-concepts are based on the idea of a secular state, legitimised by the social contract of the

1. Daniel J. ELAZAR, *Exploring Federalism* (Tuscaloosa, AL: University of Alabama Press, 1987) at 5.

people. Political power is established on the fundament of people's sovereignty and its legitimacy finds its very root in liberal concept of the universal *Homo sapiens*. The very assumption of the secularised democratic state is that human beings are essentially equal as beings:

- egocentric (Hobbes);
- bearers of inalienable rights (Locke);
- rational citizens (in the sense of Rousseau's *citoyen*);
- exploiters or exploited (Marx);
- made for the political community (*Homo politicus* in the sense of Aristotle and Thomas of Aquin);
- cost-benefit driven (in the sense of the *Homo oeconomicus*, Adam Smith, Rawls).

Importantly, this basic truth excludes the diversity of individuals and communities, which has developed out of culture, tradition, and language. Considering the equality of all individuals, one must question the reasons or justifications behind the inclusion or exclusion of certain individuals from a political state community; which is based on the consensus and sovereignty of the “inclusive” members. On what grounds of legitimacy can this community be ruled by the will of the majority; who in some cases, may even be convinced that its vital interests, as cultural community, are threatened? What criteria are used by this political unit to include specific communities, and on what grounds does it exclude other communities or regions from its territory? In other words, why has the international community celebrated the unification between the two Germanys, while forbidding the unification between Germany and Austria after World War I (Peace Treaty of St. Germain)?

2. Diversity and the “Nation Concept”

Today, the people as fundament for state legitimacy is called “nation.” In some cases, the nation is made by the constitution, while in others the state is made by a nation which claims pre-state unity based on culture, history, or religion. A nation made by the constitution excludes diversity by reducing the human being to the rational *citoyen*. A state made by the pre-constitutional cultural unity, by definition, has to exclude cultural diversity, as it would endanger its very roots—that is, the monocultural people's sovereignty.²

2. Lidija BASTA FLEINER, “Minority and Legitimacy of a Federal State: An Outsider Perception of the Swiss Model” in Lidija BASTA FLEINER and Thomas FLEINER, eds., *Federalism and Multiethnic States*, 2nd rev. ed. (Fribourg: Institute of Federalism, 2000) at 78.

THE CHALLENGE OF ETHNIC DIVERSITY TO FEDERALISM

Citizens are held together by the social contract as rational beings. They have decided, by reflection and choice, to establish and uphold a certain political order. What values can bring and hold the people together? Is it common history, religion, language, or a common political ideology?

- If peoples are held together by culture, then multiculturalism is a very real threat of the unity of the nation.
- If they are held together by political values, then all individuals, notwithstanding their cultural background, can join the community. However, as soon as they introduce cultural values equivalent to political values, the very fundament of the political unity of the nation will be threatened.
- If they are held together by social and economic reasons (immigration countries), then they have to ignore the different cultures (including the culture of the native people) as political values. The economy must have priority over culture; and cultures must integrate into the melting society, driven by the value of common welfare.

Thus, states are either held together by a homogeneous culture, excluding other cultures, or by a homogeneous concept of political or economic values, excluding culture as a political factor of the community. Multiculturalism and diversity, as such, are considered to be a threat to the nation concept. If a nation is held together by political values, then it will be inclusive towards all different cultures within its territory, providing they do not claim any political recognition for their culture. Multicultural diversity is basically ignored as a structural factor to unite or decentralise the political society. For this reason, a political nation denies culture as a nation-building factor. The nation can only exist on the basis of equal and rational individuals who ignore their cultural roots.

If the choice of the political unity is focussed on the territory (*e.g.*, immigration countries, such as the United States: “We the People of the United States”), then culture or history are considered to be irrelevant nation-building factors. Culture, as nation-building factor, can even be considered a threat to the state, because it questions its very foundation—namely, that rational *citoyens* are held together by the universal, *e.g.*, republican values proclaimed in the constitution (*e.g.* France, Turkey).

If individuals are held together by their common history, culture, or religion, then cultural communities will have priority over the territory (*e.g.*, Great Germany, Albania, Serbia, Croatia, and Hungary, etc.). But in this case, cultural diversity, and the resulting fragmentation caused by traditional minorities or immigration, must be considered as a major failure threatening the natural unity of the nation. The universal values proclaimed in the constitution, based on the equality of the *Homo politicus*, may provide a common ground

founded in the idea of constitutional patriotism. However, since the state has not been made by the constitution, but rather by the pre-constitutional cultural unity of the nation, the constitution has to exclude other cultures as nation-building factors.

Today, almost all constitutions proclaim universal values, but their fundament—that is, the human being as rational *homo sapiens* providing through the nation the very sovereignty of the state—are held together on different grounds, all of which exclude, *per se*, any multicultural diversity. They cannot accommodate multiculturalism, but must either ignore, deny, or eliminate it.

Constitutions—made for the universal *citoyen*—became universal instruments proclaiming political values for all equal individuals. However, although the nation may bring a society together with universal values, it may also separate its community from other nations through its specific “nation concept.” Therefore, the framers of a constitution must introduce and affirm values that are universal in character, and thus good for all. Consequently, what is good for all necessarily excludes diversity.

Those who establish a constitution for a pre-political cultural nation are not concerned with what *holds* society together, because it is held together by nature. Thus, they also proclaim universal values within their constitution, knowing that their nation is not held together by these values, but by the uniting factor of nature.

3. Taking Cultural Diversity Seriously

All these basic state and nation concepts do not take cultural diversity seriously. Either culture is ignored as such, treated as self-evident, or it is ignored because it is inherently exclusionary. In no case is multiculturalism taken as a fundamental element of political order, which would politically reflect the cultural diversity.

States are held together, and at the same time separated from other surrounding states, through their specific “nation concept,”³ which:

- ignores culture (United States: melting pot, immigration country);
- denies culture (France, Turkey);
- is based on one identity culture (Preamble of the German Constitution: “the German People have adopted, by virtue of their constituent power, this Constitution”) and eliminates cultural diversity by assimilation.

3. Nicole TÖPPERWIEN, *Nation-State and Normative Diversity* (Fribourg: Institute of Federalism, 2001) at 194.

THE CHALLENGE OF ETHNIC DIVERSITY TO FEDERALISM

These different “nation concepts” not only contradict one another, but they are also unable to accommodate different cultures within their political unity. Nations that ignore different cultures can only survive as immigration nations, which have to separate political unity from any cultural unity, and exclude the culture of their native inhabitants. Immigrants belonging to different cultures can identify with the political state, because it has given them a new spiritual, cultural, and economic freedom. However, were they to seek political recognition of their culture (*e.g.*, recognition of their language for education and the judiciary), the state would have to reject their claims, as the enhanced cultural diversity would induce political fragmentation.

Nations that deny culture are founded on rational citizens, who are not allowed to pursue their cultural identity as part of the political identity of the state (*e.g.*, secularised schools forbidding the veiling of Muslim girls⁴). All citizens are rational *citoyens*, equal with regard to each other. Their cultural identity is of no political value.

Finally, there are also states which are based on a concept of cultural identity. In these cases, the state unit, as such, is based on a homogeneous cultural identity. Such cultural nations are held together, not by reflection and choice, but by nature. Their identity and communality is pre-political, pre-state and pre-constitutional. State unity emerges from the natural cultural identity of the nation. However, this state cannot accommodate other cultures. Rather, it is a state which, at best, tolerates non-integrated minorities as guests, but not as equal citizens. The status of a fully recognised citizen can only be reached through integration. Whoever wants to change citizenship must also change their cultural identity. States with nations held together by “nature” usually proclaim universal political values within their constitution. The constitution itself, as a political document, may even become a value of identity in the sense of constitutional patriotism (*Verfassungspatriotismus*).⁵ However, when the time comes to decide on issues of cultural identity, such as citizenship, the exclusion of other cultural identities once again becomes evident (cp. Art. 116 German Constitution).

It seems evident that states with nations made by nature cannot, by their very definition, accommodate diversity and multiculturalism. Thus, whenever a cultural minority living in a multicultural society requires political recognition and political identity, the state has to reject the claims. Since it is not able to provide a fragmented political identity, it will end up in major conflicts with its minorities. It has to either integrate minorities within its majority culture, which

4. See J.-F. AUBERT, “Islam à l’école publique” in Bernhard EHRENZELLER *et al.*, eds., *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner* (St. Gallen: Dike, 1998) at 479-495.

5. See Jürgen HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen, Studien zur politischen Theorie* (Frankfurt: Suhrkamp, 1996) at 143-145.

will destroy the very cultural roots of the minorities, or it has to deny minorities the possibility to enhance their cultural identity through political means. In the end, any fragmented political identity might endanger the unity and homogeneity—and even the very foundation—of the state's existence.

If the state is an immigration state, it can accommodate the different cultures belonging to all immigrant citizens on the basis of private pluralism, but not as political instruments fragmenting the unity of the state. However, this is only possible if the cultural communities accept the political legitimacy of the immigration state (*e.g.*, the American dream) and if they can accommodate the idea of the melting pot. Importantly, cultures that feel excluded, and which have lived there prior to the arrival of immigrants, will not be prepared to accept the melting pot ideology. As a result, they will fundamentally threaten the legitimacy of the state made by immigrants.

Thus, every nation held together by universal values and hosting other cultures may sooner or later run into major conflicts with its multicultural society. Oftentimes, multicultural states will not be able to accommodate their cultural diversity by universal political values.

B. CONTROVERSY OVER THE ROOTS OF CONFLICTS WITHIN MULTICULTURAL STATES

Today's world is threatened by innumerable conflicts between ethnic communities or states and minorities. Some conflicts are open and violent, while others are hidden and may explode at later times. Whoever wants to find and promote tools to prevent, manage, or even resolve those conflicts has to find their causes.

However the causes of those conflicts are most disputed. The roots may be economic (economic injustice), historical (revenge for historical injustice, discrimination, and lost self-determination), unfriendly policies of neighbouring states (often linked to their ethnic minority and sometimes generated by religious fundamentalism), egoism of power and greedy warlords; the illegitimacy of the state or the nation (based on the exclusion of the identity of minority cultures), and lastly, fear and mistrust (caused by long-standing conflicts between state and minority terror).

Everybody would agree, however, that ethnicity is somehow inducing the conflict. Ethnic diversity might be stirred up and mobilized for many reasons, such as to maintain economic and political power or to uphold state terror. Regardless, it is always somehow apparent.

The scientific community would agree that the incredible development of medical science, in the twentieth century, was contingent upon the fact that, at

the end of the nineteenth century, medical science began to focus not only on the symptoms of illnesses but also on their causes. Similarly, if one wants to find effective tools for conflict management and resolution, one must understand the symptoms of ethnic conflict as well as its causes. So long as there is no consensus on the causes and if one is content to know the symptoms alone, then there is almost no real remedy in sight.

C. DOES GLOBALISATION ELIMINATE OR EVEN RESOLVE THOSE CONFLICTS?

One might think that with the sovereignty of the global market, nation-state sovereignty will fade away.⁶ The private market will remove the need for political and social policies. Thus, the “enemy” of ethnic claims may shift from the local nation-state to the global market. Controversies on burning issues, such as who should govern the state or how should the state be governed, will lose much of their significance, as the political power of the state is withering away. There is no need for a national government, if the state becomes private.

However, if we look at the reality of the needs and wants of human beings today, one can see clear contradictions:

- consumers desire a global market for their needs and expenses;
- citizens claim the universality of human rights;
- people want to safeguard their local identity within their religious, linguistic, historical, or cultural community;
- human beings seek local security;
- there is a global market for products and finances, but the labour market has remained local to a great extent.

If one takes these facts seriously, then one must admit to the contradictions. For instance, the desire to enhance globalisation and universalisation seems to run contrary to the desire for localisation. Globalisation and localisation are both actual tendencies. The more the world becomes global, the more it will have to accommodate local needs and claims. It would be erroneous to focus solely on globalisation or localisation.

6. See Lidija BASTA FLEINER, “Globalisation and Multiculturalism” in Lidija BASTA FLEINER *et al.*, eds., *Rule of Law and Organisation of the State in Asia* (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2000) at 15-31.

What does this mean for multicultural states? It is clear that in this development, the need for local identity and security has to be met, not only through the privatisation of local needs, but also by political structures that can accommodate the demands of human beings rooted within their local community and seeking, for instance, better security for their families.

As the global market expands, the need for local justice will increase accordingly. Thus, local conflicts will not fade away. Rather, they will become more open, violent, and explosive. The cost-benefit driven *Homo oeconomicus* will seek to benefit in the global market, while the *Homo politicus* will require local compensation for injustice caused by the global market. Consequently, the future challenges of multiculturalism will increase rather than diminish.

D. WHAT TOOLS ARE AVAILABLE TO THE MULTICULTURAL STATE IN ORDER TO MEET THE INCREASING CHALLENGES OF MULTICULTURALISM?

As we have seen, globalisation and localisation will increase in conjunction. As the fragmentation of the multicultural state continues, it will present great challenges to states that have not developed the capacities to deal with them. States will not be able to overcome these conflicts, if they cannot achieve basic legitimacy in the eyes of their citizens and communities. If states want to hold their multicultural societies together, the question to be asked is not only what is good for all, but also what is good for us—“us” meaning “we” as all citizens, and “we” as all the peoples living within the territory of the multicultural state.

Whoever wants to assess these tools cannot only ask for good governance. They must also consider who should govern whom—that is, in what instances should a certain majority govern over certain minorities, and who should decide this distribution of power. Thus, the different tools available to meet the explosive challenges of multiculturalism must establish popular legitimacy.

Up to now, different states have developed different tools, instruments, and procedures to meet the challenges of multiculturalism. Whoever wants to assess these tools should explore the causes and the symptoms of the potential conflicts threatening multicultural countries. To do so, one must know what is really needed to hold or bring a multicultural society together.

1. Policy of Tolerance

States can pursue tolerance as a major policy for unity. On the one hand, whoever is tolerated will never feel fully accepted as an equal partner within the political community. On the other hand, tolerance is only possible on the basis of mutual respect and dignity for all individuals as human beings. Whoever is

tolerated will have the possibility to live within the community without being discriminated against on the basis of race, religion, or language.

Tolerance, implemented into the legal system, is the *guarantee of human rights as individual rights*. Based on the protection of individual human rights, state authorities are prohibited from discriminating against individuals, belonging to certain minorities, on the basis of language, religion, or race. Minority protection is a necessity, as it belongs to the universal values of the constitution. However, those who are tolerated are not part of the “We,” in the sense that “They” are not expected to define the policy of the “We.” While diversity must be respected, it can never become an integral part of the policy of the state, which does not want to go beyond tolerance.

Tolerance of minorities is a minimum requirement that every state must accept as part of human dignity, and is thus required by the universal principals of human rights. States can even strengthen and enlarge the policy of tolerance, by extending it to minority communities through affirmative action (as opposed to granting communities collective rights); it targets individuals who face discrimination in society and have unequal opportunities. Affirmative action may discriminate against individuals of the majority. However, it takes into account the *de facto* discrimination of minorities and privileges of majorities.

2. Policy of Reconciliation

In the preamble of the South African Constitution, we can find the following message: “We ... adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to ... Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values....” Whoever wants to reconcile different cultural communities cannot only guarantee individual human rights protection for minorities, but must also provide tools for conflict management, better understanding and cooperation between the minorities. Section 235 of the South African Constitution provides a balance between the right of self-determination of the South African Nation “and any community sharing a common cultural and language heritage.”

Whoever explores the history of the South African constitution-making process will detect the importance of a specific process for reconciling communities consumed with fear and mistrust. The twofold constitution-making process provided, first, an interim constitution (*pro futuro*) negotiated on the basis of power-sharing between communities that were equal in terms of rights, but unequal in size and history. In the second constitution, the procedure was based on the principle of democratic majority (though this process continued to be guided by some basic principles set out in the interim constitution). Time, as factor to transform enemies into adversaries, may be an essential tool that can be used as procedural support for reconciliation.

Direct democracy, as used in Switzerland, is another tool that has often proved useful in reconciliation. Although direct democracy is majority-oriented, it also has an important disincentive effect, as it encourages the political elite to seek consensus. In the Swiss experience, if the political elite do not reach a consensus, the people have usually rejected the proposals in the subsequent referendum.⁷ Thus, the disincentive effect of direct democracy may very well enhance the development of a consensus-driven democracy, and this has proven to be an excellent tool for reconciliation and conflict management.

3. Equalizing Minorities with the Majority

Democracy is based on the majority principle, which presumes that the people holding the majority will not abuse its democratic powers and tyrannise its minorities. If the state wants to hold society together, the majority must also recognise the right of its minorities to be treated as equals, not only as individuals, but also as communities. Equality can often not only be achieved by granting individuals of minorities equal rights. Minorities claim also the right to be equal as a community. Individuals of a minority will not be content if they only receive equality as individuals, but will also want their community to receive the status of equality. Thus, the aim must not only be to guarantee equal rights of individuals, but also the right to be equal as belonging to a minority community. For instance, the recent draft for a new Serbian constitution provides the following aim of the state in its preamble: “Conscious of the state tradition of the Serbian people and determined to *establish the equality of all the peoples* living in Serbia.”⁸

A state, which implements such a fundamental principle, will have to transcend the aim of equality of individuals and recognise basic collective rights. According to Article 232 of the Brazilian Constitution, Indians have standing to sue and defend their rights as individuals *and* as a collectivity.

How does the draft for a new Serbian constitution implement its policy to establish equality of its peoples? The answer according to chapter III of this draft is: “Persons belonging to a national minority shall have special rights, which they exercise individually or in community with others.” If peoples of fragmented societies were to achieve equality, the state would have to implement this policy through the instrument of collective rights. However, collective rights may limit—and even violate—individual rights. To what extent can individual human rights be limited for the sake of collective rights? In Switzerland, the Federal Tribunal has decided that individual language rights

7. Thierry TANQUEREL, “Les fondements démocratiques de la Constitution” in Daniel THÜRER *et al.*, eds., *Verfassungsrecht der Schweiz* (Zürich: Schulthess, 2001) at 309-312 n. 18.

8. See Lidija R. BASTA, ed., *Constitutional Prerequisites for a Democratic Serbia* (Fribourg: Institute of Federalism, 1998) at 2-9.

can be limited by the collective right (principle of territoriality) of a threatened linguistic community, for the sake of peace among the different communities.⁹ Thus, if states want to hold their societies together, their goal cannot only be individual liberty, as Hannah Arendt suggested, but also peace among the communities. However, minorities should not be allowed to derogate from the essential content of human rights guarantees, which according to the covenants can never be limited, not even in cases of emergency.

4. Enhancing Diversity

The multicultural state can choose to hold society together through the promotion of diversity. In Article 2 of the new Swiss Constitution, the Swiss Confederation “shall promote the ... inner cohesion, and the cultural diversity of the country.” What tools are available to enhance such policies? The only possibility to ensure this policy is to give the different communities certain powers and autonomy. One has to find a constitutional framework, which can accommodate such powers and autonomy. Whoever answers these fundamental questions must also respond to the more challenging questions of who governs whom, and who decides the distribution of power?

Decentralisation provides local communities with limited autonomy, and thus self-government. But the central power will still depend on the majority principle to decide which minority should have governmental powers and what the extent of these powers will be. Thus, only the balance between self-rule *and* shared rule will give communities the opportunity to promote their culture within their territory and to define the solidarity needed for the balanced development of all communities. Such constitutional possibilities can only be implemented by a federal constitutional design.¹⁰

All different tools, procedures, and institutions, which would enable the state to deal with its cultural fragmentation, require an important change of state policies, if they want to meet the challenge of uniting its society.¹¹ States will have to take cultural diversity seriously. They can neither ignore nor deny culture as part of their political order, nor can they, as states made by the natural unity of the people, exclude other cultures. To take cultural diversity seriously means that the constitution makers cannot only look to universal values, but must also ask what is good for them—that is, what is good for their communities and for their citizens.

9. See the listing of Federal Tribunal cases in A. AUER, G. MALINVERNI and M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse* (Berne: *Stämpfli*, 2000) at 466-467.

10. Thomas FLEINER, “Recent Developments in Swiss Federalism” (2002) 32 *Publius: The Journal of Federalism* 97.

11. See Ronald L. WATTS, *The Institutions of a Federal State: Federalism and Democracy as Fundamental Counterweighing Principles* (Fribourg: Institute of Federalism, 1996) at 14-28.

Federalism should then be understood as a constitutional design that not only facilitates tolerance, but also promotes diversity; that not only limits state power, but also enables diverse groups and individuals to participate in government; that not only welcomes individuals but is also inclusive of cultural diversity, for the greater benefit of the whole society in the endeavour of justice, peace, and liberty. Thus, federalism—the constitutional implementation of the principle of “unity by diversity”—could become the tool for multicultural states to enhance diversity. The specific fragmentation of a state—its diversities seen as deserving promotion—will become the special focus of a state pursuing the universal value of promoting its own specific values, a state that is prepared to answer the question of its citizens: What is good for us and for our communities?

E. THE DIFFERENT ACTORS UNITING MULTICULTURAL SOCIETIES

Having explored the different tools to accommodate diversity, we now have to find out the specific challenges to be met by the different actors confronted by the multicultural society. Four main actors have to meet the new claims of diversity: the state with regard to state-making, constitution-making, and nation-building; the decentralised units with regard to democracy and rule of law; the civil society split by collective rights, autonomy, language, and religion; and the international community bringing and/or holding together multicultural society. These actors, and the respective challenges they face, will be canvassed in the following workshops.

1. The State as an Actor for State-making and Nation-building

State-making and nation-building are issues that are closely linked to the basic values of a state, and to the constitution-making procedure that would provide acceptable solutions to the great bulk of the society. Who should govern whom? Who should decide, who should govern whom?

- What procedures are likely to be successful in making a new constitution and a state, which enjoy legitimacy with regard to the great bulk of its multicultural society?

Constitution-making procedures cannot start from scratch. Rather, they come from a pre-existing political order—a state confronted by conflicts, or a politically divided community seeking a common state order. In such cases, one assumes that the final solution might be a common state held together by a federal constitution or a “confederal” treaty. The question that follows is whether the union will be constructed from the bottom-up or from the top-down, by centralization or decentralisation.

THE CHALLENGE OF ETHNIC DIVERSITY TO FEDERALISM

- What are the appropriate principles and procedures for constitution-making in ethnically divided societies?

If the process of state-making has to be negotiated, the main questions to be solved will be:

- Who are the parties to this negotiation: a sovereign state and one or several minorities, sovereign states, or ethnic communities?
- What will be the outcome: a constitution or a treaty?
- Linked to these questions is the more challenging question of who could or should initiate the negotiation process?
- How can this process be reconciled with democracy?
- To whom are the mediators and parties of the negotiation accountable?

Fragmented societies should try to overcome conflictual fragmentation by creating a new common identity.

- Is it possible to create a new common identity based on common values (*e.g.*, South Africa, Spain, and Belgium)? And if so, by what means?
- What is the driving force behind nation-building in a fragmented state?

Up to now, there are only two value systems which have been able to hold societies together: inclusive universal values or exclusive local and distinctive values.

- What can federal states do to overcome the dilemma between universalism and localisms? How can they provide the constitutional underpinning for a partially inclusive and partially exclusive civil society?
- What shared values can create the “We” of the common state, and not exclude the distinctiveness of the federal units?

When the nation is confronted with major ethnic conflicts, it may try to reconstruct the federal balance for the sake of nation-building.

- Should the federal constitution already provide a procedure for the reconstruction of the federation?
- How can the (ideally autonomous) territory be determined and by whom?

2. Decentralised Units as Actors

When states decide to hold their multicultural society together through decentralisation, what can be done to guarantee decentralisation and good governance within the autonomous units? What are the conditions and pitfalls of success of decentralised governance, especially in multicultural societies?

The creation of local governments helps to manage conflicts in at least two situations: first, ethnic, religious, and linguistic minorities often are not concentrated in a particular region of a country, but their members live in many of its parts; second, where the central state is very weak, the introduction of federalism might lead to secessionism, or even to the dissolution of the country, because some subnational units are strong enough to challenge the central government effectively. Here, the introduction or strengthening of local governments would allow for the accommodation of diversity without jeopardising stability and endangering national unity. Finally, decentralisation has a preventive function: if it is true that today's conflicts have much to do with political power and access to economic goods, and that ethnicity, language, and religion are used as instruments to mobilise people in such conflicts, then decentralised forms of government help to dilute potential conflicts by giving some political power, and control over economic resources, to all parts of the population, including minorities.¹²

Decentralisation undeniably leads to vertical power-sharing. What about horizontal power-sharing at the local or regional level? If decentralisation leads to more socio-cultural segmentation, local democracy is under a structural challenge to assure political pluralism. But how does local democracy deal with political elites?

What conditions and instruments are necessary for, and conducive to, transparent and accountable governance at the local level? How can the optimal use of the often-scarce resources available to local governments be guaranteed? Is it easier or more difficult to fight corruption at the local level?

The legitimacy of the State at the local level can only be strengthened if authorities are able to respond to the legitimate needs of the population. Decentralised government has some well-known advantages in this respect, but regularly meets technical and political difficulties, which are not easy to overcome.

Decentralisation must face not only the issue of social inequality in general, but also the problem of inequality between poor and rich regions. Moreover, the tension between human rights and local traditions can be considerable, and conditions to guarantee human rights and social equality difficult.

12. Thomas FLEINER and Lidija BASTA FLEINER, "Federalism, Federal States and Decentralization" in BASTA FLEINER and FLEINER, *supra*, note 2, at 11-16; BASTA FLEINER, *supra*, note 2.

If decentralisation is used as a tool to manage conflicts, then another requirement should be mentioned. Where forms of decentralised governance are only granted to specific minorities, but not those belonging to the majority population, there is the danger that these minorities will feel excluded and marginalized from mainstream politics. There is an equal danger that such asymmetric forms of decentralisation will help to introduce or reinforce ethnicity as the main factor in legitimising political action.

3. Civil Society as an Actor

To what extent can civil society hold its different communities together? What constitutional institutions are available for conflict management? Can society be held together by individual or collective rights?

The very principle of the rule of law and the guarantee of inalienable rights are oriented towards individuals rather than groups. The indispensable partner of the modern state is the civil society based on individuals.¹³

- Do the boundaries of federal units have to be identical with the different ethnicities? Is ethnic federalism itself a legitimate goal?
- Does the very concept of civil society allow for the fragmentation of society, and what might be the criteria for this division?
- Can one envisage a federal state composed of different federal units, each having its own civil society (European Union)?

Collective rights are often considered to be contrary to individual rights.

- Are collective rights appropriate tools to overcome the dilemma between group loyalty and individual citizenship?
- How can the state, and in particular a federal state, establish a balance between inalienable individual rights and collective rights of groups?
- What does “autonomy” mean in the context of an ethnically-divided state?
- Who is the “holder” of this right?
- What kind of autonomy and/or shared powers should be granted to federal units or groups?

13. See Daniel J. ELAZAR, “Federalism and Civil Society—Defining the issue” in Jutta KRAMER and Hans-Peter SCHNEIDER, eds., *Federalism and Civil Societies: An International Symposium* (Baden-Baden: Nomos, 1999) at 35-43.

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

- Can the right of self-determination restrict individual rights within the respective community (*e.g.*, collective rights of native communities in immigration countries)?
- Can federalism give autonomy to groups without territorial boundaries (personal federalism)?

Very often, language and religion are concrete fundamental rights, which are used to defend either group interests or individual rights. Religious and language rights are, thus, linked to the very core of ethnicity. Both rights can be interpreted as community or individual rights. If the constitution has a main focus on liberty, in the sense of individual liberty, then it will deny collective rights.

- Can language or religious rights, as individual rights, be translated into group rights for the sake of peace among different conflicting communities?
- To what extent can particular collective rules of religious or language communities restrict individual rights, and still be universally acceptable for the sake of peace of multicultural societies?

Language is part of the identity of every individual. It determines the way of thinking and communicating. It influences education and opens the door to one's own cultural roots. State authorities communicate in the official language with the citizens. Court proceedings are held in the official languages. Public schools provide education in the state language. In a federal country enriched by multicultural societies, the following questions have to be dealt with:

- How shall a federation deal with the different languages of its communities?
- Should federal units be allowed to “defend” their “language territory” and to what extent?
- Can or should individuals identify with a state, which does not use or even recognise their mother tongue?

Every state has a link to religion that follows from its history. On the other hand, we have to be aware that religions differ in their attitudes to states and politics. Some religions ignore the state, some integrate with it, others depend on the state and some merge with politics. Some proselytizing religions are inclusive and have universal claims. Others are based on the idea of a “chosen people” and are thus exclusive.

- How can federal states accommodate different religions with different attitudes towards the states?

- To what extent should states allow religious communities or federal units, based on the collective right of religion, to limit individual religious rights?
- What instruments should be available to federal states in order to implement the basic standards of freedom of religion in all states?

4. International and Regional Action with Regard to Conflicts in Multicultural Societies

The international community often and increasingly influences the response to interstate ethnic conflicts and its outcomes. In some cases, the states concerned are federal. Bosnia-Herzegovina, at that time a part of the Federal Republic of Yugoslavia, is an example. In such cases, one effect of international influence may be to cause secession of a part of the federation, and the creation of a new state. In turn, this creates a need for a new constitutional order. Even where a state, in which there is ethnic conflict that attracts international attention, is not originally federal in form, federalism may be an appropriate response to resolution of the conflict.

Traditionally, the international community is composed of states, and each accepts the integrity of the others. Accordingly, it has long been accepted that the principal goal of the international community is to provide a framework for cooperation and to maintain peace between states, and not to resolve disputes within them.

On the other hand, the international legal system is changing. The phenomenon was captured by Boutros Boutros-Ghali in *An Agenda for Peace*: “The time of absolute sovereignty... has passed; its theory was never matched by reality.”¹⁴ Human rights are a concern of international law, as evidenced by the international Bill of Rights and a host of other international instruments. Experience shows that states that are parties to human rights instruments often fail to meet their obligations, at the expense of their peoples. Ethnic conflict within a state may be associated with the failure of the state or can threaten or be perceived to threaten international peace. Minorities increasingly invoke intervention by the international community on these grounds. A new phase in international intervention began with the use of Chapter 7 of the United Nations Charter to establish peacekeeping in the former Yugoslavia and Rwanda. The new focus on the threat from states that harbour terrorists may provide further grounds for international intervention in the future.

14. Boutros BOUTROS-GHALI, *An Agenda for Peace—Preventive Diplomacy, Peacekeeping and Peace-making: Report of the Secretary-General Pursuant to the Statement Adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992/ Boutros Boutros-Ghali* (New York: United Nations, 1992) at para. 17. This report can be found online: <www.un.org/Docs/SG/agpeace.html>.

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

The shortfall in the legitimacy of the international community, to intervene in domestic ethnic conflicts, also has practical consequences that are relevant for present purposes. These concern both the effectiveness of international intervention and accountability for it.

The relatively underdeveloped structure of the international community and of international law gives rise to problems of accountability from the outset of intervention in interstate ethnic conflicts. There are inadequate standards to guide the decision to intervene. In practice, intervention has been uneven, influenced to a greater or lesser degree by the national interest of leading states in the international community. By definition, there is no constitution for the international community providing the restraints on power that are supposed to apply within states.

Drawing on these pressures and difficulties, here are some of the important questions that arise:

- What are the implications of changing concepts of state sovereignty for constitutionalism and the legitimacy of states?
- When is international intervention justified? Is it possible to develop guidelines for this intervention?
- What are the countervailing considerations that must be taken into account in determining international intervention?
- In which cases has international intervention been successful? How was this success defined?
- How can the problems of the legitimacy and adequacy of a constitutional order, forged through international intervention, be overcome?
- What should be done to ensure accountability for the integrity and outcomes of international intervention?

The international community intervenes in a variety of different ways. The predominant manner is direct intervention through enforcement or peacekeeping. Direct intervention by international forces creates the greatest difficulty, from the standpoint of legitimacy and accountability.

I would conclude with some of the key questions that arise at the international level:

- What is the dividing line between enforcement and peacekeeping?

THE CHALLENGE OF ETHNIC DIVERSITY TO FEDERALISM

- What is involved in each?
- Is it possible to develop guidelines for the constitution of international teams/forces that intervene directly in the case of intrastate conflict?
- In what circumstances are regional organisations likely to be more effective than international forces or coalitions?
- What mechanisms might be used to ensure that intervention is effective in the long-term and short-term?

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.

L'ÉGALITÉ, MESURE DU FÉDÉRALISME

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.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

- 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 Ergec, « 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 constituante*, 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 monocaméralisme. 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 V^e 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 Brasilia 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 déraiser.

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.

Chapter 5

The Moral Psychology of Federalism

Daniel M. WEINSTOCK*

Abstract

Foundational myths are narratives that provide citizens with an account of what their political association is about through selective interpretations of history, which are filtered through the present-day values and self-understandings that a community chooses to take on. In recent liberal nationalist writings, it is suggested that certain functions of the state can only be fulfilled if its citizens believe that they are bound together by more than just chance. Thus, the moral psychology of citizenship requires that citizens internalize foundational myths in order to ground identity and make the taking on of redistributive and patriotic duties possible.

Federalism seems to stand in some tension with this nationalist principle, as citizens of federations “belong” to two or more polities, whose relations are often quite fraught. This leads one to question whether federal citizenship can sufficiently anchor identity to provide citizens with the kind of “place in the world” that more monolithic national identities afford.

Résumé

Les mythes fondateurs sont des récits qui offrent aux citoyens une manière d’appréhender leur association politique, à travers des interprétations sélectives de l’histoire qui sont filtrées par les valeurs actuelles et la perception qu’une communauté peut avoir d’elle-même. Dans les écrits du courant nationaliste libéral moderne, on suggère que certaines fonctions de l’État ne peuvent être remplies que si les citoyens se croient liés par autre chose que le hasard. Ainsi, la psychologie morale de la citoyenneté requiert que les citoyens intériorisent les mythes fondateurs comme source à la fois d’identité et de responsabilité envers la collectivité.

Le fédéralisme semble se situer en porte-à-faux avec ce principe nationaliste, en ce que les citoyens des fédérations « appartiennent » à deux entités ou plus, entre lesquelles les relations sont souvent tendues. On se demande alors si la citoyenneté fédérale peut suffisamment ancrer l’identité pour fournir aux citoyens la « place dans le monde » qu’un État plus monolithique semble pouvoir leur garantir.

* Canada Research Chair in Ethics and Political Philosophy, Director of the Ethics Research Centre at the University of Montréal, Department of Philosophy, University of Montréal.

This paper offers an analysis of myth-making in the Canadian federation, describing the contentious co-existence of the foundational myths held by Quebec and English Canada respectively. The author contends that the impasse can be broken by putting into question the nationalist principle, and holds that an all-encompassing myth is not required. Rather, through a process of “mythic disengagement,” it may be possible for two parallel, independent sets of narratives and symbols to exist within the context of the same set of federal institutions.

Ce texte propose une analyse du processus de création des mythes au sein de la fédération canadienne, décrivant la coexistence conflictuelle des mythes du Québec et du Canada anglais respectivement. L’auteur soutient qu’il n’y a d’issue à cette impasse que si l’on remet en question le principe nationaliste, et que l’on reconnaît qu’un mythe englobant n’est pas nécessaire. Plutôt, à travers un processus de « désengagement des mythes », il semble possible pour deux séries de récits et de symboles parallèles et indépendants de coexister au sein d’un même ensemble d’institutions fédérales.

A. FOUNDATIONAL MYTHS

Modern nation-states encompass diverse peoples whose inclusion within the bounds of the same political institutions is the result of diverse historical processes: wars, treaties, interdynastic marriages, colonisation, and post-colonial settlements. None of this amounts to the Hegelian march of reason through history. Happenstance and accident, rather than any rational plan, have carved up the world politically.¹

Nationalism, which has without a doubt been one of the most potent political ideologies of the modern era, can in large degree be seen as an attempt to overcome, or at least to occlude, the random nature of political borders. According to its most basic formulation, nations exist pre-politically, and political institutions should ideally map out onto the borders between national groups.

There is therefore a considerable gulf between the “facts on the ground” with respect to the formation of the political institutions of contemporary states, and the representation of the formation of states upon which nationalism feeds, according to which there is some orderly, discernable logic to the political evolution of the world’s population. Nationalism dictates that the borders of polities ought increasingly to coincide with the borders of nations.

1. For a fascinating account of the way in which one political border, that separating the United States and Canada, came to be constituted, see Francis M. CARROLL, *A Good and Wise Measure. The Search for the Canadian-American Boundary* (Toronto: University of Toronto Press, 2001).

In order to span the gulf separating messy reality from the more ordered patterns of political evolution of the nationalist world-view, nationalists have had recourse to foundational myths. Foundational myths are narratives that pick out some aspects of a polity's history and ascribe emblematic status to them. Foundational myths provide citizens with an account of what their political association is *about*. Though they are based on highly selective readings of history, they are never wholly divorced from reality. And yet, they are never simply accurate reflections of that reality, nor do they present themselves as such. They are interpretations of history, filtered through the present-day values and self-understandings that a community chooses to take on, or perhaps most typically, that a political elite seeks to promote among the population of a state, especially through its control of the educational system. They are, to use Mikhaël Elbaz's apt phrase, "persuasive fictions" (*fictions persuasives*).² By taking on and internalizing foundational myths, citizens of a state can come to believe that their political association is not simply the result of blind, contingent, or historical forces.

Many modern nationalists are fully aware of the fact that the construction of national identities is at least in part mythic. That is, very few, if any, actually believe both that nations exist pre-politically, and that it is part of the natural course of human political development that nations ultimately come to acquire their "own" states. Why, then, do they not simply abandon national myth-making and affirm wholeheartedly the contingency of state borders? The claim made by many modern nationalists in answer to this question is at the end of the day a pragmatic one: certain functions of the modern state can only be fulfilled if its citizens *believe* that they are bound together within the state by more than just chance. The moral psychology of citizenship, according to this view, requires that citizens to some degree internalize foundational myths.

What specific functions do foundational myths perform in the moral psychology of the modern citizen of the nation-state? Let me quickly highlight a few:

1. ***Patriotism:*** As republican political philosophers since Machiavelli have realized, the institutions of the modern state are not self-sustaining. They need the active support of citizens. Democracies require citizens who vote, and that some proportion of them be ready to stand for office. Citizens must act as "watchdogs" against the corruption that political institutions are prey to when unchecked. They must react with indignation when

2. Mikhaël ELBAZ, "Introduction" in M. ELBAZ, A. FORTIN and G. LAFOREST, eds., *Les frontières de l'identité. Modernité et postmodernisme au Québec* (Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1996). For a rich and comprehensive definition of the notion of myths, see G. BOUCHARD, *Raison et contradiction. Le mythe au secours de la pensée* (Québec: Nota bene, 2003) at 28-30. See also D. ARCHARD, "Myths, Lies and Historical Truth: A Defence of Nationalism" (1995) 43 *Political Studies* 472.

officials act in ways that put these institutions at risk. In extreme cases, they must be willing to sacrifice their lives in defence of their political institutions against external threats. This requires that citizens perceive the state and its institutions as having value, above and beyond the contribution that they make, to the well-being of any one citizen. They must view the state as being *about* something greater than themselves.³

2. ***Synchronic Distributive Justice:*** Most modern nation-states engage to greater or lesser degrees in the redistribution of resources. The institutions of the modern welfare-state require that the income, consumption, and property of the better-off be taxed in order to ensure that the basic needs of the less well-off are met. According to many modern nationalists, policies and institutions aimed at ensuring distributive justice face severe “strains of commitment.” The better-off will be inclined to shirk their responsibilities unless they can come to see the sacrifices that they make for the sake of their fellow citizens as somehow analogous to sacrifices that they might make for their own kin. This requires that citizens view themselves as bound together as parts of a collective “we.”⁴
3. ***Diachronic Distributive Justice:*** States must also ensure intergenerational justice. They must enact policies of saving and resource management that ensure that generations to come are provided with a fair allotment of resources. Citizens and their representatives must therefore be motivated not to succumb to the temptation of generational selfishness. This requires that they view themselves as belonging to a *historically extended* community.
4. ***Identity-anchoring:*** According to many modern nationalists, national belonging constitutes an important aspect of the modern subject’s sense of self. It helps to constitute her “identity.” Now identities are formed in some measure contrastively. We acquire a sense of who we are by distinguishing ourselves, both individually and collectively, from others. One of the functions of foundational myths is to provide people with a sense of their political community’s distinctiveness, of what sets it apart from other political communities.

Foundational myths therefore perform both conative and epistemic functions. They motivate citizens to perform duties that might otherwise only occupy a very limited place in their psychological economies. And they provide them with an important tool in the formation of their identities.

3. The historical link between patriotism and republicanism is nicely brought out in M. VIROLI, *Republicanism* (New York: Hill and Wang, 2002); for a modern formulation of the claim, see C. TAYLOR, “Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate” in N. ROSENBLUM, ed., *Liberalism and the Moral Life* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989).

4. David Miller has insisted on this point : D. MILLER, *On Nationality* (Oxford: Oxford University Press, 1995).

B. NATIONALISM AND FEDERALISM

Federalism stands in some tension with the nationalist principle. Federations are defined by a constitutional division of jurisdictions among different levels of government. Citizens of federations “belong” to two or more polities, whose relations are often quite fraught. Liberty for the individual is best preserved, the *Federalist* reminds us, when no one level of government can claim hegemony over its citizens. When officials from different levels of government are busy arguing with one another about who should have control over given items of public policy, chances are good that the freedom of citizens will be enhanced. Federal jurisdictional squabbles allow citizens to divide and conquer, as it were.

But what of the supposedly irreducible aspects of modern citizens’ political psychology upon which the nationalist insisted, and which in his view called for the development and inculcation of national foundational myths? How can citizens of federations come to feel motivated to make sacrifices on behalf of the federal state and of federal institutions? By what mechanism will they come to feel moved to contribute to the well-being of their less well-off fellow citizens and to future generations to whom they will not be related by blood? And finally, will federal citizenship be able to anchor identity sufficiently to provide citizens with the kind of “place in the world” that more monolithic national identities afford?

The problem is particularly acute for federations that are born of the fusion of formerly self-governing national groups, as opposed to ones that emerge from a decision on the part of central authorities to restructure along federal lines, for example, on the grounds of administrative convenience and efficiency.⁵ Federations that devolve powers down to federal units that do not correspond to any pre-existing political boundaries can presumably “centralize” myth-making, though the creation of federal units for what might initially be reasons of administrative convenience, can over time give rise to competing or parallel myths at the subnational level. But federations born of compacts between previously self-governing peoples must reckon with the fact that self-governing peoples already possess their own established foundational myths. Their members feel primary allegiance, both synchronically and diachronically, to those who are encompassed by these myths and to the political institutions around which they are bound. What’s more, national groups that decide on a shared federal path generally share a history of conflict and enmity, to which federal union is supposed to bring an end. The foundational myths of the component groups of federations are often built around narratives that cast federal partners in a negative light. Given this particularly unpromising

5. I develop this distinction between federal integration and federal restructuring at greater length in my article entitled “Towards a Normative Theory of Federalism” (2001) 167 *International Social Science Journal* 75.

starting-point, how can federations come to attract the sufficient allegiance of citizens to ground projects of distributive justice? How can citizens be made to accept the necessity of sacrifices being made on behalf of their institutions? How can citizenship within a federation come to provide a sufficiently robust anchor for individual identities? What kinds of myths can federations provide for themselves, and how should they go about inculcating them? If the nationalist claim, that the moral psychology of modern citizens is such that they need to feel that the polities to which they belong are driven by some *point* buried somewhere in the nation's past, is to be given credence, then it will be essential that federalists provide satisfactory answers to these questions.

C. NOSTALGIC AND ASPIRATIONAL MYTHS

Before moving on to a (highly speculative) analysis of myth-making in one particular modern federation, namely Canada, let me introduce a distinction between two kinds of foundational myths that will be important to that discussion.

Some myths are *nostalgic*. They identify some historical event as the origin of the polity, the point at which a community coalesces into something more than simply a group of individuals. A nostalgic foundational myth marks the point at which a group awakens to its status as a collective subject of sorts, and becomes a nation *für sich*. Moreover, nostalgic foundational myths exercise a distinctive form of normativity upon the present. They present a picture of a community that is couched in a narrative that exhorts future generations to remain true to its historical foundations. Nostalgic foundational myths tend therefore to be conservative. They incline those who are in their grip to view the evolution of a community not as progress but as a falling away from the purity of an idealized past.

Aspirational foundational myths, on the other hand, are more future-oriented. They too highlight an idealized historical event, but this event is not represented as having given rise to the nation as such, but rather as setting an already constituted group off on a new direction. Whereas nostalgic myths give normative force to the past, aspirational myths mark breaks with the past. Thus, revolutions are paradigmatic events for aspirational foundational myths. Typically, the normativity of aspirational foundational myths has to do with values that the community is represented as having to strive for, rather than around some picture of itself to which it has to remain true. Revolutions are viewed as moments at which a community sets itself on the path toward the realization of these values.⁶

6. It should be noted, however, that the presence of a revolution is no guarantee that a society possesses an aspirational foundational myth. Many Eastern and Central European states, founded or refounded by revolutions in the wake of the fall of the Berlin Wall, view their post-revolutionary condition as one in which they are better able to reconnect with an imagined, idealized, pre-Soviet past.

The distinction between aspirational and nostalgic foundational myths clearly marks a continuum rather than a dichotomy. Different states fall at different points along this continuum, at quite different distances from the opposite poles. Although no state perfectly exemplifies one or the other of these poles, France and the United States are probably closest to the aspirational pole, while Germany and England lie closer to the nostalgic.

Federations born through integrative rather than through restructuring mechanisms, that is, federations that are born of the decision by formerly self-governing nations to create a higher, federal level of government to which they would all be bound, are genetically inclined toward nostalgic foundational myths. The reason is fairly plain to ascertain. Integrative federalisms are usually born of complex negotiations between formerly self-governing polities concerning precise division of powers, and the relative weights of the constitutive federated entities within bodies, such as parliaments, courts, etc. The stability of federations depends upon the terms of the original compact being respected. One way in which to ensure that the original contract will not be tampered with is by “mythologizing” it, by picking out the historical moment of federation as central to a nostalgic mythic narrative. This event then comes to take on normative force for the future, as do all foundational moments invoked in nostalgic foundational myths. Through such a myth celebrating the moment of compact, the terms of the contract take on normative force in the moral psychologies of citizens and of their political leaders. Thus, for example, Switzerland’s national myth, marked every August 1st, commemorates the defensive alliance of the cantons of Uri, Schwyz, and Unterwald. And Canada’s foundational myth has for a long time been that of the “two founding nations.”

What are the advantages and disadvantages of these two ideal types of foundational myths? They are in a way the mirror images of each other. Nostalgic myths are the most perspicuous from an epistemic standpoint. They delimit communities neatly from one another, and are thus ideally suited to anchoring identities. To the extent that nationalists are right to claim that the individual psyche needs to feel that it possesses a distinctive home in the world, a mythic narrative that tells us how *this* specific community came to be fulfils an important function. Nostalgic narratives are however static and conservative, and do not provide members with any guidance that might allow them to choose between alternative societal paths. Nostalgic myths tend to provide, for better and for worse, clear criteria of membership and belonging and a clear sense of the distinctiveness of a political culture. But they do not typically provide clear value orientations. Aspirational myths are, on the contrary, often deliberately vague on the issue of terms of membership (anybody can after all in principle be a culturally neutered *citoyen* and subscribe to the values of *liberté, égalité, and fraternité*), but they give clearer indications on the values that societies who accept them ought to attempt to realize through their development. To revert to the (non-exhaustive) list of functions served

by foundational myths, developed in the previous section of this paper, we might conclude that nostalgic myths are more effective at anchoring identity (function 4), while aspirational myths, especially those born of post-feudal revolutions, are better at motivating synchronic and diachronic solidarity (functions 2 and 3).

D. MYTH-MAKING: THE CASE OF QUEBEC AND CANADA

What follows is a highly speculative account and analysis of the manner in which the challenge of myth-making has been faced in one modern federation, namely Canada. I will try to understand the impasse in which Canadians presently find themselves in terms which I hope will be useful for understanding other federal contexts.

What are Canada's foundational myths? I would claim that it has historically had two. The first fully affirms Canada's dual nature, and reverts to a compact between "two founding nations." While this mythic vision has only been ambivalently held by English Canadians, it has been central to the French-Canadian view of what Canada is "about."⁷ According to this view of Canada's origins, the federation results from the federal integration of two formerly self-governing peoples, who agreed to a confederal path on the assumption that this path would always respect the principle of the equality of the new federation's component nations. Over time, the entities to which the "two nations" notion referred came to be de-ethnicized and territorialized. Belonging to one or another of these nations was no longer a question of being of a particular ethnic group, irrespective of territorial location. French Canada came to be equated with the province of Quebec, while English Canada encompassed the nine other provinces. Over time, therefore, the principle bequeathed by the myth of the compact of two equal founding peoples gave rise to the view that the Canadian federation was really a compact between Quebec and the population of English Canada, which happens to be spread out over nine provinces.

The "two-nations" foundational myth, though invoked rhetorically by Quebec nationalists, has in fact been left behind by history. Most obviously, one of the two parties referred to by the myth no longer perceives itself as a "nation" in the relevant sense, if it ever did. That is, there is no sense of "English Canadianness" that encompasses the English-speaking provinces alone. As we shall see, a vision of Canadian identity has become prevalent in English-Canada, but it is one that encompasses the country as a whole. The "two-nations" myth requires that both nations perceive themselves as

7. For a reading of Canadian history clearly grounded in the myth of two founding nations elevated to the status of norm, see G. LAFOREST, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien* (Québec: Septentrion, 1992).

self-standing nations distinct from the nation with which it has entered into compact, and distinct as well from the federation to which the union of the two nations gave rise. These conditions are quite clearly not fulfilled in the case of English Canada.

More subtly, however, I would suggest that the “two-nations” myth has for all intents and purposes been abandoned by Quebecers as well. Quebec identity is now resolutely territorial. To be a Quebecer does not mean belonging to an ethnoculturally defined nation dispersed throughout Canada. It means being a citizen of the territorially rather than ethnically defined Quebec state. I will return to this point below.

Coexisting with this vision of “two nations,” there has always been a rival vision of Canada as not an integrative federation fusing two formerly self-governing polities whose equality had always to be respected through any and all changes to the Canadian political order, but rather as a restructured federation, one in which provincial borders do not delimit national groups but rather administrative regions. These regions have significant legislative authority, to be sure, but they are granted these powers on general federalist principles to do with the recognition of the spatial dimensions of Canada making central government impracticable, as well as the importance of the dispersal of power and of preserving liberty. According to this vision, Canada is multicultural and bilingual, but not binational.

This account of Canada has been present throughout Canadian history. The Durham Report, which, it must be remembered, was perceived at the time as very much a liberal, progressive set of proposals, partakes of its spirit. But the most successful promoter of this vision of Canada was of course Pierre Elliott Trudeau. Its clearest political expression has been Canada’s 1982 Constitution. This Constitution, and especially its *Charter of Rights and Freedoms*, established a vision of Canada as a nation of free and equal individual rights-bearers inhabiting ten equal provinces, none of which possess the status of constituent nation, none of them “distinct” in any constitutionally relevant way.⁸

This vision of Canada has become tremendously popular outside Quebec. The term “Charter patriotism” aptly characterizes the way in which many Canadians outside Quebec relate to the Canadian state. What Canada is “about”

8. Nationalist detractors of the Constitution in Quebec have spent the last 20 years complaining about the absence of “recognition” of the Quebec nation in the document, which does after all recognize aboriginal nationhood. Placing oneself in the spirit of the Constitution’s founding father, it is clear that the attribution of nationhood to aboriginal peoples is perceived by the drafters as at best a backhanded compliment. The implication is clearly that aboriginal peoples cleave to a pre-modern, ethnic conception of nationhood that the European members of the federation have overcome. They are, according to the spirit of the Constitution, members of a de-ethnicized, *political* nation called Canada.

for them is the protection and promotion of fundamental liberal and democratic values within a state that has almost completely freed itself from its historical ethno-cultural origins. Whereas the earliest English-Canadians viewed themselves still in the main as subjects of the British Crown, the reference to things British among English-Canadians today is residual and folkloric at best. This is not to say that the values and principles enshrined in the Constitution are not widely affirmed in Quebec as well. But they do not inform the identities of Quebecers in the way that they do those of English-Canadians.

To revert to the distinction made in section II, Canada has been historically divided between a nostalgic foundational myth, pointing back to the historical compact of two equal, self-governing nations, and an aspirational foundational myth, which has of late come to be associated with the 1982 Constitution. Moreover, each myth is as it were an affront to the other. Those who hold the “two nations” conception view the defenders of the Charter-based vision as morally corrupt, having chosen to ignore the terms of a solemn compact by which they are still morally bound, whereas the latter view the former as hopelessly mired in a pre-modern conception of political nationhood. The failure of the Meech Lake Accord can in some measure be read as the failure of the attempted synthesis of Canada’s nostalgic and aspirational foundational myths.

Why does the “two nations” view still resonate in Quebec? After all, though it is still invoked rhetorically by Quebec politicians and intellectuals as a way of criticizing various aspects of present-day constitutional arrangements, it has quietly been abandoned by Quebecers themselves. Indeed, the “two nations” myth was very much based on the idea of two *ethnoculturally defined* nations entering into federal union. And it has been one of the central themes of Quebec’s intellectual and political life these last few years that Quebec’s distinctiveness is not to be understood ethnoculturally. Quebec’s identity is linguistic and territorial. It is no longer to be understood in terms of ethnicity or of “thick” cultural markers such as religion. The “two nations” view should in all logic be destined to slip into disuse, even in Quebec, for lack of an empirical referent. The two parties to the mythic compact of “two nations” simply no longer exist.

I believe the resilience of the “two nations” view in Quebec can in large measure be explained by the persistence of Quebec’s own dominant myth. The transition from an ethnocultural to a political and territorial conception of nationhood has of yet not been accompanied by a concomitant shift in Quebec’s foundational myth. The “melancholic” foundational myth that lay at the heart of French Canada’s self-understanding, a myth whose central narrative places the Conquest by the English at its core, but which is also constituted by such events as the abandonment of the new colony by the French, the repression

of the Patriot Rebellion of 1837, the long period of political and economic disenfranchisement known as “*la survivance*,” and even by the “*Nuit des longs couteaux*,” during which the premiers of the nine other provinces concocted a Faustian bargain with the federal government that ended up excluding Quebec from the federal refounding, was simply taken over by Quebec politicians and intellectuals, who viewed it as Quebec’s mission to overcome the injustices and hardships visited upon French Canada.⁹ The “Quiet Revolution,” a period during which French-speaking Quebeckers created the contemporary Quebec state and began to assert their economic force, has not taken the place of the Conquest as Quebec’s foundational myth, as other revolutions have done in other parts of the world. If anything, the melancholic national myth reached its apotheosis *after* the changes wrought by the Quiet Revolution were very much in place. Buttressed by Freudian and/or Marxist explanatory frameworks, French-Canada’s historical defeats came to be seen, in the prose of Pierre Vallières and the poetry of Gaston Miron (to name but these two), as having given rise to the same kinds of traumas and infantile disorders among Quebeckers as colonialism did, on Frantz Fanon’s famous analysis, among the peoples of North Africa.

It is possible that the hold of foundational myth of Conquest is finally giving way. There has been an abundance of writing in recent years suggesting that Quebec must overcome the Conquest, and provide itself with a more affirmative foundational myth. For some, this means affirming as assets aspects of Quebec’s culture and political situation that have within the previous mythic order been perceived as posing problems: its Americanness, its constitutive cultural hybridity, even its unsettled political status. But these attempts at refoundation are still very much embryonic, and do not have anything like the hold upon the psychological economy of Quebeckers that the myth constructed around the Conquest has. Quebec’s foundational myth is still very much a nostalgic one.

The point I want to make about Quebec’s foundational myth is that it is conceptually connected to the “two nations” myth. Viewing present-day Quebec history through the lens of the Conquest requires viewing Canadian history, up to and including the present Constitutional dispensation, as a continuation of the Conquest by other means. It requires viewing our contemporary political debates and disputes as still pitting against one another the two nations whose armies faced off on the Plains of Abraham. The hold of a nostalgic myth upon Quebec’s own political imaginary leads to its being unable to view Canada’s aspirational myth as anything but a betrayal of the terms of the original, “two nations” compact.

9. This national myth is very ably traced through its many twists and turns in J. MACLURE, *Récits identitaires. Le Québec à l’épreuve du pluralisme* (Montréal: Québec-Amérique, 2000).

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

How can we explain the ease with which English Canada latched onto the refoundation myth associated with the 1982 Constitution? Part of the answer surely has to do with the fact, as noted above, that English Canada has never really had its own foundational myth. When English-Canadians ceased viewing themselves as subjects of the British Empire, the only sense of peoplehood that bound them together was one that included French Canada, and then Quebec, as well. Kenneth McRoberts puts it thus:

With time, and the decline of Britain, the sense of a British nationality atrophied. By and large, it was replaced with a new conception of a Canadian nationality, directly attached to the Canadian state and unmediated by any previous identity. Few Anglophones have felt any attachment to a distinctly English-Canadian nationality.¹⁰

And so, English-Canadians have over time come to conceive of themselves as “simply Canadian,” rather than as English-Canadian, and have adopted a foundational mythology that matches this self-conception, one that has eschewed any reference to Canadians’ cultural or linguistic belongings. Philip Resnick puts the point nicely:

I [...] cannot claim that “I am an English Canadian” comes more easily to my lips than “I am a Canadian”. We outside Quebec have been socialized to think of ourselves as Canadians; if any other term might spring to mind, it is far more likely to be a provincial or regional term of identity like Westerner or British Columbian or Ontarian than English Canadian.¹¹

Now, this is another way of saying that English Canada’s foundational myths are no longer distinctively *federal*. After all, even the most unitary of states, say France, can accept that a central *political* identity be accompanied by regional identities, as long as it carries no political freight. This is not to say that Canadians outside of Quebec do not value federal institutions, or that they are less likely to react with indignation when the federal government is perceived as having violated provincial jurisdictions. But what it does mean is that federalism does not inform English-Canadian identity in quite the same way as it does that of Quebecers. The latter still view Canada as an integrative federalism, one in which formerly self-governing peoples freely chose to provide themselves with common federal institutions. English-Canadians, on the other hand, view Canadian federal institutions as the result of restructuring processes, whereby a unitary state chooses to provide itself with federal subdivisions for reasons of administrative efficiency and/or on general federalist grounds of liberty preservation.

-
10. K. McROBERTS, *Misunderstanding Canada* (Oxford: Oxford University Press, 1997) at 3.
11. P. RESNICK, “English Canada: The Nation that Dares Not Speak its Name” in K. McROBERTS, ed., *Beyond Quebec. Taking Stock of Canada* (Montreal: McGill-Queen’s University Press, 1995) at 85.

English Canada's mythic self-understanding does, however, make *implicit* reference to Canada's constitutive cultural duality. As we have seen, one of the functions of a foundational myth is to ground collective identity in a way that makes boundaries clear. Identities are in part formed contrastively. People gain a sense of who they are in part by getting clear on what distinguishes them from others, and especially from those who are close by, and with whom the risk of assimilation is greatest. Freud spoke in this context of the "narcissism of small differences." Now, as became quite clear during the Free Trade debates, there is considerable anxiety among Anglophone politicians and intellectuals over the distinctiveness of Canadian identity, and in particular over its difference from American identity. Reference to the fact of Canada's cultural duality is an important element in English Canada's dealing with its anxiety over its identity. There may be no way of distinguishing Canada and the United States as far as multiculturalism is concerned. Each is as much a crazy-quilt as the other and the tired cliché of the mosaic and the melting-pot has become difficult to take seriously. Continental economic integration will also have a significant impact in bringing the two societies closer together. As long as English-Canadians can point to a French-speaking society within its midst, however, they are in possession of a robust fact that allows them to allay the fear that their collectivity will come over time to resemble that of the United States.

So the mythic self-understandings of both Quebeckers and English-Canadians are shot through with contradiction. Quebeckers continue to cleave to a vision of Canadian federalism as resulting from a pact between two distinct self-governing nations that has been rendered obsolete by history. Part of the reason for this is that the melancholic myth of Conquest, that remains central to Quebeckers understanding of their own collectivity, requires that the "two nations" view still has some objective referent. And English-Canadians have by and large bought into a vision of Canada as a bilingual and multicultural society of equal, rights-bearing citizens, made up of ten politically equal provinces whose existence is perceived as an artefact of central Canadian decentralizing processes. In fact, however, we have seen that Canadian identity very much depends for its distinctiveness upon the presence of a thriving, territorially-based Francophone culture that provides Canadians with a way of clearly demarcating themselves from the United States.

How can this impasse be broken? One answer has already been suggested in the foregoing few paragraphs. All that is required is a bit more lucidity on the part of both parties to Canada's "mythic" disagreement. Quebeckers need to realize that conflicts of the past cannot simply be mapped on to those of the present. The political actors in today's Canadian drama are not the direct, linear descendants of the parties who fought it out on the Plains of Abraham. Quebec must adapt its self-understanding to Canada's changing reality. Similarly, English Canada must come to realize that the reinvention of Canada as a nation,

bilingual and multicultural from coast to coast, must be altered. To the extent that English-Canadians have an identity stake in bilingualism, they must also realize that Quebec cannot simply be treated as a province on all fours with the nine others. The success of Quebec's national project is central to Canadian distinctiveness. Charles Blattberg writes, in my view correctly, of "Quebec's responsibility for maintaining the 'French fact' on a continent that is overwhelmingly Anglophone" and of the normative consequences of this for Quebec's distinctive place within Canada.¹² Comparable responsibilities simply do not exist in the case of the nine other provinces.

We have seen, however, that foundational myths do not simply reflect facts. They are selective interpretations of history whose aim is to anchor individuals' sense of identity, and to constitute an assemblage of people into a moral community, one in which redistributive obligations and shared responsibilities for shared institutions are taken on willingly.

Clearly, Canada's foundational myths are no longer functional. Neither one of them has succeeded in securing the assent of all sectors of Canada's diverse population. They are both overtly rejected by the "other" side. And as we have seen, they are tacitly problematic even from the point of view of those who rhetorically make use of them.

What might a Canadian federal refoundation look like? I can see a number of alternatives. One would be for, what might paradoxically be referred to as, a new nostalgic foundation. Were Canadians fully to take on the important place that Quebec plays in Canada's sense of its own distinctiveness, and were Quebecers to develop a more affirmative, independent foundational myth, one that does not depend upon viewing independence as a condition for the overcoming of historical injustices that still resonate through the Canadian federation, then one could imagine a renewal of the pact between Quebec and English Canada that would supersede the original "two nations" pact. Canada could come to view itself as the "integrative" federal union of two nation-states, one of which happens to have undergone a federal restructuring into nine provinces. The asymmetry between Quebec's conception of itself and of its place within the federation, and the other provinces' conception of their place within Canada, would thus have been addressed head-on. Integrative and restructuring federalism, and their accompanying myths, would no longer be at war with one another, both claiming to give a full account of what Canada as a whole is "about"; rather, they would both possess, and be seen by both parties to possess, their proper place within the federation.

12. C. BLATTBERG, *Shall We Dance? A Patriotic Politics for Canada* (Montreal: McGill-Queen's University Press, 2003) at 118.

This would require a wholesale constitutional restructuring of Canada, the kind called for by Charles Taylor in his brief to the Bélanger-Campeau Commission.¹³ Would restructuring along these lines be desirable? I believe that it would not. There are pragmatic reasons for this. Such a restructuring would in the present political context be politically very difficult to sell in English Canada, where talk of a “special” constitutional status for Quebec has become anathema. Its feasibility would probably require that Quebecers change the balance of power as it presently stands, for example through a mandate granted to its provincial government to renegotiate the terms of partnership with Canada. This would be a risky strategy for those concerned with placing Canada on more stable foundations, as there is no guarantee that the offer of partnership, tendered by a Quebec government so empowered, would be taken up by its putative “partner.”

But there is a reason of principle for being skeptical about the prospect of a renewed “two nations” compact. As we have seen, nostalgic foundations are inherently conservative, and view social change and evolution as a normatively undesirable “falling away” from a perceived “pure” origin. Modern societies like Quebec, and Canada as a whole, are simply too dynamic and volatile for there to be any guarantee that the self-conceptions that went into framing the terms of the compact will hold for more than a handful of generations. As I mentioned above, federal political units born of federal restructuring can come to develop, over time, their own national or quasi-national myths. Immigration can alter the cultural and linguistic make-up of a federated unit in ways that make the original terms of the compact moot. One can imagine, for example, an evolution of British Columbia over the course of the next few generations that would have this effect.

Ideally, a Canadian refoundation would need to be able to accommodate fairly rapid cultural and demographic change. Can one imagine an aspirational refoundation that might allow Canada to evolve, while grounding a sense of shared community and making possible a sense of shared obligations and responsibility? Trudeau’s attempted recreation of Canadian identity around the 1982 refoundation can be seen in this light. And it has been very much a failure. The values enshrined in the Constitution are undeniably shared by Canadians on both sides of the “two nations” divide that Trudeau sought to overcome. But it is one thing to share values, and quite another to share an identity.¹⁴ It is clear that though English Canada has by and large taken on the Trudeau refoundation, this has not been the case in Quebec.

13. C. TAYLOR, “The Stakes of Constitutional Reform” in C. TAYLOR, *Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism* (Montreal: McGill-Queen’s University Press, 1993) at 140.

14. The point has been well made by Wayne Norman: W. NORMAN, “The Ideology of Shared Values: A Myopic Vision of Unity in the Multi-nation State” in J.H. CARENS, ed., *Is Quebec Nationalism Just? Perspectives from Anglophone Canada* (Montreal: McGill-Queen’s University Press, 1995).

What is needed, therefore, is a mythic refoundation of Canada that recognizes the distinctive political identities of English-Canadians and of Quebecers, while not “freezing” either identity, or the encompassing Canadian identity, in a way that would make them incapable of accommodating change. Now as we have seen, there are principled reasons for rejecting both an encompassing nostalgic refoundation, and an aspirational one of the kind attempted by Trudeau. What is left?

My suggestion is that we must put into question the nationalist principle according to which states require foundational myths of a nationalist kind in order to ground identity, and to make the taking on of redistributive and patriotic duties possible. I have made the case in some detail elsewhere, and so will not rehearse it here.¹⁵ The point in the present context is that the conditions of a Canadian refoundation might be less exigent than we have been led to believe by the hold of nationalist assumptions about unity that, at the end of the day, have been shared in the Canadian context both by Quebec nationalists and by partisans of the Trudeau refoundation. We do not need an encompassing national myth. What is probably required is that the foundational myths of the constituent parts of the federation not be mutually exclusive, that is, that they not incorporate federal partners in terms that these partners reject. Quebecers have for much of their history defined their own identity, in part, around a mythic vision of English Canada as historically continuous with the perpetrators of the Conquest. And English-Canadians have built their identity around a vision of a bilingual country in which the guarantor of the country’s bilingualism is reduced to the status of a province, whose linguistic distinctiveness bears no constitutional weight. Clearly, the national myths of the parties to refoundation must be altered in ways that do not incorporate the other in a manner that it rejects. There are signs, as I mentioned earlier, that Quebec’s national myths are evolving in this direction. There is a perceived need, on the part of many intellectuals and political leaders, to develop a more positive, affirmative and independent national self-conception; one that is independent of any constitutive reference to English Canada, and on the basis of which relations with English Canada could be re-established on a healthier foundation. English Canada must, for its part, move in an analogous direction. It must either provide itself with a foundational myth that does not incorporate Quebec in terms which the latter does not accept, or, as some commentators have suggested, do away with mythological underpinnings altogether.

The result of this process of “mythic disengagement” is that we would have two parallel, independent sets of narratives and symbols side by side, as it were, within the context of the same set of federal institutions. These federal institutions would, in turn, be possessed of no overarching set of myths, at least

15. See D.M. WEINSTOCK, “Building Trust in Divided Societies”, (1999) 7:3 *Journal of Political Philosophy* 287.

none imposed voluntaristically, in the manner in which Pierre Elliott Trudeau attempted to rewrite Canadian foundational myths. (History can of course provide loosely knit federations with foundational events that serve as crucibles for a new set of truly shared national myths. Such, for example, is the role played in forging a strong sense of Australian identity by the tragic military experience of Gallipoli.)

Can a federation survive the absence of an overarching, quasi-national myth? Here, we must distinguish between reasons that might motivate diverse self-governing peoples to join together under federal institutions, and reasons that people might have to sunder federal institutions that already exist. Arguably, it might be difficult to convince people to relinquish sovereignty, and to join under common institutions, unless some narrative can be found that suggests that, in fact, they were “meant” to be together within common institutions. This is suggested by the quite deliberate search that is now occurring among European politicians and intellectuals to define a sense of common “Europeanness,” somehow buried in European nations’ shared history.

But the Canadian federation exists, and functions tolerably well, in securing the basic constituents of a decent life for the majority of its citizens. Even in the absence of overarching narratives that might provide its citizens with some sense of the federation, there are weighty pragmatic reasons for citizens to uphold the federation, even if no mythic narrative exists that might somehow imbue it with the aura of necessity. The Republican political tradition reminds us that a sense of shared responsibility for common institutions can be generated even in the absence of any sense, on the part of citizens, that they are united to their fellow citizens by something more than the mere fact of living under shared institutions. “*L’intérêt bien compris*” might, at the end of the day, prove as reliable a mechanism for generating the kind of allegiance required by democratic institutions, as would a sense of “national” kinship.

E. CONCLUSIONS

What lessons can be gleaned for federations more generally from this highly speculative exploration of Canada’s constitutive myths? A single case does not provide a basis for generalization. At most, we can extract some hypotheses that can perhaps be of use in coming to an understanding of the mythic structure of other federations.

A first hypothesis is that integrative federalisms incline naturally toward nostalgic foundational myths, that highlight a historical episode at which the compact between formerly self-governing polities can be taken to have occurred, and imbues the terms of the compact with normative force for the future.

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

A second suggestion that emerges from this discussion is that nostalgic foundations are inherently conservative, and risk obsolescence as societies evolve and change.

Third, there is risk involved in any attempt at voluntaristic refoundations of integrative federalisms, of the kind attempted by the Liberal Party of Canada under the leadership of Pierre Elliott Trudeau. The parties to a federal agreement usually possess their own foundational myths, and attempts at refoundation risk being rejected by one or more parties to the federal agreement on the basis of their own, historically better established, self-understandings.

Fourth, it might be a condition of the long-term stability of integrative federalisms that the constitutive myths, around which the identities of the various parties to a federal agreement coalesce, not incorporate other parties on terms or according to a vision of the federal union that these other parties cannot accept. One way of satisfying this condition is for the various parties to a federal agreement to develop independent foundational myths.

Finally, there is an asymmetry between the kinds of mythic resources that are required in order to set up a new federal order and those that are required to maintain an already existing federal order. Self-governing peoples may need to feel that there is some historical narrative that connects them, in some more than accidental way, to the peoples with whom they are preparing to cede some of their sovereign authority within an overarching federal union. The search for a common historical identity that is currently going on in some quarters in Europe is symptomatic of this felt need. But federal institutions that have already established themselves may be able to survive the obsolescence of the nostalgic foundational myth upon which they were originally grounded, and thrive on purely pragmatic grounds. Another way to make the point is to say that a nostalgic foundational myth may be part of the initial conditions that must be in place in order for an integrative federalism to get off the ground, but it is not necessarily a condition that must be satisfied at all later points in a federation's evolution.

Further research into the foundational myths of other modern federations will obviously be needed in order to make good these suggestions, derived from the Canadian example, or indeed to refute them. As federalism spreads around the globe as a mode of modern governance, it will be important to get a clear sense of how federations can anchor themselves in citizens' moral psychologies, and of whether, as nationalists claim, this hold will always be more tenuous and fragile than is the case for modern nation-states.

Chapitre 6

Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme

Antoine MESSARRA*

Résumé

Une approche réellement comparative et actuelle du fédéralisme ne peut manquer de relever les risques et dysfonctions du fédéralisme territorial ou, du moins, les adaptations et variantes de la territorialité fédérale dans tous les cas où les minorités dont on entend régler l'autonomie ne sont pas géographiquement concentrées. Plusieurs auteurs ont développé un concept pouvant constituer une alternative au fédéralisme basé sur le principe de territorialité.

Ce texte développe les particularités et les applications du fédéralisme construit selon le principe de personnalité, par une étude approfondie du cas du Liban, mais aussi par l'analyse d'autres situations nationales, actuelles ou à travers l'histoire. Ce type de fédéralisme, comme celui basé sur le principe de territorialité,

Abstract

A truly modern and comparative approach to federalism necessarily raises the risks and difficulties associated with territorial federalism, or at the very least, it will bring up the variants of and modifications to territorial federalism in cases where minorities are not geographically concentrated. Several authors have proposed a possible alternative to the concept of territorial federalism.

This text explores the intricacies and applications of federalism, predicated on a personality principle, through a detailed study of the case of Lebanon and of other present and historical national positions. Similarly to territorial federalism, this type of federalism is accompanied by advantages and inconveniences that are discussed in the text. The author contends that this challenge requires the democ-

* Professeur à l'Université Libanaise et à l'Université Saint-Joseph. Conseiller au ministère d'État pour la Réforme administrative, Liban. Président de l'Association libanaise des sciences politiques.

comporte des avantages et des inconvénients qui sont abordés dans ce texte. Pour l'auteur, c'est un grand problème que de démocratiser et moderniser les régimes de statut personnel. C'est aussi un grand problème que de rendre plus opérationnel et moderne le fédéralisme territorial.

ratization and modernization of the regimes of personal status, and suggests that it is also a question of rendering the modern system of territorial federalism more functional.

A. LE FÉDÉRALISME SUIVANT LE PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ

Une approche réellement comparative et actuelle du fédéralisme ne peut manquer de relever les risques et dysfonctions du fédéralisme territorial ou, du moins, les adaptations et variantes de la territorialité fédérale dans tous les cas où les minorités dont on entend régler l'autonomie ne sont pas géographiquement concentrées.

Avec la déliquescence des frontières, en conséquence de la mondialisation des communications et du déplacement des populations à l'intérieur du même territoire national, les problèmes de la protection des droits culturels et des minorités se posent de plus en plus en termes à la fois territorial et personnel. Il faudra donc réfléchir dans les sociétés multicommunautaires à un fédéralisme non chirurgical, sans déplacement forcé de population, sans épuration ethnique, sans génocide, un fédéralisme humaniste.

Une approche ethnocentriste occidentale a persisté à ignorer à quel point l'espace, dans des pays africains, en ex-Yougoslavie, en ex-URSS, au Sri Lanka, au Liban durant la guerre en 1975-1989, au Proche-Orient depuis la création de l'État d'Israël en 1948, a été et est brutalisé, violenté, dans des stratégies identitaires souvent impossibles. La problématique de l'espace et de l'identité, bien que naturelle et logique pour la construction « nationale » d'après l'idéologie de l'État-nation, est meurtrière, surtout à une époque d'échange et de communication entre des espaces mouvants, autant physiques que virtuels et symboliques.

Le fédéralisme est-il nécessairement une division du pouvoir entre des unités définies géographiquement ? Les définitions du fédéralisme supposent l'autonomie et la délégation du pouvoir de législation et de décision, mais aucune des définitions classiques n'exige un découpage territorial pour l'exercice de cette autonomie et de ce pouvoir. Certes, toute autorité politique s'exerce sur un territoire, mais cet élément nécessaire à l'exercice de la souveraineté nationale et étatique peut ne pas l'être pour l'exercice d'une autorité à l'égard et entre des communautés ne jouissant pas d'une localisation géographique définie.

L'extension de fait du fédéralisme suivant le principe de territorialité a amené les constitutionnalistes à introduire dans la définition du fédéralisme les notions de provinces et de régions. Aussi William H. Riker définit-il le fédéralisme en tant qu'« organisation politique dans laquelle les activités du gouvernement sont divisées entre les gouvernements régionaux et le gouvernement central de manière que chaque forme de gouvernement jouit d'un pouvoir de décision final dans certaines activités¹ ». Ivo Duchacek considère, dans le titre d'un ouvrage comparatif sur le fédéralisme, que le fédéralisme implique une « dimension territoriale »². Daniel Elazar considère cependant qu'il est « théoriquement possible de créer un système fédéral où les unités constitutives sont déterminées, mais non sur une base territoriale », mais il dénie le caractère fédéral « authentique » à tout autre fédéralisme, car « aucun système fédéral authentique n'a existé sans une base géographique de division fédérale »³. Or, dans des sociétés plures, le fédéralisme peut être appliqué sur une base territoriale quand les clivages principaux coïncident avec les frontières géographiques, mais il peut être appliqué suivant le principe de personnalité quand les clivages ne coïncident pas avec des frontières définies. Le fédéralisme suivant le principe de personnalité, tel qu'il a été appliqué dans l'histoire et tel qu'il s'applique aujourd'hui, remplit toutes les conditions du fédéralisme quant à l'autonomie des unités fédérées et à leur pouvoir de légiférer et de décision. La notion d'unités fédérées est ainsi plus adéquate dans la définition générale du fédéralisme que celle de « gouvernements régionaux », de provinces ou de régions.

Otto Bauer et Karl Renner avaient proposé un système de fédéralisme personnel comme solution au problème des nationalités de l'Empire austro-hongrois. Ils se sont référés dans leur projet à un fédéralisme sur la base du « principe de la personnalité », en opposition au principe territorial habituel. Chaque individu devrait pouvoir déclarer à quelle nationalité il souhaite appartenir, et ces nationalités deviendront des *Kulturgemeinschaften* autonomes. Bauer trace explicitement un parallèle entre ces communautés culturelles proposées et les communautés religieuses (catholiques, protestants et juifs) coexistant fréquemment et gérant librement leurs propres affaires religieuses et civiles⁴. Au début du siècle, Otto Bauer, dans sa volonté de maintenir la

1. William H. RIKER, « Federalism », dans Fred I. GREENSTEIN et Nelson W. POLSBY (dir.), *Handbook of Political Science*, vol. 5, Reading (Mass.) et Don Mills (Ont.), Addison-Wesley, 1975, p. 101.
2. I.D. DUCHACEK, *Comparative Federalism: The Territorial Dimension of Politics*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1970, p. 248-249.
3. D.J. ELAZAR, « Federalism », dans D.L. SHILLS (dir.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 5, New York, Macmillan and Free Press, 1968, p. 356.
4. O. BAUER, *Die Nationalitätenfrage Und Die Sozial Demokratie*, Vienne, Wiener Volkshandlung, 1907, p. 353-363. Traduction française : *La question des nationalités et la social-démocratie*, Paris, FDI, 2 vol., 1987, p. 334 et 524. Voir également K. RENNER, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen in besonderer Anwendung auf Österreich*, Leipzig, Deuticke, 1918. Cité par A. LIJPHART : *Democracy in Plural Societies. A Comparative*

cohésion de l'Empire austro-hongrois, avait bien vu que l'aspiration première des nations était celle visant à préserver et développer leurs cultures propres, et d'abord leurs langues. Le programme national des années 1920 insiste sur la promotion de toutes les cultures nationales à égalité.

D'autres auteurs, souvent considérés comme des déviants par les classiques du fédéralisme, se réfèrent explicitement à Bauer et Renner ou les rejoignent. Robert A. Dahl emploie l'expression de fédéralisme « sociologique » pour désigner le fédéralisme territorial⁵. William Livingston parle de « société fédérale » quand les segments sont géographiquement concentrés⁶. Carl J. Friedrich développe la notion de fédéralisme intégré (*corporate federalism*) en se référant à Otto Bauer et Karl Renner et au cas de la Constitution chypriote de 1960⁷. Kenneth D. MacRae fait une distinction entre « principe de personnalité » et « principe de territorialité »⁸. Karl Aun analyse, suivant le principe de personnalité d'après les propositions de Bauer et de Renner, le système de sauvegarde des minorités ethniques en Estonie en 1925⁹.

D'après le grand penseur libanais Michel Chiha, on peut qualifier le fédéralisme personnel de fédéralisme de « législation ». Il écrivait dans *Le Jour* du 30 juillet 1947 :

Exploration, New Haven et Londres, Yale University Press, 1977, p. 43 [Lijphart, *Plural Societies*] ; *id.*, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-one Countries*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1984, p. 183 [Lijphart, *Democracies*] ; et *id.*, « Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Links », (1979) XII:3 *Canadian Journal of Political Science* 499 [Lijphart, « Consociation »]. Voir également des textes de Bauer et Renner dans T. BOTTOMORE et P. GOODE (trad. et dir.), *Austro-marxism*, Oxford, Clarendon Press, 1978. Sur les idées de Bauer et Renner : R.A. KANN, *The Multinational Empire. Nationality and National Reform in the Habsburg Monarchy 1848-1918*, vol. II, New York, Octagon Books, Third reprint, 1977. A. AGNELLI, *Questione nazionale e socialismo. Contributo allo studio e al pensiero di K. Renner e O. Bauer*, Bologne, Il Mulin, 1969.

5. Cité par S. VERBA, « Some Dilemmas in Comparative Research » (1967) 20:1 *World Politics* 126.
6. W.S. LIVINGSTON, « A Note on the Nature of Federalism », dans A. WILDAVSKY (dir.), *American Federalism in Perspective*, Boston, Little-Brown, 1967, p. 37 ; M.B. STEIN, « Federal Political Systems and Federal Societies » (1968) 20 *World Politics* 727.
7. C.J. FRIEDRICH : « Corporate Federalism and Linguistic Politics », Paper Presented at the 9th World Congress of the International Political Science Association, Montreal, 1973 ; *id.*, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York et Londres, Oxford University Press, 1968 [Friedrich, *Trends of Federalism*], trad. française par A. et L. PHILIPPART, *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruxelles, Institut belge de science politique, 1971. Voir également. R.R. BOVIE et C.J. FRIEDRICH, *Études sur le fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., « Bibliothèque de texte et études fédéralistes », 2 vol., 1960-1962.
8. K.D. McRAE, « The principle of territoriality and the principle of personality in multilingual States », (1975) 4 *International Journal of the Sociology of Language* aux p. 33-34.
9. K. AUN, « Cultural Autonomy of Ethnic Minorities in Estonia: A Model for Multicultural Society? », paper presented at the Third Conference of Baltic Studies in Scandinavia, Stockholm, 1 (1975), p. 11-12.

La Chambre des députés, au Liban représente au fond un aspect original du fédéralisme. Comme en Suisse, il y a des cantons, il y a ici des communautés confessionnelles. Les premiers ont pour base un territoire, les seconds seulement une législation, l'adhésion à un statut personnel¹⁰.

En effet, dans le « fédéralisme intégré » (*corporate*), personnel ou de législation, l'autonomie et le pouvoir de légiférer et de décision ne se concrétisent pas sur des espaces régionaux, mais couvrent des unités culturelles quelle que soit la localisation géographique des personnes ou des institutions qui en relèvent. Ce sont les personnes, physiques ou morales, qui sont définies et des lois spéciales leur sont appliquées. Le fédéralisme géographique a pour base des territoires autonomes, alors que le fédéralisme personnel a pour base des unités culturelles autonomes. Dans le premier cas, les unités géographiques délèguent leurs représentants à une seconde Chambre fédérale autre que la Chambre des représentants, alors que dans le second cas, les unités culturelles délèguent leurs représentants, soit à une première chambre suivant des quotas affectés à chaque unité culturelle, ou à une seconde chambre sénatoriale, et les postes administratifs sont affectés suivant un quota pour chacune des unités culturelles.

Le fédéralisme territorial comporte certes de nombreux avantages. Il est plus facile de déléguer des responsabilités gouvernementales et administratives à des unités territorialement concentrées qu'à des unités culturelles sans base régionale. Le fédéralisme territorial, parce que ses frontières sont mieux perçues, institue des relations moins quotidiennes entre les segments et, ainsi, réduit les occasions de conflit. La territorialité jouit d'un autre avantage : en cas de conflit, la sécession ou la partition est possible si son coût est faible et ses bénéfices supérieurs à ceux de l'union. Enfin, le fédéralisme territorial consacre moins le cloisonnement et la classification des individus. Celui qui est gêné par les lois d'une province peut aller vivre dans une autre où la législation est différente, alors que dans le fédéralisme personnel la personne est soumise aux lois de son statut. Mais la catégorisation n'est pas fatale. Ce n'est pas en tout cas en territorialisant le fédéralisme qu'on le rend ouvert. Une territorialisation forcée, dans le but d'homogénéiser des régions historiquement non homogènes, signifie des mutations douloureuses de populations avec peut-être un coût disproportionné par rapport au profit de l'opération.

Le fédéralisme suivant le principe de personnalité comporte cependant, lui aussi, des avantages. Il peut être moins coûteux sur le plan administratif que le fédéralisme territorial qui contraint à la multiplication des unités locales. Le fédéralisme personnel favorise aussi le développement d'organisations communautaires dans chaque segment, organisations qui peuvent promouvoir un développement endogène des communautés. Ce fédéralisme permet surtout

10. M. CHIHA, *Politique intérieure*, Beyrouth, Trident, 1964, p. 135.

de limiter l'autosegmentation exclusivement aux problèmes les plus conflictuels, alors que la fédéralisation territoriale contraint à segmenter outre mesure là où il est peut-être superflu de segmenter. Le fédéralisme personnel peut ainsi être facteur d'union parce que, justement, il ne provoque pas des ruptures dans les relations intercommunautaires quotidiennes dans un système où tous les segments peuvent, en matière de coût et profit, tirer profit de l'union à un coût acceptable. Mais le principe de personnalité nécessite, comme pour la copropriété immobilière, une perception psychologique nette des frontières du système et le respect de ces frontières, en vertu du principe de base d'un modèle consensuel : « Les bonnes frontières font le bon voisinage. »

1. Le principe de personnalité dans les traditions constitutionnelles

L'histoire des sociétés précoloniales et celle des pays arabes, surtout sous l'Empire ottoman, offre des exemples de l'adoption du principe de personnalité pour la sauvegarde des identités culturelles. L'histoire constitutionnelle du Liban, plus que celle des autres pays sous l'Empire ottoman, permet de dégager la dialectique et le modèle du fédéralisme personnel. Déjà M.G. Smith, dans son analyse des sociétés précoloniales en Afrique a décrit le type de société auquel il a donné l'étiquette de « consociation », c'est-à-dire une association de « collectivités intégrées, séparément constituées en tant que partenaires égaux, et intérieurement autonomes dans une société commune »¹¹.

Sous l'Empire byzantin, la juridiction des évêques avait pour but d'assurer aux chrétiens des juges impartiaux qui n'étaient sans doute pas les édiles et autres magistrats en majorité païens. Par une Constitution du 23 juin 318, l'empereur Constantin accorda pour la première fois à chaque chrétien le droit de réclamer la juridiction épiscopale pour toute affaire civile et celui de faire évoquer par le tribunal ecclésiastique tout procès pendant devant le juge civil. En vertu des lois d'Arcadius et d'Honorius, les juifs de l'Empire bénéficiaient des mêmes privilèges juridictionnels que les chrétiens. Ils pouvaient recourir à leurs tribunaux confessionnels qui leur appliquaient leurs lois propres au lieu du *jus civile* romain. Les sentences des tribunaux rabbiniques avaient force de chose jugée et étaient légalement exécutoires par les autorités romaines. Les Arabes ont maintenu l'organisation administrative byzantine, telle qu'ils l'avaient trouvée et réservèrent le même sort à l'organisation judiciaire. En Perse, à l'époque de l'invasion arabe, du fait du caractère religieux de la législation persane, les juifs et les chrétiens relevaient de leurs tribunaux ecclésiastiques. Parfois, ce ne sont pas des religieux qui jugent, mais des magistrats de la communauté des plaignants. En Espagne, les litiges entre chrétiens étaient

11. M.G. SMITH, « Pluralism in Precolonial African Societies », et « Some Developments in the Analytic Framework of Pluralism », dans L. KUPER et M.G. SMITH, *Pluralism in Africa*, Berkeley, University of California Press, 1969, tel que cité dans Lijphart, *Plural Societies*, *supra*, note 4, p. 168.

jugés par un magistrat de leur religion dont la nomination était homologuée par l'administration califale. On l'appelait *qâdî al-nasâra* ou *qâdî al'-agam*¹².

Sous l'Empire ottoman, les sujets non musulmans sont réunis en communautés religieuses, dont l'existence officielle est reconnue par le gouvernement ottoman. Ces communautés ont pleine liberté d'action en ce qui concerne l'exercice de leur culte, leur statut personnel, l'administration de leurs établissements destinés au culte, à l'enseignement et à la bienfaisance et l'autonomie de juridiction. Elles ont le droit d'enseigner dans leur propre langue et dans leurs écoles spéciales. Les questions de statut personnel sont jugées d'après les statuts de la communauté et les sentences sont rendues, dans les limites de la juridiction accordée à la communauté par des chartes ou, à défaut, dans celle que lui laisse la tolérance du gouvernement. Le Hatti-Hamayoun du 18 février 1856 stipule à l'alinéa 12 : « Toutes les affaires commerciales, correctionnelles et criminelles entre des musulmans et des sujets chrétiens ou autres non musulmans, ou bien des chrétiens ou autres de rites différents non musulmans, seront déferées à des tribunaux mixtes. » Une crise se produit en 1880 lorsque Djeddet Pacha, ministre de la Justice, voulut substituer une procédure unique aux juridictions des communautés non musulmanes. Cette tentative, justifiée dans un autre milieu, devait échouer en Turquie où les traditions ont force de loi et où les communautés chrétiennes trouvent un appui à l'étranger.

Un document de 1902 est de première importance pour l'histoire de la Turquie en Europe. À propos de la communauté orthodoxe d'Uskub, l'article 1 stipule : « La communauté orthodoxe d'Uskub, formant d'après la règle une paroisse de l'archevêché d'Uskub, est érigée en Communauté indépendante, administrant elle-même ses intérêts, et ayant le droit d'organiser et de diriger toutes ses affaires, par les organes légalement élus par elle, à savoir : le Conseil des Anciens, le Comité de l'Église, l'Ephorie des Écoles, etc. » En ce qui concerne les communautés valaques en Serbie, une *Irade* (volonté impériale) du 23 mai 1905 stipule que « leurs communautés désignent des moukhtars conformément aux règlements en vigueur ; qu'à l'instar de ce qui se pratique pour les autres communautés les membres valaques soient également admis, suivant la règle, dans les conseils administratifs, et que des facilités soient accordées par les autorités impériales aux professeurs nommés par lesdites Communautés pour l'inspection de leurs écoles et l'accomplissement des formalités édictées par les lois de l'Empire pour l'ouverture de nouveaux établissements scolaires ». Le Règlement de la communauté arménienne grégorienne en Turquie du 24 mai 1860 prévoit la création de quatre commissions (Écoles, Finances, Justice et Couvents) et trois directions (Comptabilité, Testaments et Hôpitaux), pour la plupart laïques et chargées de la gestion des affaires de la communauté.

12. Voir A. FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'islam*, Beyrouth, Institut des lettres orientales, Librairie Orientale, 1958, p. 344-345.

En faveur des Ottomans protestants, un Firman du 14 novembre 1850 stipule : « Comme à cause de leur croyance, les sujets déjà mentionnés forment une communauté distincte ma volonté impériale et compatissante est que par tous les moyens, il soit adopté des mesures pour faciliter l'administration de leurs affaires, de sorte qu'ils puissent vivre tranquilles, en paix et en sécurité [...]. Toi, mon ministre [...], tu veilleras à ce que, comme dans les autres communautés de l'Empire, ils rencontrent les *facilités* et l'assistance dont ils auront besoin dans toutes les affaires et toutes les matières qui concernent leurs cimetières et leurs lieux de réunion. Tu ne permettras point qu'aucune autre communauté se mêle en aucune sorte de leurs rites ou de ce qui concerne leur religion, en un mot d'aucune de leurs affaires, *soit séculières soit religieuses* [...] et, en cas de besoin, il leur soit permis de faire des représentations sur leurs affaires à la Sublime Porte par l'entremise de leur agent. » On notera que le terme « *facilités* », employé dans ce Firman du 14 novembre 1850, revêt la même signification que dans le débat constitutionnel en Belgique. Un règlement du 11 mars 1878 régit d'autre part les modalités de la représentation de la Communauté protestante¹³ : « L'enseignement dans les écoles est permis dans les limites de l'art. 16 de la Constitution, comme aux autres Communautés. »

Le statut de la communauté israélite est régi par le règlement du 1^{er} avril 1864. Outre les attributions spirituelles de la communauté, le chapitre V est intitulé : « Conseil laïc et ses devoirs. » L'article 43 affirme que « [l]e Conseil laïc s'occupera des affaires temporelles de la Nation israélite et de ses intérêts matériels ; de l'exécution de ce règlement ; de l'encaissement des contributions nationales et de la protection des propriétés des orphelins ».

Ces divers règlements régissent non seulement les affaires du statut personnel et de l'enseignement, mais aussi la juridiction civile. À titre de modèle, le Hatti Hamayoun de 18 février 1856 stipule que « les affaires commerciales, criminelles et correctionnelles entre des sujets chrétiens ou autres de rites différents non musulmans sont déférées à des tribunaux mixtes ». Ce Hatti Hamayoun et le traité de Berlin de 1878 réaffirment les privilèges des communautés non musulmanes et les garanties, sur la demande expresse des puissances européennes¹⁴. En Bosnie-Herzégovine, les questions matrimo-

13. Sur l'ensemble de la législation ottomane, voir G. YOUNG, *Corps de droit ottoman*, vol. 2, Oxford, Clarendon Press, 1905, notamment aux p. 7-10, 67-109, 148-155. Sur la communauté arménienne voir M.K. KRİKORIAN, *Armenians in the Service of the Ottoman Empire, 1860-1908*, Londres, Henley ; Boston, Routledge & Kegan Paul, 1978 ; et l'ouvrage précité de Young, p. 79-92. Voir également A. HEIDBORN, *Manuel de droit public et administratif ottoman*, 2 vol., Vienne-Leipzig, C.W. Stern éd., 1908. B. BRAUDE et B. LEWIS (dir.), *Christians and Jews in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society*, 2 vol., New York, Holmes & Meier Publ. Inc., 1982. Coll., *Minorités et nationalités dans l'Empire ottoman après 1516*, Beyrouth, Publications de l'Association des historiens libanais, Librairie Le Point, 2001 (en arabe, français et anglais).

14. G. NORADOUNGHIAN, *Recueil d'actes internationaux de l'Empire ottoman*, vol. III, Paris-Leipzig-Neuchatel, F. Pichon, 1902, p. 280. Voir également Baron I. de TESTA, *Recueil des traités de la Porte ottomane*, vol. VI, Paris, Muzard, 1884, p. 338-345.

niales des chrétiens relevaient de leurs autorités ecclésiastiques, alors que les affaires familiales et successorales des musulmans étaient jugées, en premier ressort, par le sous-préfet, assisté d'un juge de la *charia*, et en dernier ressort par la cour suprême de Sarajevo. Les autorités communiquaient entre elles et avec les autorités étrangères en allemand, avec les administrés en bosniaque (serbo-croate). En matière de *charia*, elles se servaient aussi de la langue ottomane.

L'autonomie segmentaire en vertu du principe de personnalité a continué à régir, après la chute de l'Empire ottoman, tous les pays sous mandat. L'article 6 de la Charte du Mandat français sur la Syrie et le Liban du 24 juillet 1922 impose la sauvegarde du statut personnel, des intérêts religieux et de la direction des *waqf* (biens de mainmorte) des communautés. L'article 8 souligne que « les communautés ne seront pas privées du droit d'avoir leurs écoles et d'enseigner dans leurs langues ». L'article 9 affirme que le gouvernement mandataire n'interviendra pas dans les affaires qui relèvent des communautés¹⁵.

L'article 5 de la loi fondamentale du gouvernement de Jebel Druze, publié par arrêté du Haut-commissaire du gouvernement français du 14 mai 1930, permet aux communautés d'avoir leurs écoles¹⁶. Les articles 5 et 9 de la loi fondamentale de Lattaquieh, publiée par arrêté n° 5113 du 14 mai 1930 par le commissaire français, stipulent que chaque communauté conserve son statut personnel et son droit d'avoir ses écoles¹⁷. L'article 113 de la Constitution syrienne, publiée le 14 mai par arrêté n° 113 du Haut-commissaire français, stipule d'une manière encore plus précise que « [l]es affaires des tribus bédouines (*'âchâ'ir*) sont gérées par une administration spéciale dont les fonctions seront définies par une loi qui sauvegarde leur situation particulière ». En vertu de l'article 114 « [l]es biens de mainmorte (*waqf*) sont la propriété exclusive de la communauté musulmane et leur gestion est du ressort de conseils élus par les musulmans ». L'article 15 stipule que « l'État garantit aux populations des diverses communautés la sauvegarde de leurs intérêts religieux et de leur statut personnel »¹⁸. La loi fondamentale administrative et financière de la région Alawite du 1^{er} juillet 1939 prévoit « la répartition des fonctions publiques d'une manière équitable entre les différentes communautés de la région en conformité avec les besoins de la bonne administration »¹⁹.

L'article 23 de la Charte du mandat anglais sur la Palestine, approuvée par la Société des Nations à Londres le 24 juillet 1922, stipule que « [l]'Administration de la Palestine reconnaît les jours fériés pour chacune des

15. Hassan al-HAKIM, *al-Wathâiq al-târikhiyya al-muta'alliqa bi-l-qadiyya al-sûriyya* (Les documents historiques relatifs à la question syrienne), 1915-1946, Beyrouth, Dâr Sâdir, 1974, p. 231-232.

16. *Ibid.*, p. 299-300.

17. *Ibid.*, p. 293-294.

18. *Ibid.*, p. 267-286.

19. *Ibid.*, p. 360-366.

communautés de Palestine en tant que jour de chômage officiel pour les membres de chacune de ces communautés ». L'article 9 de la Charte précise que le « gouvernement mandataire garantit la sauvegarde du statut personnel et des intérêts religieux des populations et des communautés, notamment en ce qui concerne l'administration des *waqf* en vertu de la législation religieuse et des testataires ». La Charte stipule aussi dans son Préambule que « rien ne doit être fait portant atteinte aux droits religieux et civils dont jouissent les communautés non juives établies en Palestine, ni aux droits et au statut politique dont jouissent les juifs dans les autres pays »²⁰.

2. Les deux caïmacamats : personnalité ou territorialité ?

Le choix entre principe de territorialité et principe de personnalité pour l'aménagement constitutionnel du Liban s'est posé en termes aigus à la suite de la décision, sur proposition de Metternich, approuvée le 15 septembre 1842, de diviser le Liban en deux caïmacamats. Adel Ismail résume les différentes interprétations par les notions de « système de nationalité ou de l'extraterritorialité » et « système de territorialité »²¹. Jean Charaf analyse l'institution de la fonction de *wakîls* (procureurs) druzes et chrétiens dans chacun des deux caïmacamats chargés des affaires de leurs coreligionnaires, à condition que ces *wakîls* relèvent directement de chacun des deux caïmacamats²².

Le mélange de populations autrefois comme aujourd'hui au Liban permet de poser le problème en termes clairs : s'agit-il d'une division territoriale en faisant abstraction de l'appartenance communautaire de la population ou d'une division communautaire de manière que chaque communauté soit régie par ses propres chefs ? Le problème s'est posé à propos des zones mixtes dans chacun des deux caïmacamats, surtout dans le caïmacamat druze où les zones mixtes sont nombreuses. Les solutions préconisées furent, soit le transfert de populations entre les zones mixtes en vue d'homogénéiser les deux caïmacamats ou de désigner des *wakîls* druzes et chrétiens chargés des affaires de leurs communautés. Eugène Poujade, consul de France à Beyrouth, a proposé de faire gouverner les chrétiens par les chrétiens et les druzes par les druzes par l'intermédiaire de *wakîls* relevant les uns du caïmacam chrétien et les autres du caïmacam druze. L'enclave de Deir el-Kamar serait gouvernée par deux *wakîls*, l'un chrétien et l'autre musulman²³. L'Empire ottoman a réglé le dilemme en adoptant cette solution. Le 7 décembre 1842, la Montagne a été divisée en deux caïmacamats, druze et chrétien, séparés par la route de Beyrouth-Damas, avec un statut spécial pour le village mixte de Deir el-Kamar.

20. *Ibid.*, p. 235-243.

21. A. ISMAIL, *Histoire du Liban du XVII^e siècle à nos jours*, Tome IV (1840-1861), Beyrouth, 1958, p. 216-217.

22. J. CHARAF, *Sighat al-ta'âyush al-dustûrî fi Lubnân* (La formule de coexistence constitutionnelle au Liban), (1984) 33 *Panorama de l'actualité* 29.

23. E. POUJADE, *Le Liban et la Syrie (1845-1860)*, Paris, Librairie nouvelle, 1860, p. 30.

Le principe de personnalité consistait à faire dépendre tous les chrétiens, où qu'ils fussent et quels que fussent les anciens liens de vassalité qui les liaient aux cheiks druzes, au caïmacam chrétien. Par contre, « tout ce qui était druze dépendra du caïmacam druze ». Cette thèse de l'émir Haidar et des chrétiens fut soutenue par le consul de France. Les chrétiens faisaient en effet remarquer qu'il n'existait pas au Liban une partie habitée exclusivement par les druzes et une autre habitée exclusivement par les chrétiens. Quant au principe de territorialité, il consistait à diviser la Montagne en deux parties géographiques. La partie au sud de la route Beyrouth-Damas serait gouvernée directement et exclusivement par le caïmacam druze, et la partie au nord de cette route par le caïmacam chrétien. C'était la thèse des druzes, soutenue par le colonel Rose. Les druzes invoquèrent en faveur de cette thèse les traditions féodales qui faisaient dépendre d'eux toutes les familles attachées à la culture de leurs terres ou celles attachées à leur service personnel, qu'elles fussent chrétiennes ou druzes. La solution consistant à muter des populations entre les deux caïmacamats a été abandonnée en raison de son caractère dangereux et impraticable. En attendant le règlement qui tardait à venir, la Porte ottomane décida de placer provisoirement sous sa juridiction les chrétiens du caïmacam druze et les druzes du caïmacam chrétien. Les pachas Khalil et Assaad, après en avoir référé à Constantinople, décidèrent en septembre 1844 de régler définitivement cette question en dotant Deir el-Kamar du statut de ville autonome, gouvernée par deux *wakîls*, l'un chrétien, l'autre druze, choisis par leurs communautés respectives. Chacun aura pour attribution de veiller aux intérêts de ses coreligionnaires. Les deux *wakîls* dépendraient de leurs caïmacams respectifs. Eugène Pougade a proposé la généralisation du système de gouvernement de Deir el-Kamar à tous les districts mixtes. Les principales dispositions du système étaient les suivantes :

1. le Liban serait divisé en deux caïmacamats, l'un chrétien, l'autre druze, pour les régions à grande majorité druze et chrétienne ;
2. chaque district mixte aurait deux *wakîls*, l'un chrétien, l'autre druze, élus chacun par les membres de sa communauté et dépendant de leurs caïmacams respectifs ;
3. un conseil serait établi à Beyrouth dans lequel siègeraient des membres représentant toutes les communautés libanaises. Ce conseil aurait pour compétence de juger les différends qui surviendraient entre individus de communautés différentes.

Lord Aberdeen, ministre anglais des Affaires étrangères, demanda à Bourée le 25 juin 1845 : « Mais vous qui avez vu les choses de près, en quel remède auriez-vous foi ? » « Je n'en connais qu'un, my Lord, répondis-je, dit

Bourée, et non seulement je ne connais que celui-là, mais je ne crois pas qu'il en existe d'autres ; *on a échoué en voulant diviser ce qui était indivisible*, le remède serait de revenir à l'unité »²⁴. Adel Ismail, qui expose les problèmes soulevés par la division de la montagne et les différents projets, écrit que ce problème « fut incontestablement le plus délicat et le plus épineux de la Question du Liban au XIX^e siècle ».²⁵

3. Personnalité de juridiction

Le principe de personnalité couvrirait non seulement la représentation, l'exercice de la décision et son assiette, le statut personnel et l'enseignement, mais aussi la juridiction, même civile.

L'article 7 du règlement du 9 juin 1861 organisant la justice au Mont Liban institue, dans chaque district, un juge de paix pour chaque rite. Dans chaque arrondissement, un *majlis* (tribunal) de première instance est composé de trois à six membres représentant les divers éléments de la population. Au siège du gouvernement, un *majlis* supérieur est composé de douze membres, deux pour chacune des six communautés (maronite, druze, grecque-orthodoxe, grecque-catholique, sunnite, chiite ou metwali). On adjoindra à ces *majlis* un représentant des cultes protestant et israélite, toutes les fois qu'un membre de ces communautés aura des intérêts engagés dans un procès. La présidence des *majlis* sera exercée trimestriellement et à tour de rôle par chacun de leurs membres. L'article 11 régit les affaires mixtes entre particuliers appartenant à des communautés différentes. En vertu de cet article, les magistrats devaient être choisis et désignés, après une entente avec les notables, par les chefs de leurs communautés respectives et institués par le gouverneur. Le règlement du 6 septembre 1864 est venu modifier le nombre des tribunaux « composés chacun d'un juge et d'un substitut, nommés par le gouverneur, et de six défenseurs d'office désignés par les communautés ».

L'organisation judiciaire établie par le règlement de 1864 a été assimilée depuis au système *nizâmiyé* introduit dans l'Empire. Il y a un tribunal de première instance dans chaque chef-lieu de caza et deux cours d'appel civile et criminelle au siège du gouvernement, la première présidée par un maronite, la seconde par un druze et composée chacune de cinq assesseurs pris parmi les autres rites du Liban. Toutes les affaires commerciales ainsi que les contestations entre Libanais et sujets étrangers relèvent du tribunal de commerce de Beyrouth. La Cour de cassation de Constantinople connaît des pourvois en cassation.

24. ISMAIL, *supra*, note 21, p. 232.

25. *Ibid.*, p. 263.

4. L'application en Estonie et en Pologne

Nous trouvons en Estonie l'autonomie segmentaire suivant le principe de personnalité dans les attributions reconnues à des communautés culturelles pour gérer leurs institutions répandues sur l'ensemble du territoire.

Les propositions de Bauer et Renner ont été appliquées en Estonie en 1925, suivant la description qu'en fait Evald Ustalu. Le 12 février 1925, la loi d'autonomie culturelle est devenue exécutoire. Elle donne aux minorités une autonomie en matière culturelle, ce qui signifie le droit d'enseigner dans leurs langues propres dans les écoles privées et officielles. Les minorités étaient libres de créer tout genre d'institutions, y compris les théâtres, les bibliothèques et les clubs. Les conseils culturels étaient financés par l'État et par les conseils locaux. L'aide de l'État a encore couvert les écoles des minorités à *égalité* avec les institutions éducationnelles estoniennes²⁶. Les minorités allemande et juive d'Estonie ont vite profité des chances offertes par la loi et ont créé des communautés culturelles autonomes en 1925 et 1926. Quant aux minorités russe et suédoise reconnues par la loi en tant que minorités couvertes par l'autonomie segmentaire, elles ont décidé de ne pas l'appliquer. La raison en est, selon Karl Aun, qu'« elles étaient concentrées dans des régions où elles étaient majoritaires et où elles pouvaient réaliser leurs objectifs culturels à travers les institutions du gouvernement local²⁷ ». Selon Renner, cette mesure est « la plus parfaite tentative d'instituer un auto-gouvernement constitutionnel pour les nationalités dans un État multinational²⁸ ».

En Pologne, les juifs avaient longtemps bénéficié d'un statut d'autonomie segmentaire en vertu du principe de personnalité. Ils représentaient plus d'un million d'âmes soit le dixième de la population.

Groupés en quartiers peuplés dans les villes (Cracovie, Posen) ou vivant dans des villages et hameaux perdus, ils appartenaient à un corps politique dont l'expression nationale, le *Wa'ad 'Arba Arasot* (Conseil des quatre pays : Grande-Pologne, Petite-Pologne, Ruthénie, Volhynie-Podolie) était reconnu par le roi. Le *Wa'ad* se réunissait à Lublin et à Yaroslav lors des foires annuelles, répartissait l'impôt, légiférait et jugeait en appel les procès. Il délégua un représentant auprès du roi et de la diète polonaise. Sous l'impulsion du *Wa'ad*, les juifs adoptèrent un système d'enseignement généralisé. Ce grand âge du judaïsme polonais se termina en 1648 avec la révolte des

26. E. USTALU, *The History of Estonian People*, London, Boreas, 1952, p. 220. G. Von RAUCH (trad. G. ONN), *The Baltic States – Estonia, Latvia and Lithuania: The Years of Independence, 1917-1940*, Berkeley, University of California Press, 1974.

27. Tel que cité par Lijphart, « Consociation », *supra*, note 4, p. 499-515.

28. Tel que cité par Friedrich, *Trends of Federalism*, *supra*, note 7, p. 124.

cosaques ukrainiens de Khmielnitsky²⁹. Au Maroc, les juifs ont bénéficié d'un statut non moins favorable³⁰.

B. LE FÉDÉRALISME SUIVANT LE PRINCIPE DE PERSONNALITÉ DANS LES SOCIÉTÉS MULTICOMMUNAUTAIRES CONTEMPORAINES

Ces traditions constitutionnelles séculaires ne sont-elles qu'un vestige historique d'un temps archaïque que les exigences de la modernité devraient effacer ? Le prétendre, c'est privilégier le principe de territorialité dans le fédéralisme, en vertu de critères contestables de la construction nationale, de l'État national et de l'intégration. C'est dénier par le fait même à nombre de sociétés plurales où les segments sont entremêlés toute chance de construction nationale sans mutations de populations. C'est aussi exclure de la notion de fédéralisme toute perspective autre que territoriale et condamner nombre de pays, dont la Belgique, le Liban, et des pays du tiers monde où les minorités sont peu consistantes ou non concentrées, à des solutions qui visent à l'extermination, à l'assimilation forcée ou au déplacement qui est une forme chirurgicale d'exclusion. Le fédéralisme, s'il se limite exclusivement au principe de territorialité, s'inspire finalement d'une culture majoritaire, même s'il vise à protéger les minorités. Le fédéralisme géographique ne prend en considération que les minorités consistantes et concentrées, donc majoritaires sur un espace bien à elles. Solution idéale peut-être, mais solution impossible dans beaucoup de pays, ou trop coûteuse, comme le montre l'exemple libanais où aucun segment ne réussit à « se tailler », sinon d'une manière trop artificielle et approximative, un espace à lui malgré des années de violence.

Pense-t-on aux mouvements autonomistes qui se multiplient dans le monde et au modèle normatif que propose la pensée politique comparative ? Yoichi Higuchi cite un best-seller japonais, *Kirikirijin* (peuple de Kirikiri), vendu à plus de 700 000 exemplaires en un an. Il s'agit d'un roman tragico-comique du fameux écrivain Inoue Hisashi sur un village qui ose faire sécession et se couper de l'État nippon. L'auteur a merveilleusement caricaturé la gloire et l'échec de l'indépendance éphémère³¹. Ce roman a pu aussi être un succès de vente au Moyen-Orient, et au Liban en particulier où chacun manipulait des cartes sur la configuration d'avenir des États confessionnels dans la région.

29. L. FINKELSTEIN, *Jewish Self-government in the Middle Ages*, 2^e ed., New York, P. Feldheim, 1964. Voir aussi *Encyclopedia Universalis*, vol. 9, p. 535-536.

30. H. ZAFRANI, *Mille ans de vie juive au Maroc*, Paris, Maisonneuve et Larose, « Judaïsme en terre d'islam », 1983.

31. Y. HIGUCHI, « La décision de décentralisation », dans T. FLEINER-GERSTER et S. HUTTER (dir.), *Federalism and Decentralisation. Fédéralisme et décentralisation*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg, 1987, p. 23-36.

1. Les cas spéciaux répandus

On comprend l'approche exclusivement territorialiste quand on analyse l'idéologie de l'État-nation. Cette idéologie, qui refuse la notion de corps intermédiaire, part du principe que la loi de majorité est la seule efficiente, et que la construction nationale s'opère au moyen d'un centre qui s'étend par la force à toute la périphérie et au moyen d'une intégration forcée. L'apport de la recherche comparative, depuis les années 1970, sur les modèles non majoritaires de construction nationale, n'a pas encore imprégné la culture constitutionnelle. Dans un pays comme le Nigeria où plusieurs essais de découpages territoriaux ont été tentés sans que le problème des ethnies soit réglé, en vertu de quels critères peut-on qualifier ces ethnies de « tribus » et déplorer leur influence « néfaste et nuisible par rapport aux partis nationaux » ? En vertu de quel critère l'appartenance à une tribu est-elle moins légitime qu'une appartenance partisane ? N'y a-t-il pas des risques de partitocratie, plus néfastes que les tribus ?

Il est une autre tendance qui s'inspire aussi de l'idéologie de l'État-nation. Elle consiste à occulter les dysfonctions des systèmes fédéraux modernes et, indirectement, à considérer la Suisse comme un cas spécial, la Belgique comme un cas complexe, les ethnies au Nigeria comme des tribus, les Sikhs indiens comme des fanatiques, le Sri-Lanka comme un pays sous-développé, le Soudan comme une théocratie, l'Irlande du Nord comme un cas insoluble... Or le problème est que ces cas dits « spéciaux » sont aujourd'hui répandus, et c'est le modèle de l'État national qui est spécial, bien qu'il demeure dans la pensée des constitutionnalistes comme normatif. La propension à occulter les dysfonctions des systèmes fédéraux s'explique par la tendance à considérer ces systèmes comme des modèles absolus. L'approche qui décrit des situations en bonne santé ne constitue pas un diagnostic en profondeur. Elle ne contribue pas à faire avancer la recherche comparative, ni surtout à apporter des solutions à de nombreux pays. Le dialogue constitutionnel est un dialogue de sourds si l'idéologie du *nation-building* qui sous-tend le débat n'est pas remise en question. Si cette idéologie est absolue, la Suisse même n'est pas une société viable. Si la théorie du fédéralisme n'est pas élargie, il n'y a pas moyen d'intégrer dans une classification le système politique belge, avec ses « affaires personnalisables », ses « conseils culturels », le cas de l'Université de Louvain et le cas de la capitale mixte de Bruxelles.

Cette idéologie du *nation-building* est en contradiction avec la tradition musulmane. L'islam admet la pluralité des systèmes juridiques dans la société, contrairement à la tradition juridique occidentale. Certains manifestes d'intellectuels arabes soulignant que « les institutions d'un État unifié doivent être unifiées » témoignent d'une aliénation culturelle contraire au droit musulman.

La recherche comparative permet de montrer que le fédéralisme suivant le principe de personnalité existe dans beaucoup de pays. Toutefois, la culture dominante assimilant le fédéralisme à une provincialisation fait que dans ces pays le fédéralisme personnel, de législation ou intégré, est interprété avec les schèmes culturels classiques de l'État unitaire et de l'État fédéral. Aristide R. Zolberg parle de « fédéralisation sans fédéralisme » à propos de la Belgique³². Ni Robert Senelle ni F. Coppieters ne qualifient le système belge de fédéral. « Il s'agit en fait, écrit Coppieters, d'une évolution vers une structure fédérale³³. » Robert Senelle écrit que « [c]e qui, en revanche, semble certain à la lecture des travaux préparatoires, c'est que le constituant a voulu exclure les minorités linguistiques du champ d'application du nouvel article 6 bis ("les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques"), afin de ne pas mettre en cause le principe de la territorialité de la législation linguistique »³⁴. D'autres constitutionnalistes belges appellent la structure belge « semi-fédérale ». Or le système belge règle essentiellement un transfert de pouvoirs par la nation à des entités subnationales qui sont les communautés et les régions.

La Belgique représente en tous points un système fédéral suivant le principe de personnalité, ou du moins mixte, à la fois territorial et personnel. Le cas de Bruxelles ne peut être réglé sans la référence à des critères autres que ceux de la fédéralisation territoriale et en s'inspirant des expériences historiques comparatives.

La structure politique de la Belgique est-elle celle d'un « État unitaire » suivant la terminologie classique qu'emploient même les constitutionnalistes belges, structure où le pouvoir de décision appartient seulement à l'autorité centrale ? La Belgique est un État fédéral puisque l'État unitaire a cédé une part de son pouvoir de législation et de décision aux communautés et aux régions. Le règlement du statut de Bruxelles, du statut de la communauté allemande et

-
32. A.R. ZOLBERG, « Splitting the Difference: Federalization without Federalism in Belgium », dans M.J. ESMAN (dir.), *Ethnic Conflict in the Western World*, Ithaca, Cornell University Press, 1977, p. 103. M.O. HEISLER, « Managing Ethnic Conflict in Belgium », (1977) 433 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 32.
33. F. COPPIETERS, « Les structures politiques des communautés et des régions en Belgique », dans *Fiche documentaire (Institut belge d'information et de documentation, Montoyer 3, B 1040 Bruxelles)*, F.D. 324/1984/ 1, p. 4.
34. R. SENELLE, *La réforme de l'État belge*, Bruxelles, Ministère des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et de la coopération au développement, vol. 3 (Les structures régionales prévues par les lois des 8 et 9 août 1980), 1980, p. 177-178. Voir également dans (1984) XIX *Acta Politica* : J. BILLIER, « On Belgian pillarization: Changing perspectives », p. 117-128 ; L. HUYSE, « A First meeting of Belgian et Dutch scholars of vanzuiling », p. 159-160 ; B. PIJNENBURG, « Pillarized and consociational-democratic Belgium: The views of Luc Huyse », p. 57-71 ; G. DIERICKX, « The management of subcultural conflict: The issue of education in Belgium (1850-1975) », p. 85-95. Pour une connaissance approfondie du système politique belge : F. DELPÉRIÉE, *Droit constitutionnel*, 2 volumes, Bruxelles, Maison F. LARCIER s.a., 1987.

l'aménagement d'un système plus symétrique, de sorte que les institutions soient les mêmes du côté néerlandais et francophone, supposent la référence théorique au principe de personnalité dans le fédéralisme.

2. Belgique : principe de personnalité

Les amendements constitutionnels en Belgique adoptés à la fin des années 1970 et les modifications des 17 et 29 juillet 1980 et du 23 janvier 1981 divisent tous les membres du Parlement en deux Conseils culturels séparés qui servent de parlement pour chaque communauté linguistique. Les lois affectant l'autonomie culturelle doivent être adoptées par une majorité des deux tiers, comprenant la majorité de chaque groupe linguistique. La minorité de langue française peut en appeler au cabinet contre tout projet de loi qui menace ses intérêts. Le cabinet est composé d'un nombre égal de personnes d'expression flamande et française. La ville bilingue de Bruxelles est régie par un arrangement similaire. Les intérêts des communautés linguistiques sont efficacement organisés et représentés au moyen de cette structure fédérale suivant le principe de personnalité touchant néanmoins les institutions et non les personnes.

En vertu de l'article 3 ter de la Constitution, la Belgique « comprend trois communautés culturelles : la communauté française, la communauté flamande et la communauté germanophone. Chaque communauté a les attributions qui lui sont reconnues par les Constitutions ou par les lois prises en vertu de celle-ci ». La communauté française groupe les habitants de la région linguistique (la Wallonie) et les francophones habitant Bruxelles-Capitale. La communauté flamande groupe toute la population qui parle le néerlandais, c'est-à-dire les habitants de la région linguistique néerlandaise (la Flandre) et les néerlandophones habitant Bruxelles-Capitale. La communauté germanophone groupe toute la population qui parle l'allemand.

Il existe par ailleurs trois régions qui ne coïncident pas totalement avec les communautés précitées. La région wallonne couvre l'ensemble de la Wallonie, ainsi que la région de langue allemande (sur le plan administratif, celle-ci fait partie de l'arrondissement de Verviers de la province de Liège). La région flamande couvre 19 communes de Bruxelles-Capitale. Cette dernière agglomération, habitée par des néerlandophones et des francophones, constitue une région bilingue.

La compétence en matière d'emploi des langues dans le domaine administratif n'a pas été attribuée à la communauté germanophone. Dans le secteur de cette communauté, les matières communautaires sont gérées par le conseil de la communauté composé des membres élus par la voie directe par la population germanophone. Les parlementaires nationaux germanophones et les conseillers provinciaux germanophones en font partie avec voix consultative.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

Une abondante réglementation s'est efforcée de mettre fin à de nombreuses controverses linguistiques, non seulement en partageant le pays en régions linguistiques, mais aussi en instituant des « facilités ». Dans chaque région linguistique, la langue de la région est employée, sous réserve des situations particulières.

Dans la région de langue française et la région de langue néerlandaise, quelques communes de ces deux régions (les communes dites de la frontière linguistique où les habitants parlent l'allemand) sont dotées d'un régime spécial en vue de la protection de leurs minorités. Six communes dites périphériques qui avoisinent Bruxelles-Capitale possèdent également un statut linguistique spécial. Les services publics utilisent la langue néerlandaise, mais des *facilités* sont accordées à la minorité d'expression française.

Dans la région de langue allemande, les services publics font usage de la langue allemande, mais toute la région est dotée d'un régime spécial de protection de la minorité d'expression française. Ces *facilités* concernent uniquement les *particuliers* et sont identiques à celles accordées dans les communes de la frontière linguistique.

Dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, les services publics locaux et régionaux utilisent soit le français, soit le néerlandais, selon la localisation de l'affaire, la langue choisie par le particulier ou, à défaut, la langue de l'agent à qui l'affaire est confiée. Les actes qui concernent les particuliers, les certificats, déclarations et autorisations qui leurs sont délivrés sont rédigés en français ou en néerlandais selon le désir de l'intéressé. Quant aux avis, communications et formulaires destinés au public, ils sont rédigés en français et en néerlandais.

Les services centraux, c'est-à-dire ceux dont l'activité s'étend à tout le pays, utilisent dans leurs rapports avec les services locaux et régionaux des régions de langue française, néerlandaise ou allemande, la langue de cette région. Dans leurs rapports avec les particuliers et dans la rédaction des actes, certificats, déclarations et autorisations, ils utilisent celle des trois langues dont les particuliers font usage ou requièrent l'emploi.

Dans leurs services intérieurs et leurs rapports avec les services de Bruxelles-Capitale, les services centraux utilisent la langue déterminée par la localisation de l'affaire, par l'intervention du particulier qui l'introduit ou par le rôle linguistique de l'agent à qui elle est confiée. L'agglomération bruxelloise étant bilingue, c'est la langue de l'intéressé, inculpé ou défenseur, qui est retenue.

En matière de procédure civile, c'est la langue du défenseur qui est déterminante. En vertu de l'article 7, lorsque les parties demandent de commun accord que la procédure soit poursuivie dans l'autre langue nationale, la cause

est renvoyée à la juridiction de même ordre, la plus proche dans l'autre région linguistique ou à celle désignée par le choix commun des parties. Dans la procédure pénale, et dans la région bruxelloise, la langue, en vertu de l'article 11, est déterminée par le choix de la personne. Dans les communes de langue allemande, la langue à utiliser est l'allemand, sauf dans certaines régions où l'intéressé peut choisir le français.

Pour les tribunaux établis à Bruxelles, la langue de la procédure est déterminée par le domicile de l'inculpé s'il demeure en dehors de l'agglomération bruxelloise (art. 15). S'il habite l'agglomération, le choix de l'inculpé est déterminant (art. 16). Devant les tribunaux de police d'Eupen et de Saint-Vith, la procédure est faite en allemand. Dans les régions bilingues allemand-français, l'inculpé peut choisir l'une de ces deux langues (art. 17).

La loi règle l'emploi des langues non seulement pour les tribunaux de police et les tribunaux correctionnels, mais aussi pour les tribunaux de commerce, les tribunaux de travail, les juridictions militaires, les cours d'assises, les cours d'appel et la Cour de cassation.

Dans l'armée, la loi organise le regroupement des soldats par unités linguistiques d'expression française, néerlandaise et allemande, afin que l'instruction complète se donne dans la langue maternelle. La loi prend aussi toutes les dispositions nécessaires afin que l'instruction, les ordres et les communications, les commandements, les relations de service et l'administration courante aient lieu dans la langue de l'unité. La loi, en même temps qu'elle vise à consolider l'unité de l'armée en garantissant l'égalité de tous les citoyens en son sein, assure son identification au corps social.

3. La langue de l'enseignement

Le problème se pose de savoir quelle langue adopter dans la région de Bruxelles-Capitale. La législation considère que « la langue maternelle détermine la langue d'enseignement et instaure l'enseignement obligatoire de la seconde langue nationale ». L'organisation de l'enseignement dans la zone française ou dans la zone néerlandaise est soumise à différentes réglementations selon que la communauté le détermine. La loi du 30 juillet 1963 prohibe l'organisation de l'enseignement dans une autre langue que celle de la région, sous réserve « qu'un certain nombre de chefs de famille en fasse la demande », invoquant « l'éloignement où ils se trouvent d'un établissement de leur langue ».

Pour ce qui est de l'enseignement dans la région de langue allemande, certaines exceptions sont admises et constituent une atténuation au principe général qui veut que la langue de la région soit celle de l'enseignement. En effet, dans la région allemande, « une partie du programme peut être donnée en

français dans les écoles de langue allemande, et en allemand dans les écoles de langue française à partir de la 3^e année primaire ». Selon l'article 6 de la loi du 30 juillet 1963, on ne peut déroger au principe général de l'enseignement gardien et primaire que pour les enfants dont l'allemand n'est pas la langue maternelle ou usuelle.

Le cas de l'Université catholique de Louvain, francophone et établie dans la région de langue néerlandaise, a été réglé par l'article 132 de la Constitution sous le titre « Dispositions transitoires », édictant que « [j]usqu'au moment où l'Université catholique de Louvain, en ce compris ses auxiliaires d'enseignement moyen et technique, aura été transférée en dehors de la région de langue néerlandaise, le Conseil culturel pour la communauté culturelle française par dérogation à l'art. 59 bis, paragraphe 4, al. 1, est compétent pour cette institution ». En application du principe de territorialité, cette université aurait dû dépendre du Conseil culturel néerlandais puisque établie dans une région linguistique néerlandaise. Or l'enseignement étant organisé en langue française, le constituant a décidé de soustraire cette université à la compétence du Conseil culturel néerlandais, en vertu du principe de personnalité.

4. Un bicaméralisme fédéral

Le système belge institue un bicaméralisme fédéral. Selon l'article 38 bis, « les membres élus de chaque Chambre sont répartis en un groupe linguistique français et un groupe linguistique néerlandais ». Selon le même article, « une motion motivée, signée par les trois quarts au moins des membres d'un des groupes linguistiques [...], peut déclarer que les dispositions d'un projet ou d'une proposition de loi qu'elle désigne sont de nature à porter gravement atteinte aux relations entre les communautés ».

La section III institue des Conseils culturels. L'article 59 bis dispose ainsi qu'« [i]l y a un conseil culturel pour la communauté culturelle française comprenant les membres du groupe linguistique français des deux Chambres et un conseil culturel pour la communauté culturelle néerlandaise comprenant les membres du groupe linguistique des deux Chambres ».

Les conseils culturels, chacun pour ce qui le concerne, règlent par décret les matières culturelles, l'enseignement à l'exclusion de certaines matières et la coopération entre les communautés culturelles ainsi que la coopération culturelle internationale. En vertu du même article, les conseils de communauté, chacun pour ce qui le concerne, règlent par décret les matières personnalisables, de même que la coopération entre les communautés, ainsi que la coopération internationale en ces matières. Les décrets ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région néerlandaise, ainsi qu'à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en

raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté. Certaines *facilités* sont, là encore, consenties en faveur des institutions suivantes :

- les communes ou groupes de communes contiguës à une autre région linguistique et où la loi prescrit ou permet l'emploi d'une autre langue que celle de la région dans laquelle elles sont situées ;
- les services dont l'activité s'étend au-delà de la région linguistique dans laquelle ils sont établis ;
- les institutions nationales et internationales désignées par la loi et dont l'activité est commune à plus d'une communauté.

Les décrets pris en application de ces dispositions ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise, et « à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté ».

5. Représentation fédérale, personnelle et paritaire

La représentation en Belgique est aussi fédérale suivant le principe de personnalité. Les communautés flamande et néerlandaise sont représentées d'une manière paritaire. « Le premier ministre éventuellement excepté, dispose l'article 86 bis, le Conseil des ministres compte autant de ministres d'expression française que d'expression néerlandaise. » Pour chacune des Chambres, l'article 107 quater impose la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des Chambres. Au niveau des agglomérations, les membres du Conseil de l'agglomération sont répartis en un groupe linguistique français et un groupe linguistique néerlandais. Le collège exécutif est composé d'un nombre impair de membres. Le président excepté, il compte autant de membres du groupe linguistique français que du groupe linguistique néerlandais (art. 108 ter). Dans l'agglomération, il existe une commission française de la culture et une commission néerlandaise de la culture, composées d'un même nombre de membres élus respectivement par le groupe linguistique français et par le groupe linguistique néerlandais du conseil d'agglomération. Les décisions des commissions réunies ne sont adoptées que si elles obtiennent dans chaque commission la majorité des voix émises.

La Belgique opte pour la fédéralisation suivant le principe de personnalité, sous le coup des contraintes culturelles, sans cependant aller jusqu'au bout de sa logique. Aussi le statut de la région bruxelloise n'a-t-il pas été réglé par les réformes de 1980. Le fédéralisme personnel est-il discriminatoire ? Le gouvernement belge a répondu à une question sur les risques de discrimination

entre le secteur des institutions publiques et celui des institutions privées : les institutions privées auront le libre choix de se rattacher à l'une ou à l'autre communauté. Par contre, les institutions du secteur public n'auront aucun choix, puisque par l'effet de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative elles sont obligées d'observer un strict bilinguisme. Le gouvernement belge a formulé les précisions suivantes :

1. Le nouveau texte de la Constitution n'impose aucune contrainte aux particuliers. Il est donc inexact de prétendre qu'il est imposé un choix déterminé aux personnes individuelles. Le pouvoir des communautés dans le domaine des matières personnalisables à Bruxelles ne touche que les institutions.
2. On pourrait penser que le nouveau texte de la Constitution permet l'instauration à Bruxelles d'une sorte de sous-nationalité, mais il y a lieu d'écarter résolument cette option ou ce résultat.
3. L'appartenance d'une institution bruxelloise à l'une ou à l'autre communauté ne peut, d'aucune manière, y entraver l'accès des particuliers, qu'ils soient néerlandophones ou francophones.
4. L'autonomie des communautés implique qu'elles définissent elles-mêmes les critères auxquels une institution bruxelloise doit répondre pour être reconnue comme appartenant exclusivement à cette communauté [...].
5. C'est l'agrément d'une institution par les autorités communautaires qui consacre, au point de vue formel, l'appartenance d'une institution à cette communauté. Cette agrément peut résulter d'un décret, d'une décision de subsidiarité ou de toute autre mesure émanant de l'autorité communautaire³⁵.

Si, par exemple, le statut de Bruxelles est considéré comme le plus difficile à régler, c'est parce qu'il ressemble bien au problème épineux du statut de la Montagne au Liban durant les négociations en 1864 sur le Caimacam qui ont débouché, sur l'adoption du principe de personnalité.

6. L'ancien fédéralisme personnel chypriote

La Constitution de la République de Chypre du 16 août 1960 adopte délibérément le principe de personnalité, avec une définition de ses communautés en termes non pas religieux, mais culturels. En 1960, lorsque les communautés grecque et turque étaient entremêlées, il n'était pas possible de créer un fédéralisme territorial. Les deux communautés ont bénéficié d'une autonomie segmentaire au moyen de conseils locaux élus avec des attributions législatives dans les domaines religieux, éducatif et culturel et du statut personnel, et des conseils municipaux séparés dans les cinq grandes villes de l'île.

35. Doc. Sénat 100/27, S.E. 1979, p. 7, tel que cité dans SENELLE, *supra*, note 34, p. 16.

PRINCIPES DE TERRITORIALITÉ ET DE PERSONNALITÉ EN FÉDÉRALISME COMPARÉ

Si le système a échoué à Chypre, ce n'est pas parce qu'il porte en lui-même les germes de sa corruption, mais parce que les rapports de force à Chypre sont trop disproportionnés entre les deux communautés turque (18 % de la population) et grecque, ce qui n'est pas le cas ni au Liban ni en Belgique. Il ne faut donc pas attribuer l'échec de la coexistence à Chypre à la nature même de son aménagement fédéral, mais aux rapports de force dans la société. Le principe de personnalité a en effet régi les rapports intercommunautaires dans les pays sous l'Empire ottoman et sous mandat français et anglais durant plus de quatre siècles, comme il régit aujourd'hui la Belgique.

C'est de l'article 2 qu'on peut le mieux dégager une théorie du principe de personnalité :

Aux fins de la présente Constitution :

1. La Communauté grecque comprend tous les ressortissants de la République qui sont d'origine grecque et dont la langue maternelle est le grec, qui sont de tradition culturelle grecque, ou qui appartiennent à l'Église orthodoxe grecque.
2. La Communauté turque comprend tous les ressortissants de la République qui sont d'origine turque et dont la langue maternelle est le turc, qui sont de tradition culturelle turque, ou qui sont musulmans.
3. Les ressortissants de la République ne tombant pas sous le coup des dispositions des paragraphes 1 et 2 ci-dessus doivent, dans le délai de trois mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Constitution, opter à titre individuel pour la Communauté grecque ou turque ; toutefois, s'ils appartiennent à un groupe religieux, ils doivent opter en tant que groupe religieux et, à la suite de cette option, ils seront considérés comme membres de la Communauté choisie.

Étant entendu que tout ressortissant de la République qui appartient à un tel groupe religieux est libre de ne pas accepter l'option dudit groupe et peut, par déclaration écrite et signée adressée au fonctionnaire compétent de la République et aux Présidents des Chambres de communauté grecque et turque dans un délai d'un mois à dater de l'option du groupe, choisir d'appartenir à la communauté qui n'est pas celle à laquelle le groupe sera réputé appartenir.

Étant entendu, en outre, que si l'option d'un tel groupe religieux n'est pas acceptée du fait que ses membres n'atteignent pas le nombre requis, tout membre dudit groupe peut, dans un délai d'un mois à dater du rejet de ladite option, opter dans les conditions prévues ci-dessus, à titre individuel, pour la Communauté à laquelle il désire appartenir.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

Aux fins du présent paragraphe, l'expression « groupe religieux » signifie tout groupe de personnes résidant ordinairement à Chypre ayant la même religion, qui appartiennent au même rite ou sont soumises à la même juridiction religieuse, et qui, à la date d'entrée en vigueur de la Constitution, dépassent le nombre de mille, dont cinq cents au moins deviennent à cette même date ressortissants de la République.

4. Toute personne qui devient ressortissant de la République, à une date quelconque, trois mois après l'entrée en vigueur de la présente Constitution, doit opter dans les conditions prévues au paragraphe 3 du présent article, dans un délai de trois mois après la date à laquelle elle est devenue ressortissant de la République.
5. Tout ressortissant grec ou turc de la République tombant sous le coup des dispositions des paragraphes 1 et 2 des présents articles peut cesser d'appartenir à la Communauté dont il dépend et appartenir à l'autre sur :
 - a. déclaration écrite et signée indiquant qu'il désire ce changement, adressée par lui au fonctionnaire compétent de la République et aux présidents des Chambres de communauté grecque et turque ; et sur :
 - b. approbation de la Chambre de communauté de l'autre communauté ;
6. Tout individu ou groupe religieux réputé appartenir à la Communauté grecque ou à la Communauté turque, aux termes du paragraphe 3 du présent article, peut cesser d'appartenir à l'autre sur :
 - a. déclaration écrite et signée indiquant qu'il désire ce changement, adressée par ledit individu ou groupe religieux au fonctionnaire compétent de la République et aux Présidents des Chambres de communauté grecque et turque ; et sur :
 - b. approbation de la Chambre de l'autre communauté ;
7.
 - a. Une femme mariée appartient à la communauté de son mari ;
 - b. Les mineurs de vingt et un an, des deux sexes, non mariés, appartiennent à la communauté de leur père ou, si le père est inconnu et qu'ils n'aient pas été adoptés, à la communauté de la mère.

La Constitution de 1960 régit l'emploi des langues, la célébration des fêtes et la représentation politique suivant le principe de personnalité.

En vertu de l'article 3, les documents administratifs et les autres documents officiels adressés à un Grec ou à un Turc sont rédigés respectivement en langue grecque ou turque. Les débats judiciaires sont conduits et les jugements rédigés en langue grecque si les parties sont grecques, en langue turque si les parties sont turques, et dans les langues grecque et turque si les parties sont grecque et turque. Le texte de toute loi ou décision d'une Chambre de communauté sera le texte établi dans la langue de la Chambre de communauté en question. Chacun a, par ailleurs, le droit de s'adresser aux autorités dans l'une ou l'autre des deux langues officielles.

Quant aux jours de fêtes, les communautés grecque et turque ont le droit de célébrer les jours de fêtes nationales grecques et turques respectivement.

Le principe de personnalité régit en tout point l'exercice du pouvoir. C'est ainsi que les pouvoirs exécutifs exercés par le président de la République consistent notamment à nommer et révoquer les ministres grecs, alors que les pouvoirs exécutifs exercés par le vice-président de la République consistent notamment à nommer et révoquer les ministres turcs (art. 48 et 49). Le président de la République et le vice-président peuvent exercer le droit de gracier les condamnés à mort « appartenant à leur communauté respective ». Lorsque la victime et le condamné n'appartiennent pas à la même communauté, le droit de grâce doit être exercé par accord entre le président et le vice-président de la République. En cas de désaccord entre eux, la décision de clémence doit prévaloir (art. 53).

Les ministres restent en fonction s'ils sont grecs, tant qu'ils ne sont pas révoqués par le président de la République et, s'ils sont turcs, tant qu'ils ne sont pas révoqués par le vice-président de la République (art. 59). Un secrétariat commun du Conseil des ministres est dirigé par deux secrétaires, l'un appartenant à la communauté grecque, et l'autre à la communauté turque (art. 60). L'élection des députés se déroule en collèges séparés, à raison de 70 % de députés grecs et 30 % de députés turcs. Les membres de la communauté grecque ne peuvent être inscrits que sur la liste électorale grecque et les membres de la communauté turque que sur la liste électorale turque (art. 63).

Quant à la Chambre des représentants, elle ne peut être dissoute que sur sa propre décision adoptée à la majorité absolue comprenant un tiers au moins des députés élus par la communauté turque (art. 67). Le président de la Chambre des représentants sera grec et élu par les députés de la communauté grecque, et le vice-président sera turc et élu par les députés de la communauté turque. En cas d'absence temporaire du président ou du vice-président de la Chambre, leurs fonctions sont assumées par le doyen d'âge des députés de la communauté correspondante, à moins que les députés de ladite communauté n'en décident différemment (art. 72).

Le titre V de la Constitution concerne les Chambres de communauté. Les communautés grecque et turque élisent chacune parmi leurs membres une Chambre de communauté. Ces chambres sont habilitées, chacune pour leur communauté respective, à exercer le pouvoir législatif dans les questions religieuses, les questions d'éducation, de culture et d'enseignement, le statut personnel, la composition et les compétences des tribunaux appelés à connaître les litiges de droit civil portant sur le statut personnel ou les affaires religieuses et les affaires dans lesquelles les intérêts et les institutions sont communautaires. L'article 89 détermine enfin les compétences à caractère personnel des chambres communautaires. L'ensemble de la Constitution établit ainsi, et en tout point, un fédéralisme suivant le principe de personnalité³⁶.

7. Autriche, Pays-Bas, Malaisie, URSS, Inde

On peut sans doute étendre la recherche comparative à d'autres pays. En Autriche, les Lager remplissent la forme d'un fédéralisme non territorial. Slovènes, Croates et minorités hongroise, tchèque et slovaque ont leur statut juridique réglementé par une loi fédérale votée en 1976. C'est dans les affaires d'éducation et de communication que l'autonomie segmentaire en Autriche s'étend le plus³⁷. Quant aux Pays-Bas, « ils peuvent être décrits, selon Arend Lijphart, comme sociologiquement fédéraux³⁸ ».

En Malaisie, la convention de l'Alliance entraîna pour les segments un important degré de liberté dans la conduite de leurs affaires internes culturelles et sociales.

À un degré moindre, les minorités en URSS bénéficiaient d'un statut restreint d'autonomie suivant le principe de personnalité, sans que cette autonomie revête tous les caractères du fédéralisme.

Les musulmans de l'ex-URSS ont le droit de fonder des associations religieuses et de se réunir pour célébrer les cérémonies et accomplir les mariages religieux. Ces associations, qui jouissent de la personnalité civile, disposent gratuitement des lieux du culte, entretenus aux frais des fidèles. Le gouvernement autorise les associations religieuses à réunir les fidèles en assemblées, à publier des revues et à fonder des écoles pour la formation des serviteurs du culte.

La liaison avec le gouvernement était réalisée par le Conseil des cultes, auprès du Conseil des ministres de l'URSS, fondé en 1944. En novembre 1951,

36. *Constitution de la République de Chypre*, Paris, la Documentation française, *Notes et études documentaires*, n° 2.761 (17 mars 1961).

37. C.S. DOUIN, *Le fédéralisme autrichien*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », n° 56, 1977.

38. Lijphart, *Plural Societies*, *supra*, note 4, p. 99.

le Conseil des cultes a créé la « Direction supérieure des affaires musulmanes ». La première tâche de cette organisation était de convoquer un Congrès des Muftis à la direction des Affaires musulmanes.

Au Caucase du Nord, les premières mesures anti-islamiques n'ont été prises qu'en 1926 avec la suppression du *Narkomchari'yat*, l'attribution aux autorités civiles des affaires concernant l'état civil et le droit à l'enseignement coranique.

En dehors des Républiques Fédérées et Autonomes, il existe des groupes nationaux musulmans bien différenciés, mais qui sont soit trop intimement mêlés aux autres nationalités, soit numériquement faibles, soit encore manquant de cadres intellectuels nécessaires pour jouir d'une autonomie réelle.

Le problème culturel des nationalités en ex-URSS est essentiellement celui du compromis entre l'idéal internationaliste « conduisant à la fusion des cultures nationales en une seule culture commune » et la nécessité de ne pas trop brimer les identités culturelles subnationales. Les premières mesures anti-islamiques ont été prises en 1920 un peu avant et immédiatement après le X^e Congrès du Parti communiste. En 1928, avec le premier plan quinquennal et le raidissement des mouvements pan-turcs dans les républiques musulmanes, le conflit entre dans sa phase critique. Il s'apaise à la veille de la guerre. Durant la Seconde Guerre mondiale, l'attitude du gouvernement devient plus libérale : l'enseignement coranique est autorisé de nouveau et les associations religieuses reçoivent la personnalité civile, ce qui leur permet d'acquérir et de posséder des biens immobiliers³⁹.

Les mouvements revendicatifs minoritaires d'aujourd'hui dans le monde ne visent pas toujours à l'obtention d'une autonomie du type régional. Parmi les 45 revendications des minoritaires sikhs de l'Inde figure « la mise à l'étude d'une législation sur les mariages, successions et autres affaires de famille sikhs »⁴⁰.

8. Nigeria et Soudan

C'est en analysant la crise du fédéralisme territorial dans des pays pluraux, les controverses qu'il suscite et les impasses auxquelles il aboutit qu'on mesure l'intérêt de la distinction entre les deux principes de territorialité et de personnalité.

39. *L'islam en URSS après 1945*, Paris, la Documentation française, *Notes et études documentaires*, n° 1.812 (8 décembre 1953). Voir aussi *Aperçu sur le problème musulman en URSS*, Paris, la Documentation française, *Notes et études documentaires*, n° 1.031 (8 décembre 1948). M. LESAGE, *La crise du fédéralisme soviétique*, Paris, la Documentation française, *Notes et études documentaires*, n° 4905, 1990.

40. Dans *Le Monde*, 30 avril 1984.

Le fédéralisme territorial adopté au Nigeria a-t-il réduit les conflits ? L'expérience nigériane montre qu'un fédéralisme territorial dont les frontières géographiques ne coïncident pas avec les frontières ethniques et idéologiques ne contribue pas à résorber les divergences entre les segments d'une société plurale. Au Nigeria, en effet, les frontières fédérales, qu'on a modifiées à plusieurs reprises, ne suivent pas les frontières ethniques et les plus petits segments n'ont pas obtenu leurs provinces. Ben O. Nwabueze a écrit que « [l]e fédéralisme au Nigeria a échoué dans son objectif de bâtir des unités gouvernementales sur des groupes sociaux suffisamment homogènes pour qu'ils puissent gérer leurs affaires internes dans l'unité de l'ensemble⁴¹ ». Gisèle Kayata Eid parle de « fédéralisme éclaté » à propos du Nigeria et préconise un « fédéralisme fonctionnel »⁴².

Au Soudan, à l'occasion de l'application de la loi islamique, le président du Conseil du peuple soudanais, Izzeddine al-Sayyid, a déclaré le 13 juillet 1984 que les réformes constitutionnelles envisagées conformément à la *sharia* « ne porteront pas atteinte aux libertés et aux droits des non-musulmans ».

9. Du statut inférieur au statut égalitaire

L'histoire constitutionnelle ottomane offre le modèle et les variantes du principe de personnalité⁴³. Sans doute le statut des non-musulmans était inférieur ou discriminatoire, puisque les non-musulmans étaient considérés comme des *dhimma*. La *dhimma* est la convention en vertu de laquelle les

41. B.O. NWABUEZE, *Constitutionalism in the Emergent States*, Londres, Hurst, 1973, tel que cité dans Lijphart, *Plural Societies*, p. 163.

42. G. KAYATA EID, *Pluralisme au Liban et au Nigeria. Essai de sociologie politique comparative*, mémoire DEA en science politique, dir. A. MESSARRA, Université Saint-Joseph, Beyrouth, 1983 [non publiée]. R.T. SUBERU, *Federalism and Ethnic Conflict in Nigeria*, Washington, United States Institute of Peace 2001.

43. Voir notamment le Rescrit impérial de 1836 : « Tous les procès commerciaux et criminels entre sujets musulmans et non musulmans, aussi bien qu'entre non-musulmans et rites différents, seront déférés à des tribunaux mixtes. Les audiences de ces tribunaux seront publiques, les parties seront mises en présence et les témoins qu'elles amèneront confirmeront leur déposition par un serment prêté selon leur coutume et rite religieux. Les procès civils continueront d'être jugés publiquement d'après la loi et les règlements par devant les medjlis mixtes de province, en présence du gouverneur et du juge cheriyé du lieu. Les procès civils spéciaux, comme ceux de succession ou autres de ce genre, entre les ressortissants d'une même communauté chrétienne ou autre non musulmane, peuvent, à leur demande, être renvoyés par devant les medjlis des patriarches ou chefs spirituels. Les lois pénales et commerciales et les règles de procédure à appliquer devant les tribunaux mixtes seront le plus tôt possible complétées, fixées et coordonnées ; il en sera publié des traductions dans toutes les langues en usage dans l'Empire ottoman. » Les tribunaux civils et correctionnels en province étaient composés du juge du *sharia* (*nâ'ib*) comme président et d'assesseurs, par moitié musulmans et non musulmans. Les tribunaux civils et correctionnels à Constantinople étaient présidés, sous le contrôle du ministre de la police, par des employés supérieurs de la préfecture de police et avaient des membres en partie musulmans et en partie non musulmans (HEIDBORN, *supra*, note 13, p. 222-223).

non-musulmans résidant sur des territoires conquis par les musulmans obtiennent de ces derniers la reconnaissance de certains droits publics et privés. D'après les grands dictionnaires arabes, le mot *dhimma* est synonyme de foi, pacte, contrat, garantie⁴⁴.

Le statut, bien qu'inférieur, est cependant autonome dans certains domaines. Par rapport à l'assimilation forcée ou à l'exclusion, l'autonomie segmentaire consentie aux communautés dans les matières culturelles et du statut personnel a sauvegardé les identités culturelles. Cette autonomie, si elle n'incluait pas toujours la participation au pouvoir à *égalité* avec les musulmans, ne mérite pas pour autant d'être considérée comme rétrograde. Le statut d'autonomie suivant le principe de personnalité a d'ailleurs souvent débordé, comme on l'a vu, le statut personnel *stricto sensu*, pour inclure la participation à des organes juridictionnels et représentatifs. Ce même régime d'autonomie a été maintenu, après la chute de l'Empire ottoman, par les autorités mandataires en consacrant la participation au pouvoir des communautés suivant un quota préétabli.

Depuis les années 1950, les autorités de plusieurs pays du Proche-Orient ont supprimé le droit consenti aux communautés d'avoir leurs écoles, soit en nationalisant l'enseignement, soit en le contrôlant directement, sans que cela aboutisse à une plus grande intégration culturelle des groupes minoritaires. La représentation proportionnelle des communautés dans les assemblées politiques a également été progressivement supprimée. Quant au statut personnel, il n'est pas placé sur un pied d'égalité avec le droit musulman. Ce droit, qui s'incorpore au système juridique de l'État, « bénéficie d'une suprématie par rapport aux droits des communautés non musulmanes et s'applique d'emblée lorsqu'il se trouve en conflit avec ces derniers »⁴⁵.

Tel n'est pas le cas au Liban où aucun droit communautaire ne jouit d'une suprématie par rapport à l'autre, ce qui a d'ailleurs favorisé au Liban le recul de la fraude à la loi en matière de statut personnel. Pierre Gannagé écrit que « les divers statuts personnels en vigueur (au Liban) sont placés à pied d'égalité et chacun d'eux ne peut, en raison de sa nature, constituer un système de référence exclusif pour l'analyse des prétentions des plaideurs, dans les litiges de caractère international »⁴⁶.

44. Voir FATTAL, *supra*, note 12, p. 72-73.

45. P. GANNAGÉ, « Droit intercommunautaire et droit privé (À propos de l'évolution du droit libanais face aux droits proche-orientaux) », (1983) 110:3 *J.D.I.* 479. *Id.*, *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires* (Droit libanais et droits proche-orientaux), Bruxelles, Bruylant et Beyrouth, Presses de l'Université Saint-Joseph, 2001 ; P. RONDOT, *Les communautés dans l'État libanais*, Paris, Cahiers de l'Association France nouveau Liban, n° 4, 1979.

46. *Ibid.*, p. 498. Voir aussi *Anthimat al-Ahwāl al-shakhsiyya* (Les régimes du statut personnel), Beyrouth, Middle East Council of Churches, 1990. G. ASSAF, « Système communautariste et déconffessionnalisation : la problématique de la mutation de système politique libanais », (1999) 64 *Travaux et Jours* 43.

La solution égalitaire tant en matière de statut personnel (art. 9 de la Constitution), d'enseignement (art. 10) et surtout de participation au pouvoir (art. 95) peut être qualifiée de *pleinement fédérale* suivant le principe de personnalité. Le système libanais a aussi trouvé en principe le moyen de pratiquer un fédéralisme personnel ouvert en prévoyant, par l'arrêté 60 LR du 13 mars 1936, la création d'une communauté de droit commun, dont la législation ottomane ignorait l'existence. Ceux qui n'appartiennent à aucune communauté, ou qui désirent abandonner leur communauté de naissance, pourraient adhérer à la *communauté non communautaire* ou de droit commun. L'article 14 définit ainsi cette communauté : « Les communautés de droit commun organisent et administrent leurs affaires dans les limites de la législation civile. » Aucun texte organique n'a cependant été publié pour l'organisation de cette communauté civile.

10. Fédéralisme personnel et islam

Le caractère fédéral personnel du système politique libanais tant aux niveaux culturel que politique permet de se poser cette question : le fédéralisme personnel est-il compatible avec l'islam ? L'aliénation culturelle du monde arabe est telle que les traditions constitutionnelles les plus ancrées et les pratiques autochtones les plus confirmées sont considérées comme « étrangères ». Le droit du Proche-Orient a comblé ses lacunes les plus apparentes par des lois empruntées à la législation occidentale, sans se soucier de la complète disparité créée par la réunion d'éléments aussi hétérogènes, ni des ruptures avec des traditions séculaires qui avaient favorisé l'intégration progressive de toutes les sous-cultures nationales.

Le droit ottoman a fait de copieux emprunts au droit occidental après le Rescrit impérial de Gulkané en 1939 qui modifia la justice générale, mais sans toucher à la juridiction personnelle non musulmane et consulaire. La Constitution ottomane du 24 décembre 1876 a emprunté au droit occidental les notions de loi et de règlement administratif. Par loi, elle entend toute prescription générale et obligatoire votée par les majorités des deux chambres et sanctionnée par le Sultan. Par règlement administratif, elle entend les dispositions secondaires et complémentaires, nécessitées dans des cas nombreux pour assurer l'exécution de la loi et édictées, sans le concours des chambres, par le pouvoir exécutif. Le principe de la « généralité » de la loi n'a pas tardé à revêtir une signification jacobine. Or la loi n'est pas générale au sens qu'elle s'applique obligatoirement à *tous les citoyens sans distinction, mais à tous les citoyens dans tous les cas prévus par elle*. Comme l'impôt sur le revenu ne s'applique qu'à ceux qui justifient d'un revenu, ce serait une suprême injustice que de soumettre tous les citoyens, dans des « matières personnalisables » suivant la terminologie belge, à une seule et unique loi qui, le plus souvent dans les sociétés plurales, est la loi du groupe dominant. La « généralité de la loi » au sens jacobin dans une société plurale équivaut à l'application de la loi

du plus fort au détriment des groupes minoritaires dont toute revendication à la spécificité est qualifiée d'atteinte au principe de la « généralité de la loi ». Le fédéralisme implique, par essence, une « superposition d'ordres juridiques [...] principal critère du fédéralisme », chaque citoyen ayant en quelque sorte une double citoyenneté⁴⁷.

Cette conception jacobine de la loi est en contradiction avec le droit musulman, qui est par essence un droit personnel. Émile Tyan relève le « caractère personnel et non territorial du droit musulman⁴⁸ ». On peut, en partant de cette caractéristique du droit musulman, distinguer trois sortes de juridictions dans l'Empire ottoman : la *juridiction territoriale* qui statue sur les différends entre Ottomans, soit entre eux, soit avec l'État, soit avec les étrangers ; la *juridiction consulaire* qui, en vertu des Capitulations et traités conclus entre la Porte et les Puissances, tranche les litiges des étrangers entre eux ; et la *juridiction communautaire* qui régit les affaires communautaires.

11. L'impasse territorialité/personnalité au Proche-Orient

Il n'y a pas de tradition de fédéralisme territorial au Proche-Orient, y compris à Chypre. La raison est sans doute que la coexistence religieuse dans la région, berceau des trois grandes religions, le judaïsme, le christianisme et l'islam, a toujours connu des aménagements sur une base culturelle et que les minorités religieuses étaient en interaction étroite au point que les conflits communautaires et les ingérences extérieures n'ont jamais réussi à briser le tissu relationnel par-delà les clivages religieux.

La création de l'État d'Israël, sur une base religieuse et en transformant le judaïsme religieux en nationalisme sioniste, introduit une division géographique et un « *people engineering* » qui, par maints aspects, crée une impasse au sein même de l'État d'Israël et dans ses rapports avec son voisinage immédiat, en Palestine occupée, et son voisinage islamo-chrétien environnant. La guerre du Liban, de 1975 à 1990, a ressuscité des projets et velléités de territorialisation communautaire du Liban. La guerre annoncée contre l'Irak ressuscite aussi des appréhensions d'une balkanisation régionale.

Avec la délimitation des États modernes au Proche-Orient, les Kurdes, qui étaient répartis jusqu'au début du XX^e siècle entre deux empires, se retrouvèrent dispersés principalement entre trois États, soit la Turquie, l'Irak et l'Iran, avec une petite minorité en Syrie et quelques éléments en Transcaucasie soviétique. Le nationalisme kurde s'est développé face au patriotisme exacerbé de la Turquie jacobine d'Atatürk, à l'idéologie conquérante de la « Grande

47. P. PACTET, *Institutions politiques : Droit constitutionnel*, 19^e éd., Paris, Colin, 2000, p. 51.

48. É. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, 2^e éd., Leiden, E.J. Brill, 1960, p. 93.

Nation arabe » et à la monarchie centralisatrice du chah d'Iran. Chaque fois qu'ils se révoltèrent pour obtenir leurs droits nationaux, leurs gouvernements répondirent par une répression sévère. Le cas des Kurdes de l'ex-URSS est à mettre à part. Ils n'avaient pas de problèmes spécifiques, malgré la politique stalinienne de dispersion des Kurdes (1933-1944), et leur langue était méconnue comme l'une des langues nationales de l'Union. Aujourd'hui, ils revendiquent le droit de fonder un État kurde en Azerbaïdjan sur le territoire de l'ancien « Kurdistan rouge » (1923-1929)⁴⁹.

La question kurde, quoi qu'il advienne en Irak, exigera une nouvelle approche des notions de droits et de cohabitation dans un contexte fédéral. Le monde arabe considère avec appréhension les événements qui pourraient se produire en Irak, surtout dans le contexte d'une attaque américaine, ceux-ci pouvant conduire à une décomposition définitive de l'entité irakienne. Parmi ces craintes, dont se font souvent l'écho les chefs d'État arabes, figure le scénario favorisant le séparatisme kurde et débouchant sur la désintégration de l'Irak. Les Kurdes d'Irak, en vertu de l'accord d'autonomie (Communiqué du 11 mars 1970 et loi d'autonomie du 11 mars 1974), ont réalisé un développement notable qui s'est traduit par des progrès spectaculaires dans le domaine de l'enseignement et de l'emploi, ainsi que dans la capacité à gérer leur autonomie. La partie autonome du Kurdistan d'Irak est ainsi regardée comme un modèle d'une région soumise à des sanctions, tout comme l'Irak, à la différence que les Kurdes, eux, ont réussi à améliorer leur niveau de vie et à gérer leurs affaires malgré cet embargo.

Le regain d'intérêt pour les Kurdes illustre le caractère incontournable de ces derniers dans toute solution à la question irakienne. Les Kurdes seront la clé de la stabilité de l'Irak de demain, mais très probablement encore les victimes de manipulations étrangères – territoriales et « personnelles » – en dépit de la justice de leurs revendications⁵⁰.

CONCLUSION

Il faudrait *rethéoriser et humaniser* le fédéralisme, en revenant à sa philosophie, à une sorte d'*Esprit des lois* du fédéralisme qui est autonomie, délégation de pouvoir, respect de la diversité culturelle, etc. Mais il faudrait aussi moderniser et démocratiser les systèmes de fédéralisme personnel actuellement existants, qui ne sont pas idéaux.

49. C. MORE, *Encyclopedia Universalis*, vol. 13, 1998, p. 379.

50. Voir C. NAZIM al-GHABRA, *Courrier international*, n° 613, 1^{er} août 2002. Voir aussi le Centre Europe-Tiers Monde (CETIM) : en ligne <CETIM.org> et <www.krg.org> ; A. SINCAR, « La question Kurde en Turquie », (2000) 69 *Géopolitique* 56-59 ; S. BAASIRI, *Akrâd al-Irâq : Lahthat itifâq ma' Bagdâd* (Les Kurdes d'Irak : le moment d'un accord avec Bagdad), *an-Nahar*, 27 octobre et 13 novembre 2002.

Il faudrait d'abord rendre le fédéralisme personnel *égalitaire*. Il était relativement égalitaire du temps des Ottomans. Il est *égalitaire* au Liban, c'est-à-dire en cas de conflit entre deux statuts personnels, aucun statut ne dominant l'autre. Dans d'autres pays arabes, en cas de conflit de lois de statut personnel, c'est la loi musulmane qui s'applique. On relève des protestations en Égypte et ailleurs pour que les statuts personnels soient réellement égalitaires.

Il faudrait aussi moderniser le fédéralisme personnel en le rendant *ouvert*. En fait, le régime libanais, par un arrêté de 1936, du temps du mandat français, prévoyait la création d'une communauté de droit commun. Cela existait aussi en ex-Yougoslavie et à Chypre, ce qui implique la possibilité de ne pas être membre d'une communauté. Il y a un grand débat au Liban pour la création d'un statut civil facultatif.

C'est un grand problème que de démocratiser et moderniser les régimes de statut personnel. C'est aussi un grand problème que de rendre plus opérationnel et moderne le fédéralisme territorial.

À l'ère de la prolifération des guerres internes, il faudra développer les recherches sur les différents types d'autonomie respectueux des droits des minorités, principalement en Afrique, en Extrême-Orient et au Proche-Orient⁵¹. Déjà, la représentation des minorités par le découpage électoral (donc à base géographique) pose d'épineux problèmes⁵².

51. Voir notamment P. RICHARD, « Le cadre sur la protection des minorités linguistiques historiques en Italie : entre sincérité et opportunité », (2001) 45 *Revue française de droit constitutionnel* 55 ; B. KNAPP, « La révision de la Constitution fédérale suisse », (2000) 42 *Revue française de droit constitutionnel* 405 ; F. DELPÉRÉE, « Belgique : La nouvelle vague fédéraliste », (2001) 48 *Revue française de droit constitutionnel* 675 ; J.-Y. FABERON, « Le projet de révision constitutionnelle relatif à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie adopté par les assemblées parlementaires en 1999 », (2001) 46 *Revue française de droit constitutionnel* 381 ; A.L. GRIFFITHS (dir.) et K. NERENBERG (coord.), *Guide des pays fédérés 2002*, Forum des fédérations, McGill-Queens' University Press, 2002 ; A. MESSARRA, « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé. Théorie générale et conséquences en matière de décentralisation », dans T. FLEINER-GERSTER et S. HUTTER, *supra*, note 31, p. 447-480. Voir également les Publications de l'Institut du fédéralisme, Fribourg (Suisse) : en ligne <<http://federalism.ch>>, dont L.R. BASTA et T. FLEINER (dir.), *Federalism et Multiethnic States: The Case of Switzerland*, vol. 16 (1996). L.R. BASTA et J. IBRAHIM (dir.), *Federalism and Decentralization in Africa: The Multicultural Challenge*, vol. 24 (1999) ; H. BHATTACHARYYA, *India as a Multicultural Federation: Asian Values, Democracy and Decentralization* (in comparison with Swiss federalism), vol. 32 (2001) ; P. BLAIR, *The Protection of Regional or Minority Languages in Europe*, coll. « Euro Régions » vol. 5 (1994) ; P. KUMAR MALIK, *Federalism: Multicultural and Multiethnic Challenge: Democracy and Inter-communal Tensions in India*, coll. « Travaux de recherche », n° 2 (1998) ; J. NIYUNGEKO, *Le fédéralisme : Le défi multiethnique et multiculturel : Le cas du Burundi*, n° 9 (1998) et même titre de S. NKESHIMANA, n° 15 (2000) ; R. CSEPELI, *La Hongrie face au défi multiethnique et multiculturel*, n° 21 (2001).

52. C. POUZOULET, « Représenter les minorités par le découpage électoral : L'exemple de la nouvelle charte de New York », (1993) 6 *Revue française de science politique* 613. Nous

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

Une approche exclusivement territoriale du fédéralisme n'est pas innocente, car elle propage une culture d'épuration ethnique, de génocide, de transfert de populations ou, dans le moins pire des cas, d'intégration forcée.

remercions M. Stéphane Volle, étudiant de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, stagiaire à la Fondation libanaise pour la paix civile permanente, pour sa contribution documentaire couvrant les années 2000-2002.

Chapter 7

Kaleidoscopic Federalism

Roderick A. MACDONALD*

Abstract

The idea of federalism, just like the idea of the unitary nation-state, is a metaphor for imagining the manner in which citizens conceive who they are and how they organise the relationships through which they pursue their purposes and ambitions in concert with others across the entire range of human interaction.

Most scholars would find this to be a surprising way to characterise federalism. For them, federalism presumes the political state. They do not consider the federal aspects of the family, the neighbourhood or the workplace. Moreover, they see federalism only in rational structures of institutional decision-making, and canonical texts meant to attribute constitutional virtue. Finally, their conception of federalism presumes a fixed, monistic arrangement of normative institutions and normative forms.

Résumé

L'idée du fédéralisme, comme celle d'un État national unitaire, est une métaphore pour conceptualiser la façon dont les citoyens se définissent eux-mêmes et organisent les relations par lesquelles ils tentent de réaliser leurs buts et ambitions de concert avec les autres à travers la très vaste gamme des relations humaines.

La plupart des intellectuels seraient surpris de lire cette façon de conceptualiser le fédéralisme. Ils ne considèrent pas les aspects fédéraux de la famille, du voisinage ou du milieu de travail. Plus encore, ils conçoivent le fédéralisme seulement à travers des structures rationnelles de prises de décisions institutionnelles, et les textes fondamentaux comme étant destinés à lui prêter une nature constitutionnelle. Finalement, leur conception du fédéralisme suppose un arrangement fixe et moniste des institutions et des formes normatives.

* F.R. Scott Professor of Constitutional and Public Law, McGill University.

In revising this essay I have sought neither to modify the discursive style of the speech as delivered nor to burden the text with exhaustive footnotes to the obvious and self-indulgent citations to my own papers. Key thematic references are listed in a brief bibliographic essay attached as an Appendix. I should like to thank Harry Arthurs, Richard Janda, Nicholas Kasirer and Desmond Manderson for their comments on earlier drafts. None, obviously, bears any responsibility for my failure to attend to his counsel.

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

To see federalism only as the allocative output of a document called a constitution is to forget that federalism comprises both implicit and explicit texts and practices. These are constantly being churned by everyday interaction in multiple social settings.

A kaleidoscopic federalism, as the idea is argued in this paper, acknowledges these several dimensions and these shifting distributions of authority. It is fundamentally a federalism of aspiration, of virtue, that keeps contingent the interplay of agency and structure in the self-construction of citizens.

Concevoir le fédéralisme uniquement comme le produit d'un document appelé une constitution revient à oublier que le fédéralisme comprend à la fois des textes et des pratiques implicites et explicites. Ces textes et pratiques changent constamment puisque influencés par les interactions quotidiennes des multiples constructions sociales.

Ce texte développe l'idée d'un fédéralisme kaléidoscopique, qui reconnaît ces multiples dimensions et ces distributions changeantes de l'autorité. Ceci est fondamental pour un fédéralisme d'aspiration, de vertu, qui permet de conserver la cohérence des interactions des organismes et des structures dans la construction de l'identité des citoyens.

INTRODUCTION: THE FACES OF FEDERALISM

My adolescent children are sophisticated political actors. Their quotidian politics are just as rich, as complex, and as emotionally engaged as the public politics of the state. In fact, their everyday lives are surely richer, more complex and more emotionally engaged than the public lives they are consigned eventually to lead as Canadian citizens.

Already my children know and puzzle about power, legitimacy, due process, separation of powers, and third-party decision-making. Already they are experienced in negotiating around the federal complexities of divided sovereignty and overlapping jurisdictional attributions. Let me briefly suggest several sources and sites of their expertise.

- Behind the simple expressions “mum” and “dad” there flourish socially constructed roles and relationships of affect, authority and ambition both more intense and more nuanced in their demands than appeals to patriotism.
- Apparently natural biological links evoked through words like “aunt” and “uncle” belie strong commitments about inclusion in and exclusion from the moral community which overpower such formal group attachments as political citizenship.
- In watching the bonds of differentiated and fine-grained love that surround the new-born child of a cousin, they locate themselves as the carriers of manifold identities that constantly shift, realign, and re-order in response to aspiration and accomplishment.

KALEIDOSCOPIC FEDERALISM

- The gifts, bribes and other inducements flowing from grandparents that often (sometimes intentionally, but usually inadvertently) undermine the reciprocity of a weekly “allowance” resonate with the logic of the spending power.
- Tacit and sometimes not so tacit conspiracies between siblings, often sealed with the unstated threat of “snitching,” galvanize allegiances within and over against the whole family in a manner that tracks the shenanigans of everyday federal-provincial policy negotiations.
- Awakening to the wilfulness of behaviour and the ambiguities and bivalence of agency—an agent also being one who is capable of suffering—as shaped by adolescent discovery of girlfriend or boyfriend poses the identity question: “Who am I?”
- “Wait till your father gets home” or “you better check that out with your mother” are mere hints at structures of decision-making that make the law of American federal courts and federal jurisdiction seem monochromatic.

Commitment, membership, exclusion, identity, agency, taxing, spending, administering, and decision-making are the life-blood of all relationships—and all human relationships are intensely political.

Law, whether the static law of the modern state or the dynamic law of everyday life, mediates both the politics and all the relationships themselves. Law, especially when conceived as constitutional law, provides enfranchising institutions, processes, and regimes to facilitate agency, to stabilise interaction with others, and to allocate human choice in pursuing individual and collective purposes. In this light, federalism is but one way of apprehending, organising, and construing these constitutive capabilities of the legal enterprise. Federalism is centrally about the deduction, division, and allocation of power, about multiple and competing sources of authority, and about the complex and overlapping identities of agents.

In this paper, I consider various dimensions of contemporary federalism—its motifs, its ambitions, its sites, and its modes. A key objective is to move towards an understanding of federalism that is not grounded in republican legal theory. My foundational thesis is that federalism is the normal condition of human interaction, and it always has been. The so-called unitary state of post-enlightenment legal theory is aberrant as an expression of human affect and affiliation. Abandon the fixation with territorial nation-states and new vistas of federal experience and practice appear. The expression “kaleidoscopic federalism” is meant to signal, by conjuring ever-changing colours, shapes and patterns fixed within a constructed order, the scope and scale of these vistas.

A. PLURAL MOTIFS: RECONSTITUTIVE (OR DIALOGIC) FEDERALISM

The justifications for federalism as a constitutional form are well-worked over in Euro-American legal theory. I need not repeat them here. Yet I would note that by focusing on federalism as it emerged in reaction to the national state-building project of the eighteenth and nineteenth centuries, theorists do a disservice to the earlier federal endeavours of Mesopotamia, China, Rome, the Aztec and Inca Empires, and the Iroquois confederacy, among others.

Moreover, this focus deflects attention from other domains of federal experience. For example, I take as given that the antecedents of modern federalism theory can be located in the founding myths of Western religions. Who would deny that Egyptian, Greek, and Roman polytheism is federalized theology? Some Gods have dominion over particular domains of human experience; others are ascribed a different jurisdiction. So too with monotheistic religions. Can we not see a federal intuition in the central Judaic distinction between the Talmud and the Torah? Or in the Christian doctrine of the “Holy Trinity”?

These other sites and modes of federal experience are explored later in this paper. For the moment, I simply want to use the standard politico-constitutional account of federalism to review the two main orienting motifs driving federalism projects. Conventionally, it is said that regardless of the socio-political rationales for creating a federal state, the structural outcome has to be either unifying (aggregating, integrative) or disunifying (disaggregating, devolutionary). I disagree. All federalisms emerge from both centripetal and centrifugal tendencies. In brief, all federal projects are reconstitutive and continuously reconstituting.

Consider first unifying federal projects. The United States of America is generally thought to be the archetypal contemporary federal state of this character. In the mythology of American exceptionalism, the federal constitution resulted from a compact among several previously separate constituent units—*e pluribus unum*. A like goal of unification has sustained other federal endeavours like, for example, the Australian commonwealth.

But in both these instances a disunifying motif was also present. In the case of the United States, this disunification had both explicit and implicit dimensions. First, the fact that large regions of British North America (notably, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, Newfoundland, and Prince Rupert’s Land) were excluded recalls that prior to unification there was militarily contested separation from the Imperial mother country. Hence, the commonplace that the secessionist movement in the thirteen colonies (popularly, though inaccurately, known as the American Revolution) actually created two states—

KALEIDOSCOPIIC FEDERALISM

the United States and after a nine decade gestation, Canada. Similarly, in the Australian case, one might note that the federal idea was preceded by a claim for colonial devolution, and initially embraced an Australasian political project that also included New Zealand and Fiji.

Second, for every explicit set of political institutions being created, a number of implicit political institutions are being overthrown or attenuated. In the United States, the new federal state ultimately destroyed the emerging federalism of the slaveholding states. While a plethora of constitutional arrangements acknowledged the sectional nature of the new union, it took a civil war to remind everyone that an explicit federation usually winds up delegitimizing all manner of implicit or emerging confederacies. Those who imagine unifying federal projects as involving only official institutions would do well to ask, in each case, what implicit federations are being destroyed or disabled.

The occasions for successful disunifying federalism are fewer, in large measure because of the socio-political origins of devolutionary movements. Because disunifying federalism is frequently tied to ethnocultural claims of “blood and belonging,” it is difficult to arrest the fractionating impulse once it has begun. Each newly created subnational unit tends to push for its ultimate political independence rather than embrace federal interdependence.

The break-up of the Austro-Hungarian and Ottoman Empires after World War I, and of the former USSR and Yugoslavia more recently, are instructive. It remains an open question whether devolution in the United Kingdom, and the readjustments meant to homogenize cultural-linguistic politics in Belgium will follow the same route. Those in Canada who argue for Quebec independence on the basis of the province’s natural evolution (and concomitantly those who speak of the partition of Quebec should it secede from Canada) are doing no more than pursuing the logic of disaggregating federalism as it has been experienced elsewhere.

Still, disunifying federalism invariably has a unifying counter-current. The re-configured Commonwealth of Independent States as a reaction to the collapse of the Comintern, and the move to greater political integration in Europe concomitantly with separatist movements in, for example, France, Spain, and Italy, as well as devolution in the U.K. suggest that large-scale explicitly unifying (or recombinant) federalism is frequently a corollary of disunification or threatened disunification of smaller political units. Some argue that the North American Free Trade Agreement is simply another instance of this type of recombinant federalism.

Moreover, political disunification can often lead to a discovery (or rediscovery) of implicit confederacies. In what ways do informal affiliations among Slovenia, Croatia, Hungary, and the Czech Republic implicitly recreate the

Austro-Hungarian Empire to the exclusion of their erstwhile political partners —Serbia, Bosnia, Montenegro, and Slovakia? Can one find similar, but contrasting, linkages in the Visgae group of Poland, Hungary, Slovakia, and the Czech Republic? Were Canada to fracture, one could well imagine the emergence or reinforcement of implicit confederacies among British Columbia and Washington, Alberta and Texas, and the Maritime provinces and New England states. Again, those who imagine disunifying federal projects as exclusively the product of official institutions would do well ask what implicit federations are being simultaneously generated or enhanced.

If both unifying and disunifying motifs are present in all federal projects, then federalism must be conceived as a reconstitutive or dialogic political project. The Canadian federation is an object lesson. In Canada, the dominant motif for confederation has usually been cast as unifying or nation-building. Certainly the endeavour aimed at creating a single British North American state in counterpoint to the American republic. But however much nation-building was a goal in view, the initial project is also an example of an explicitly disunifying federalism.

Like federalism in the United States and Australia, this unifying federalism in Canada also had its exclusionary features: none of Newfoundland, Prince Edward Island, British Columbia, Prince Rupert's Land, and the Selkirk settlement was included in the Act of 1867. Again, as in the United States, there were several forms of disunification consequent upon the new federal arrangement. Recall that the Charlottetown Conference was called solely to discuss Maritime Union. What happened to that project in the interval between Charlottetown and Quebec in 1864? After 1867 the vestige of Maritime Union explicitly survived only in the regional rather than provincial basis of Senate apportionment. Perhaps the declining economic clout of the Maritimes, the blandishments of the Colonial Office and the cross-cutting centrifugal tendencies of language, religion and economics prevented a maritime sectionalism from sprouting into an ongoing separatist movement.

The further dimension to disunifying federalism in Canada found expression in the *Constitution Act, 1867* itself. Confederation explicitly embraced the apparently final dissolution of the "old province of Quebec," so labelled after the "Quebec Act" in 1774 to continue the formal Royal colony of New France (although the recurring coalition between Quebec and Ontario premiers throughout the twentieth century might suggest a continuing informal counter-current). Once previously, separatism (in the instance, the movement of English-speaking immigrants that led to the creation of Ontario) had destroyed the unity of the "old province of Quebec" and had produced a quasi-executive federalism in the person of the Governor of Canada (but not a federal legislative body) between 1791 and 1841. The Canada reconstituted by the *Act of Union* in 1841, with a unitary legislative, but dual administrative and

judicial structures, was a half-hearted attempt to recover the political unity of pre-1791 Quebec. After 1867, duality permeated all governance functions. The present disjuncture between compact theories of Confederation prevalent in Quebec and nation-building mythologies dominant elsewhere attests to the inherent bivalence, and ambivalence, of Canadian federalism—at once unifying and disunifying.

* * *

To summarize, regardless of whether an aggregating or a disaggregating motif predominates in constitutional mythology, all federal projects are, at several levels, reconstitutive. Be the social, economic and political impulses driving a federal project integrative or devolutionary, for every explicit set of political institutions being established, there are a like number of explicit political institutions being destroyed or disabled. More than this, in every case an explicit federal project not only leads to the creation of new political institutions, it spawns several new implicit political institutions that carry the traits of these newly created federal units. Finally, just as new implicit political institutions are being generated or enhanced, so too multiple implicit political institutions are being destroyed or attenuated. Today, those who inquire into the constitutional meaning of international treaties such as those establishing the NAFTA or the International Criminal Court, international institutions like the WTO, the ILO and the WHO, and international organizations such as the Red Cross/Red Crescent, Doctors Without Borders and the ILA, and who see only the external, institutional manifestations of globalisation would do well to reflect on the necessarily reconstitutive character of all federal projects.

B. PLURAL AMBITIONS: MAPPING FEDERALISM IN SOCIETY

Federalism has typically been conceived as a structure of governance that has no essential substantive content. Its ambitions, consequently, are readily admitted to be both multiple and discordant. Social, economic, political, ethnocultural, linguistic and religious matters all appear, either individually or in combination, as organizing aspirations. For this reason, structural arguments about the character of the state being created (the scope, scale, and intensity of the federation) are not free-standing. They are intimately bound up with, and are sometimes not too subtle surrogates for, substantive arguments about the central or primary locations of human affect and belonging across a wide range of relational experience.

Hamilton and Madison in the United States, just like Galt and Brown (or Cartier and Taché) in Canada, each understood the project in which he was engaged quite differently. For the former in the pairings, a federal state was essentially an economic enterprise; for the latter it was a political and sociocultural self-defence pact. For the former, the central government was cre-

ated to arrogate and exercise authority in the pursuit of a whig agenda; for the latter, the central government was to be feared and its authority limited or diffused. Yet all saw federalism as a mechanism to layer political power: sometimes for reasons of economic sectionalism (as J.C. Calhoun would later argue in the nullification debates, and Joseph Howe would proclaim in the attempt to withdraw Nova Scotia from Canada); and sometimes to recognize and preserve ethnocultural locality (as Jefferson Davis and other Confederate apostles of disunion would claim, and as Christopher Dunkin and D'Arcy McGee would claim about the lived experience of linguistic and religious diversity in Quebec).

Closely considering these political, economic, sociocultural and psychological factors reveals a fundamental question that is begged in most federalism theory: within a given federation, why should jurisdictional fault-lines always be drawn in exactly the same place? This begged question became increasingly important as the twentieth century unfolded, principally because of the appetite of the state after World War II to claim authority over broader domains of human action. In so doing, the state purported to dismantle or disenfranchise other associations and institutions through which human beings build relationships with each other. The twin impulses of Jacobin political ideology pursuing Rousseau's general will and Marx's historical determinism provided a justification for the all-embracing or totalising state. Non-state institutions of collective action, often organized on multiple federal principles, came to be recast as state agencies whose jurisdictional competence was set by the political constitution.

In noting the expansive role of the contemporary state, I am not lamenting the era of small-government. Rather I mean to question whether eighteenth and nineteenth century federal configurations of political authority, grounded in an ideology of small-government, are still adequate to twenty-first century big-government purposes. One might usefully begin by considering how the social, economic, ethnocultural, and religious dimensions of everyday life were managed by non-state institutions—habitually acting through their own federalized processes and structures.

With few exceptions relating mostly to primary schooling, in most provinces at Confederation, social and educational services were organised and administered by religious or charitable institutions. Activities involved not just orphanages, asylums, homes for wayward youth and unwed mothers, but also soup kitchens, thrift stores, and hostels. Moreover, immigration societies, temperance unions, the Royal Institution for the Advancement of Learning, mechanics institutes, sailors' rests, the YMCA, and fraternal associations played a central role in community building. Invariably, their managerial structure followed a federal model, but the individual patterns of jurisdictional attribution did not necessarily track provincial (or other political) fault-lines.

KALEIDOSCOPIC FEDERALISM

Most often the federal organization was subprovincial, but sometimes it was regional, and occasionally intercolonial. Even hierarchically-organized institutions, such as the Roman Catholic Church, were obliged to federalize the distribution of ecclesiastical authority along ethnic and linguistic lines.

As the provinces began to allocate funding to these institutions and endeavours, they came to demand province-bounded organizational structures and to require that programmes and activities be limited to fields falling within provincial legislative jurisdiction. The Boy Scouts organisation, the Victorian Order of Nurses, the Red Cross, and immigrant aid societies can be cited in evidence. In other words, the assault on the multiple and heterogeneous federalisms of non-state agencies commenced long before the central government in Canada actually came directly to assert a social welfare agenda in the 1940s and began to engage in jurisdiction squabbles with the provinces.

A similar story may be told about economic institutions. In 1867, few business corporations traded predominantly on a provincial level. Economic activity was either local, or it was national (even Imperial). Thus, even though the Montreal business elite, as abetted by foreign railway and financial interests, succeeded in having most commercial matters—trade and commerce, weights and measures, banks and banking, bills of exchange, interest, and so on—allocated to the federal government, most national enterprises were either somewhat less than (or greater than) national in scope and scale.

The economic “logic” of a federalized Canada only began to emerge with the legislative and infrastructure projects of Macdonald’s first National Policy. As entrepreneurs found in provincial governments willing collaborators in their rent-seeking behaviour—through subsidies, government contracts, favourable taxation, and transportation policies—their corporate organization frequently came to reflect the same territorial boundaries as the political state. During the early twentieth century, when the state became increasingly concerned with labour markets—unions, workers compensation, labour standards, etc.—the reconfiguration of business enterprises along lines that tracked political structures was accelerated.

Consider finally questions of language and religion. In theory, the *Constitution Act, 1867* consigned Acadians, franco-Ontarians, and francophones in Rupert’s Land to the ash-can of history. Thanks to Louis Riel, the third of these managed to achieve some formal constitutional protection in the *Manitoba Act* of 1870. Not so for franco-Ontarians and Acadians—the latter of whom had to wait until almost a century later before achieving constitutional recognition in New Brunswick. Throughout the twentieth century, informal ethnic and cultural associations and organizations structured not on

provincial, but on regional lines, flourished. Moreover, for Canada's first century, the government of Quebec actually subsidized not only trans-border organizations in northern New Brunswick and along the Ottawa River, but also in the Canadian west. Religion also did not find itself trapped in logic of provincialism. The initial organization of archdioceses and of the Presbyterian Temporalities Board, whose liquidation gave rise to litigation under section 129, was driven by pastoral and not by the territorial or jurisdictional principles of the *Constitution Act, 1867*. But after World War II, as governments manufactured a role for themselves as cultural entrepreneurs, promoting, for example, the arts, bilingualism, and multiculturalism, organizations promoting language and culture came to reconfigure themselves along the same geographic and topic lines as official political agencies.

* * *

Primarily for geographic reasons, almost every non-governmental institution involved in a citizen's everyday life in pre-Confederation British North America was organized on some sort of federal principle. And in very few cases did the jurisdictional fault-lines map directly on to provincial (even national) boundaries. Today the picture is different. Many believe that questions of social redistribution should be directly (and exclusively) handled by the state, with the consequence that one (and only one) organizing logic for service delivery survives. The jurisdictional determination is made on the basis of provincial geography. Even where state involvement is limited to subsidy and contract, there is a similar distributional logic. Whatever may be the pretence to social diversity and organizational heterogeneity reflected in the federalism of 1867, in most circumstances today, the politics of federalism is a politics of the Jacobin nation-state. Explicit, public, and unitary political ambitions control and the richness revealed in heterogeneous federalisms have disappeared from large segments of social, economic, and cultural life.

C. PLURAL SITES: MULTIPLE CENTRES OF STATE POWER

In the Western political tradition, the functional components of government are conventionally held to be three—the legislative, the executive and the judicial branches. Each can be imagined as a distinct site of federalism. Nonetheless, most early federal theorists were preoccupied with, and most federal constitutions focused upon, the distribution of legislative power—the assumption being that the delegation of power to enact laws was the true measure of a people's sovereignty. Hence, in the United States, the Constitution for the most part cast the scope of national executive and judicial power in relation to how it attributed legislative jurisdiction, even though the judiciary was also given “interstate” authority, and the President a list of specified powers (*e.g.* the war power, the nomination power).

These observations suggest that an analysis of the sites of federalism must have two objects: it is important to consider how federal principles shape the emergence or recognition of all types of legal norms—and not just statutes (*i.e.* normative federalism); and how these same considerations bear on the judicial and executive institutions that give effect to both legislative and non-legislative instruments of governance (*i.e.* institutional federalism).

Notwithstanding that the Diceyan conception of the rule of law directs attention to Parliamentary legislation as the primary legal artefact, in the modern state there are a multiplicity of normative forms. These forms embrace—to differing degrees in differing political and legal traditions—both official and non-legislative forms like judicially-declared law, administrative acts and decisions, and government tax, subsidy and contract practices; and also non-official and non-legislative forms like custom, supereminent principles, practice, contracts, industry standards, authoritative doctrinal writing, *opinio juris*, and so on. I address these in reverse order.

Consider how conceptions of federalism might bear on different expressions of legal normativity that have no official institutional source. Is it necessary to hold that everyday human interaction in matters of family law, property, contracts, and civil liability generates legal rules the scope of which must be limited by provincial boundaries? Presumably customs, usages and practices have a normative weight that does not depend on recognition by either provincial or federal governments (depending on the “pith and substance” of the rule in issue). Again, must the standards developed by Underwriters Laboratories, the Canadian Forest Products Association, the Urban Development Institute, and the International Organization for Standardization (ISO) respect the constitutional distributions of power set out in sections 91 and 92? Presumably the Urban Development Institute could promulgate standard-form contracts for use in some provinces but not others, or in some parts of a province but not others, or even in some parts more than one province. In other words, this legal character as felt in everyday lives is not (and cannot be) measured by the metric of justiciability through court-sanctioned state action.

Law is also made by non-legislative official institutions—notably, administrative agencies and courts. Of most interest is the law-making activity of the latter as reflected in the judicially-declared common law. In theory, there is but a single common law world-wide. Yet significant national (Canada as opposed to Australia or the United Kingdom), regional (Western Canada as opposed to the Maritimes), provincial (British Columbia as opposed to Alberta), federal (the provincial common law in a given province as opposed to the federal common law operative in that province), and even inter-court (the small claims courts as opposed to the superior courts in a province) variations exist in this common law. Upon what federal principle do courts determine the boundaries of these diverse common laws, or in appropriate cases, the principles of equity, ecclesiastical law, admiralty law, and so on?

The same question may be asked of the several institutions by which law is administered or applied. As noted, the distribution of judicial jurisdiction in the United States essentially follows the distribution of legislative jurisdiction. A dual court system is not, however, a necessary feature of federalism. In Canada, for example, provincially-constituted courts staffed by provincially-appointed judges administer reams of federal law as well as provincial law, and provincially-constituted courts staffed by federally-appointed judges administer reams of federal and provincial law indiscriminately. Sometimes provincially-constituted courts with federally-appointed judges are conscripted to administer federal law—as in bankruptcy. Sometimes, as in the case of the Federal Court, federal courts with federally-appointed judges administer only federal law, and sometimes federal courts with federally-appointed judges administer all types of law (as in the case of the Supreme Court of Canada).

If judicial institutions may be federalized along principles different from the legislative power, would a similar logic apply to executive and administrative institutions? Historically, this was the pattern of the legislative union, but administrative duality pursued in Canada East and Canada West between 1841 and 1867. Vestiges remain today. It is clear that where an administrative or executive agency is established by statute, the power to create that agency must be vested in the relevant legislative assembly. But the mandate and activity of the agency need not always be limited in this way. A Law Commission or a Civil Code Revision Office, or a Social Science and Humanities Research Council may examine or fund research into any area of law.

Does the same reasoning apply when the agency is established by prerogative? For example, would a royal commission established under the prerogative of the Lieutenant-Governor be necessarily limited to examining questions that fall within provincial jurisdiction? Again, the answer depends of the governance function actually being performed: authority to collect information, conduct research, make recommendations, and distribute benefits is less constrained than authority to impose burdens, enact formal rules, and decide disputes. In this connection, it bears notice that one of the central executive powers in a Parliamentary democracy—the assent to legislation—has always been federated on a different principle than either legislative or judicial powers: the powers of reservation and disallowance are a sovereign executive jurisdiction that vest ultimate authority in provincial matters in the federal executive and in federal matters in the Queen.

It is not just the formal institutions of executive governance that display multiple federal dimensions. So do the everyday institutions, instruments and activities of the modern administrative state. Governments typically manage property, personnel, information, and money using instruments as diverse as legislation, prerogative, taxation, subsidy, contract, ownership, and so on. Consider first the most visible of the governance institutions—the regulatory

agency. What principle of federalism governs the powers of executive agencies that have been delegated powers to both make law and to apply law? As far as I know, it has never been decided that jurisdiction to adjudicate must strictly track sections 91 and 92. Indeed, the idea of interdelegation to a jointly-constituted regulatory agency is evidence of how administrative boards and commissions can become sites of federalism with a tailor-made jurisdiction. Exactly what jurisdiction is the subject of interdelegation, and what structure of interdelegation is chosen, is as varied as the agencies themselves.

The further aspect of administrative federalism relates to the panoply of other instruments of regulatory governance: notably, owning, taxing, contracting, borrowing, and subsidising. Suppose a provincial government were to purchase real estate in another province. To what extent would doctrines of intergovernmental immunity be applicable, and if so, is this the same as the intergovernmental immunity that may apply to federal parks or other works or undertakings in provinces? In Canada, the primary locus of dispute about the boundaries of executive federalism of this sort has been in relation to the spending (and more recently, taxing power). But the scope for deploying alternative governing instruments is much broader. Historically, governments often pursued their regulatory agenda through Crown corporations (the ownership function). Increasingly, they are doing so through public-private partnerships and procurement (contract). In few federations are the spending, taxing, owning, and contracting functions of government limited strictly to purposes within the realm of their legislative competence.

* * *

These reflections suggest that a richer understanding of normativity and of instruments of governance—that is, a much richer understanding of the multiple sites of federalism—will generate a more pluralistic conception of the fault-lines of federalism. Over the past century, courts and scholars have developed sophisticated doctrines for assessing the scope of the legislative jurisdiction attributed by sections 91 and 92. But there is nothing even as remotely subtle as this jurisprudence in relation to other governmental functions. It is now the time to theorize prerogative, executive, administrative, judicial, quasi-judicial, and delegated legislative powers along jurisdictional fault-lines appropriate to each. It is also time to develop interpretive doctrines for borrowing, taxing, spending, contracting, owning, and administering that are equally as subtle as those invoked to mediate conflicts of legislative jurisdiction.

D. PLURAL MODES: TERRITORIAL, PERSONAL, AND PSYCHOLOGICAL FEDERALISM

In the Introduction to this paper, federalism was presented as much more than a political doctrine about the manner of dividing sovereignty and

allocating the functions of government on a territorial basis. When all its formal and informal, institutional and non-institutional, quotidian and exceptional variants are considered, a highly variegated picture emerges. Most importantly, the state is revealed, despite its claims for itself, not to be the most salient normative institution for most people. Indeed, it is only possible to talk of federalism in the state once people have already embarked on the project of deciding who they are in relation to others and to the institutions and associations within which these relationships are pursued. These non-state federal reflexes set the scope of the personal and collective agency (sometimes called sovereignty) that political institutions are then meant to facilitate and promote.

There are at least three distinct types of what might be called “relational” non-state federalism. Think first of the panoply of voluntary associations and other institutions of civil society that human beings typically join and engage with as part of their sense of self. Most are themselves federated institutions: religious institutions, bridge clubs, farmers organizations, boy scouts, cancer societies, poverty relief associations, environmental groups, guilds and clubs, and a myriad of others. Notwithstanding the professional reflex of jurists to “de-legalise” these organisations as mere social institutions or voluntary associations, they substantially mediate the central issues of everyday life in Canada—transcendent belief, language, heritage, and aspiration. Moreover, in most cases, they do so with only a tenuous regard for distributive decisions taken in the political domain. In other words, the forms of relational non-state federalism are as multiple and variegated as the forms of political federalism.

At a second level, there is the vast range of institutions that are called in aid of economic activity: business enterprises, trade unions, universities, and hospitals. So, for example, in most corporate structures, and in everyday forms of corporate reorganization, shareholders of different categories have different rights. Their shares (their title of belonging) are not always identical, and will always confer a number of different prerogatives and obligations. Again, in any bankruptcy workout, it is necessary for the trustee to divide and organize creditors into discrete categories, depending on the nature of their claims. The authority of these creditors to accept or reject a proposition and to bind others to decisions taken is determined by the particular status as creditor (that is, the type of claim they are asserting).

Finally, and a bit closer to home, the modern university is a remarkably differentiated structure—within its units, across its disciplines, and extramurally. As a law professor I find my citizenship as a member of the Faculty of Law, of McGill University, of the Canadian Association of University Teachers, of the Canadian Association of Law Teachers, and of the Quebec Association of Law Teachers, not to mention the circles of interaction I share with other Canadian constitutional law teachers, with colleagues in other

KALEIDOSCOPIIC FEDERALISM

departments, with collaborators in various interdisciplinary research teams, and in the countless informal groups that give direction and purpose to my everyday activities.

Let me conclude this subject by briefly noting a third kind of relational federalism suggested at the outset of this essay: the federalism of the family. I need not go over that ground here, other than to note, once more, that the manner of conceiving the federal principle within the family, and the specific manner in which tasks and responsibilities are distributed is both quite subtle, and not predetermined by the way these allocations are made in the realm of political federalism.

In all the examples of federalism so far considered—whether in the political institutions of the state, where citizens are invited to display loyalty to those who wield coercive or symbolic power as their delegates, or in myriad other circumstances where social institutions imply multiple layers of agency and affect—an implicit or explicit “other” has always been present. The idea of relational federalism calls forth a collective project involving aspirations as well as structures, processes, and institutions for their invention, identification, and accomplishment.

But undue emphasis on federalism as a collective project understates the pervasiveness of federalism as a personal project. The truest federalism is a psychological federalism that decomposes not political and anthropological affiliations, but legal subjects themselves. Critical theories of legal pluralism not only model the diverse motifs, ambitions, sites, and modes of federalism that compete for citizen engagement, but also acknowledge the law-generating capacity of the legal subjects. A legal subject is himself or herself a site of law; and once a site of law, a legal subject is necessarily a federation.

The point merits emphasis. Those who argue for notions of personal federalism—depending on perspective either pre-Westphalian (feudal) or post-Westphalian (in multi-ethnic states)—have only a truncated view of psychological federalism. While one might well imagine some notion of cosmopolitan citizenship, in which people affiliate without primary regard to geography (any country that has systems involving two or more public school boards—whether based on language, religion, or nationality—operative in the same territory knows the phenomenon) the federalism in issue remains a relational federalism. The criterion of distribution of agency and structure has changed from territory to commitment, but the notion of federalism remains external to the legal subject, who has no role other than as passive citizen.

Psychological federalism rests on a different premise. Rather than decompose institutional affiliation, it decomposes legal subjects. Might not the world-wide-web be the modern interpersonal instantiation of contemporary

psychological federalism—providing a link with traditional relational federalism? Psychological federalism strongly contests all forms of legal subjectivity that imply “nationalism”—even those that attempt to compose with multiple nationalisms. Both territorial and personal federalism rest on three questionable assumptions about individual identity. First, they only recognize certain identities. Second, they presume that some of the identities that they do acknowledge are more important than others: these “key” identities are said to define the identity of the state. Third, they tend to essentialize identity for the purposes of giving or denying legal recognition.

Psychological federalism accepts that identity is not unidimensional; identities are cumulative, intersecting, overlapping. Contemplate the bases upon which a person reflects, reacts, speaks, or presents himself or herself in public. That person might claim to be doing so “as” a white, or a heterosexual, or an anglophone, or a male, or a lapsed Protestant, or a 55 year-old, or someone who is legally-trained, or a bald person, or a resident of Montreal, and so on. How does one know whether another is speaking as some of these things (that is, as reflecting only one or the other of these particular identities)? As all these things at once? Or as none of these things?

In the end, identity is for each legal subject to discover and appropriate. There is no litmus test for identity—say as a francophone, as a mulatto, or as a woman—that can trump self-ascription. It is not for the state to say that Félix Leclerc is a white, male, francophone singer if he (she) understands himself (herself) to be a black, female, hispanophone painter. The state, just like other institutions within and through which a legal subject forges relationships, may view certain identity claims as less plausible than others, but the question of plausibility is always itself interactive and iterative. The conventional federal conception of identity—whether of national identities, subnational identities, or particular relational identities—peremptorily denies to legal subjects the possibility of negotiating the contours, contents, and cardinality of their multiple identities.

* * *

At bottom, arguments for federalism presume that social diversity is sufficiently important to merit structuring governance institutions. These institutions do more than manage collective life. They elaborate processes and regimes that both reflect and constitute the identity of legal subjects. Some identities are relational (that is, are formed in interaction with social groups); some are psychological (that is, are formed in interaction with one’s understanding of how one conceives oneself). Relational federalism, whether territorial or personal, conceives the distribution of agency and sovereignty as external to the legal subject. Psychological federalism is a federalism internal to

the legal subject. Each legal subject is constantly remaking his or her relationships with others, and reallocating the scope of authority that these others are acknowledged to exercise in ascribing a particular identity to any pattern of interaction.

CONCLUSION: KALEIDOSCOPIIC FEDERALISM

Throughout this paper I have argued for a conception of federalism that draws on contemporary understandings of law and legal normativity: most notably, legal pluralism. Many constitutional law scholars today lament the fixation of judicial and doctrinal interpretations of federalism that have been long abandoned in almost every other field of law: the early twentieth century Diceyan rule of law model of pure legalism.

Recall the foundational postulates of mainstream federalist theory. First, law is presented as a systematic assemblage of official rules of general conduct attributing various types of rights to discrete legal subjects. In this model, law is to be exclusively associated with the normative outputs of the state. This affirmation may be described as a postulate of “legal centralism.” Second, there can only be a single legal order in any geographic territory. Federalism merely pluralizes the components of an otherwise unitary legal regime in that a supreme constitution authoritatively allocates law-making authority to different legislatures. This affirmation may be described as a postulate of “legal monism.” Third, law results from the explicit activity of specified institutions such as legislatures, courts, and executive agencies. All the outputs of these institutions are law simply because of their origin; nothing can be law unless it emanates from them. This affirmation may be described as a postulate of “legal positivism.”

In a legal pluralist framework, by contrast, law is presented and represents itself as radically non-centralist, non-monist, and non-positivist. Legal artefact, social milieu, and particular identity are seen as mutually constituting and constituted, as an unsystematic melee. Because each legal subject is constantly deciding the relative weight of rules, processes and values as amongst the several legal regimes that attract loyalty and commitment, the state’s pretence to unify or rank these regimes is, both temporally and territorially, contingent.

The legal subject negotiates identity in every location of interaction—society, community, workplace, family, and the state—with the many (the hundreds, the thousands of) other legal subjects negotiating their identities there as well. Particular legal subjects are shaped by the knowledge and identities they inherit, create, and share with other legal subjects. So too with the different sites of law. They are constituted by the knowledge they possess, create, and share through particular legal subjects. By imagining law as a mode

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

of giving particular sense to particular ideas in particular places, legal pluralism shifts inquiry towards thinking of law as meaning, not machinery (as aspiration, not structure; as narrative, not norm).

In this construction of meaning, the metaphor of federalism is most appropriately a metaphor of *métissage*. For the legal subject himself or herself is the meeting ground of multiple legal subjectivities (citizenships), and the point of the encounter is the continuing dynamism and disorder that such an encounter presupposes. Those who see federalism as the static parallelism of two citizenships whose differences must be reconciled in the construction of a fictitiously coherent and stable whole, are trapped by a logic in which the uncertainty of encounter is either absent, past, predetermined, or already digested. A federalism of *métissage* is a federalism that highlights the mixing rather than the mix.

And so I come at last to the title of this paper: kaleidoscopic federalism. Kaleidoscopic federalism is a federalism that focuses more on the actual deployment of social and political power, than on abstract questions of who might, in theory, possess it.

Why kaleidoscopic? Because a kaleidoscope of continuously shifting shapes and colours, juxtapositions and patterns reminds us that processes, structures, and institutions in law are also in constant flux. Within each of several dimensions there will be dynamic distributions of agency and authority. We can no more know just how jurisdictional attributions will play out in advance, than we can know what jurisdictions will be in issue. We can no more know which relationships will be privileged, than we can know who will be privileged within these relationships.

Federalism is a metaphor for imagining the manner in which citizens conceive who they are and how they organise the relationships through which they pursue their purposes and ambitions in concert with others across the entire range of human interaction. Those who see federalism only as the structural consequence of a document called a constitution forget that federalism comprises both implicit and explicit texts and practices, as these are constantly churned by the pestle of everyday interaction in the mortar of social institutions. A kaleidoscopic federalism is fundamentally a federalism of aspiration or virtue: a federalism of equal respect, self-doubt, and trust that keeps contingent the interplay of agency and structure in the construction of self and other.

A quotation from a good friend and colleague provides an eloquent counterpoint to the view of federalism argued here. She says: "I abandoned federalism and became a separatist when I did research on the declaratory power. How can you have a federation where jurisdictional boundaries are in

flux, where one governmental agent can trespass on the territory and governing competence of the other, and where sovereignty is not clearly allocated?” Well, in my view, unless this is the case—unless you are prepared to tolerate shifting boundaries, different and multiple fault lines, and overlapping claims of authority, and to acknowledge that identity cannot be simply fractionated and parcelled out to different institutions in discrete packages—whatever else you have, you don’t have federalism.

Postscript: Sources and References

The three central questions addressed in this paper are: (1) the history, foundations, structures, modes, and sites of federalism—with particular reference to Canada; (2) the design of institutions to accommodate linguistic, cultural, and social diversity; and (3) the construction of federal identity and the bearing of theories of legal pluralism on how these identities are mediated through law. Much of my own work over the past decade has focused on these themes, although I have not heretofore tried to draw them together in a single essay.

1. History, Foundations, Structures, Modes, and Sites of Federalism

Standard theories of federalism typically presume a fixed, monistic arrangement of normative institutions and normative forms. Territory becomes the sole differentiating criterion, and little attention is devoted to how these arrangements are actually churned by everyday interaction. More recently, some theorists have developed the concept of personal federalism as a way to negotiate cultural difference in the same territory. Both are forms of relational federalism.

I have discussed the history, images, and narratives of federalism in Canada in a series of texts that consider the place of Quebec, and Quebec legal institutions in the contemporary constitutional order. See “Harmonizing the Concepts and Vocabulary of Federal and Provincial Law: The Unique Situation of Quebec” in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism* (Ottawa: Department of Justice, Canada, 1997) at 29; “Encoding *Canadian Civil Law*” in J.E.C. BRIERLEY *et al.*, eds., *Mélanges Paul-André Crépeau* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1997) at 579; “Three Centuries of Constitution-Making in Canada: Will There Be a Fourth?” (1996) 30 U.B.C.L. Rev. 211; “Meech Lake to the Contrary Notwithstanding: Part I” (1991) 29 Osgoode Hall L.J. 253 ; and “Meech Lake to the Contrary Notwithstanding: Part II” (1991) 29 Osgoode Hall L.J. 483.

The recent scholarship of three colleagues from Quebec, David Howes, Jean Leclair, and Jean-François Gaudreault-DesBiens is particularly insightful on these problems. See D. HOWES, “La constitution de Glenn Gould : le contrepoint et l’État canadien” in J.-G. BELLEY, ed., *Le droit soluble : con-*

tributions québécoises à l'étude de l'internormativité (Paris: L.G.D.J., 1996); "Pour une interprétation esthétique des constitutions canadienne et américaine" in J. LAMOUREUX, ed., *Droits, liberté, démocratie* (Montreal: ACFAS, 1991); "Picturing the Constitution" (1991) 21 *American Review of Canadian Studies* 383; J. LECLAIR, "The Supreme Court's Understanding of Federalism", in J.-F. GAUDREAU-DESBIENS and F. GÉLINAS, eds., *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, (Montreal/Brussels: Yvon Blais/Bruylant, 2005); J. LECLAIR, "Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles" (2002) 27 *Queen's L.J.* 389; and J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, "The Canadian Federal Experiment, or Legalism without Federalism? Toward a Legal Theory of Federalism", in M. CALVO-GARCIA and W. FELSTINER, eds., *Federalismo/Federalism*, (Madrid: Dyckinson, 2003), p. 79. I also owe much to Bruce RYDER'S essay, "The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations" (1991) 36 *McGill L.J.* 308; to S. LaSELVA, *The Moral Foundations of Canadian Federalism* (Montreal: McGill-Queen's University Press, 1996); and to J. WEBBER, *Reimagining Canada: Language, Culture, Community and the Canadian Constitution* (Montreal: McGill-Queen's University Press, 1994).

On territorial federalism generally, see E. RUBIN, "On the Fundamentality and Irrelevance of Federalism" (1997) 13 *Ga. St. U. L. Rev.* 1009; A. HOWARD, "The Values of Federalism" (1993) 1 *New Eur. Law Rev.* 143; B. FRIEDMAN, "Valuing Federalism" (1997) 82 *Minn. L. Rev.* 317; M. BURGESS and A.-G. GAGNON, eds., *Comparative Federalism and Federation* (Toronto: University of Toronto Press, 1993), especially R. CHAPMAN, "Structure, Process and the Federal Factor: Complexity and Entanglement in Federations" at 69. The model of personal federalism is developed carefully in A. MESSARA, "Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé. Théorie générale et conséquences en matière de décentralisation" in T. FLEINER-GERSTER and S. HUNTER, eds., *Fédéralisme et décentralisation* (Fribourg: Éditions Université de Fribourg, 1987) at 447.

2. Institutional Design to Accommodate Social Diversity

To date, questions of instrument choice and institutional design have been dominated by public choice theorists who assume that different processes of legal and social ordering are morally neutral and fungible. In discussions of federalism, this perspective is translated into the idea that federalism is fundamentally a choice about the location of rational structures of institutional decision-making, and the substantive content of canonical texts meant to attribute constitutional virtue (such as *Charters of Rights*). The alternative is to see instrument choice as a contingent interplay of agency and structure in the self-construction of citizens.

I have addressed these problems of institutional design from the perspective of social ordering processes in “The Swiss Army Knife of Governance” in P. ELRADIS, M.M. HILL and M. HAVLETT, eds., *Designing Government: From Instruments to Governance* (Montreal and Kingston, McGill-Queen’s University Press, 2005) at 203; «The Governance of Human Agency» in Canada. Parliament. Senate. Special Committee on Illegal Drugs, *Canabis, our position for a Canadian public policy: Final Report / Senate of Canada, Special Committee on Illegal Drugs* (Ottawa, Ont.: Senate of Canada, 2002), online: Committee Research Papers <www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-e/ille-e/research-papers-e.htm>; “The Integrity of Institutions: Role and Relationship in Constitutional Design” in R. MACDONALD, ed., *Setting Judicial Compensation: Multidisciplinary Perspectives* (Ottawa: Law Commission of Canada, 1999) at 7; “The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity” in K. KULCSAR and D. SZABO, eds., *Dual Images: Multiculturalism on Two Sides of the Atlantic* (Budapest: Royal Society of Canada—Hungarian Academy of the Sciences, 1996) at 52; “Recognizing and Legitimizing Aboriginal Justice: Implications for a Reconstruction of Non-Aboriginal Legal Systems in Canada” in *Aboriginal Peoples and the Justice System: Report of the National Round Table on Aboriginal Justice Issues* (Ottawa: Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1993) at 232.

On different functions of governance and institutional means for regulating these functions, see J. POIRIER, “The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats from a Comparative Perspective” (2001) P.L. 134; “Pouvoir normatif et protection sociale dans les fédérations multinationales” (2001) 16 C.J.L.S. 137; and “Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union” (2002) 18 C.J.L.S. 355; R.D. WOLFE, “See you in Washington?” (2003) 9:4 Choices 3; “Rendering Unto Caesar: How Legal Pluralism and Regime Theory Help in Understanding ‘Multiple Centres of Power’” in G. SMITH and D. WOLFISH, *Who Is Afraid of the State? Canada in a World of Multiple Centres of Power* (Toronto: University of Toronto Press, 2001); A.-M. SLAUGHTER, “Governing in Global Networks” in M. Byers, ed., *The Role of Law in International Politics* (Oxford: Oxford University Press, 2000). For a symbolic take on these questions, see J. WEBBER, “Constitutional Reticence” (2000) 25 A.J.L.P. 125; “Constitutional Poetry: The Tension Between Symbolic and Functional Aims in Constitutional Reform” (1999) 21 Sydney L. Rev. 260.

Issues of institutional design are closely linked to the questions of secession, federalism and subsidiarity as models of political accommodation of social diversity. See A. BUCHANAN, *Secession: The Morality of Political Divorce From Fort Sumter to Lithuania and Quebec* (Boulder: Westview Press, 1991); T.M. FRANCK, “Postmodern Tribalism and the Right to Secession” in BROLMAN, LEFEBER and ZIECK, eds. *Peoples and Minorities in International Law* (Amsterdam: Nijhoff, 1993) at 11; D. EDWARDS, “Fearing

Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union" (1996) 44 Am. J. Comp. L. 537; G. BERMANN, "Taking Subsidiary Seriously" (1994) Colum. L. Rev. 332.

3. Identity and Legal Pluralism

Many commentators see federalism only in its instantiation through the political state. They do not consider the federal aspects of the family, the neighbourhood, or the workplace. The legal pluralist perspective argues that federalism within the state comprises both implicit and explicit texts and practices, as well as implicit and explicit texts and practices in multiple non-state social settings. A kaleidoscopic federalism, as argued in this paper, is distinct from both territorial and personal federalism. It is federalism of aspiration, of virtue, and of the recognition that every legal subject is a distinct site of federal governance.

I have argued for a pluralist understanding of law and identity in: "The Legal Mediation of Social Diversity", in A. GAGNON *et al.*, eds., *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies* (Montreal: Institute for Research on Public Policy, 2003) at 85; "L'hypothèse du pluralisme dans les sociétés démocratiques avancées" (2002) 33 R.D.U.S. 133; "Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées: l'hypothèse du pluralisme pour penser le droit" in C. YOUNÈS and E. LEROY, eds., *Médiation et diversité culturelle : Pour quelle société ?* (Paris: Éditions Karthala, 2002) at 21; *Lessons of Everyday Law* (Montreal: McGill-Queen's Press for the School of Policy Studies, Queen's University and the Law Commission of Canada, 2002); "By Any Other Name..." in R. MACDONALD and B. BONNEVILLE, eds., *Speaking Truth to Power: A Treaty Forum* (Ottawa: Law Commission of Canada and B.C. Treaty Commission, 2001) at 73; "Regards sur les rapports juridiques informels entre langues et droit" (2000) 3 R.C.L.F. 137; "Legal Bilingualism" (1997) 42 McGill L.J. 119; "Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism" (1998) 15 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 69; "What is a *Critical* Legal Pluralism?" (1997) 12 C.J.L.S. 25 (with M.-M. Kleinhans).

There are a number of excellent recent studies on the theory of identity and the relationship of legal structure to identity. See J. NEDELSKY, "Embodied Diversity and the Challenges to Law" (1997) 42 McGill L.J. 91; N. KASIRER, "Le droit robinsonien" in N. KASIRER, ed., *La solitude en droit privé* (Montreal: Thémis, 2002); "Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos" (2002) 52 J. Legal. Educ. 29; "Legal Education as *Métissage*" (2003) 78 Tul. L. Rev. 481; "Larger than Life" (1995) 10 C.J.L.S. 185; D. JUTRAS, "Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions" (2000) R.I.D.C. 781; J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, "Spendeurs et misères de la juridicisation de l'identité" [unpublished]; J. LECLAIR, "Aboriginal Rights as Seen Through

KALEIDOSCOPIIC FEDERALISM

the Prism of Federalism” [unpublished]; D. HOWES, “In the Balance: The Art of Norman Rockwell and Alex Colville as Discourses on the Constitutions of the United States and Canada” (1991) 29 *Alta. L. Rev.* 475; “‘We Are the World’ and its Counterparts: Popular Song as Constitutional Discourse” (1990) 3 *International Journal of Politics, Culture and Society* 315. See also the special issue (2000) XIII *Can. J.L. & Jur.*; C. TAYLOR, *Multiculturalism and “the Politics of Recognition”* (Princeton: Princeton University Press, 1993); D. ARCHIBUGI, “Principles of Cosmopolitan Democracy” in *Re-imagining Political Community* (London: Polity Press, 1997); W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship* (Oxford: Clarendon, 1995); R. JANDA and D. DOWNES, “Virtual Citizenship” (1998) *C.J.L.S.* 27.

Chapitre 8

L'Union européenne : une fédération internationale

Nicolas LEVRAT*

Résumé

La présente contribution montre que l'Union européenne peut sans difficulté être analysée selon les clés de lecture du fédéralisme. Sans être un État fédéral, ses institutions et son mode de fonctionnement répondent largement aux exigences fédéralistes. C'est principalement dans le mode de désignation des institutions du niveau communautaire/fédéral que ce système s'éloigne le plus des modèles fédéraux connus. Le souhait des entités constitutives de ne pas tendre à l'achèvement d'un État fédéral au niveau communautaire a pour conséquence que les principaux organes communautaires sont composés de représentants des États, et non désignés selon des modalités fixées par le niveau fédéral. Ce qui suppose l'obligation pour le niveau fédéral/communautaire de prendre en compte dans la composition de ses organes les caractéristiques particulières de certains de ses États membres. Ainsi se développe une fédération de fédérations, asymétrique (puisque tous les États membres ne sont pas fédéraux). L'observation de cette

Abstract

This paper demonstrates how the European Union may be viewed through the lens of federalist theory. Although not a federal state per se, its institutions and modes of operation fulfill most federalist requirements. What primarily distinguishes the Union from other known federal systems is the way in which institutions at the community/federal level are chosen. It is known that the constitutive entities have no desire for the creation of a federal State. Consequently, this position has been promulgated through control by the Member States of the selection procedures for national representatives holding positions in the main bodies of the community. This implies an obligation, on the community/federal level, to take into consideration the particular characteristics of its Member States with respect to the composition of its bodies. As a result, we are seeing the development of a "federation of federations" (though it is asymmetrical, as not all member States have federal systems). The study of this unique institutional design and its consequences,

* Professeur à l'Institut européen et à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

particularité institutionnelle et de ses conséquences en termes de fonctionnement devrait permettre de nouveaux développements de la théorie fédéraliste. *in terms of its actual operation, should facilitate new developments in the study of federalism.*

« L'État fédéral n'est lui-même que l'intégration la plus poussée du fédéralisme, mais en étudiant le droit positif, on s'aperçoit que ce n'est pas toujours dans l'État fédéral que le génie du fédéralisme est le mieux respecté [...] »

– Georges Scelle¹

INTRODUCTION

L'intégration européenne procède dès son origine d'un projet comportant une dimension fédéraliste substantielle. Il convient de se souvenir du discours de Winston Churchill qui appelait, à l'Université de Zurich le 19 septembre 1946, à la constitution d'États-Unis d'Europe. Le 17 décembre de la même année est créée l'Union européenne des fédéralistes, laquelle souhaite se consacrer à la construction d'une Europe fondée sur « l'Unité dans la diversité »².

Mais l'intégration européenne se fera, à ses débuts tout au moins, sans Churchill, sans le Royaume-Uni et sans la Suisse. Anecdotes au regard de l'Histoire et explicables séparément, ces trois événements n'en sont pas moins révélateurs de l'éloignement du processus d'intégration européenne d'un projet fédéraliste. De même, les fédéralistes, très influents et présents dans le débat européen dans les années 1950, vont progressivement perdre de leur importance, au profit de réalistes qui se regroupent au sein du « mouvement européen », pour lequel l'objectif de l'intégration européenne peut le cas échéant être réalisé sans nécessairement prendre la forme d'un projet fédéral.

Lorsque le Royaume-Uni aura rejoint le projet d'intégration européenne (1972), loin de réconcilier le processus avec la vision de Churchill, ses dirigeants disqualifieront toute idée d'un projet de nature fédéraliste. Ce sont même depuis les adversaires d'une intégration plus poussée qui accusent les partisans de la construction européenne d'être des fédéralistes, c'est-à-dire des défenseurs d'une concentration des pouvoirs au sein des institutions

1. *Précis du droit des gens*, tome I, Paris, Sirey, 1932, p. 200.

2. Voir pour une bonne contribution sur ce thème, notamment D. de ROUGEMONT, *L'un et le divers, ou la cité européenne : deux discours*, Neuchâtel, La Baconnière, 1970. « Unie dans la diversité » sera, selon l'art. I-8 du T.E.C.E., la devise de l'Union.

communautaires ; ce qui révèle une méconnaissance du fédéralisme et de ses principes³, mais également l'absence d'un discours fédéraliste crédible pour contrecarrer cet argument.

À décharge, il est vrai que ces deux questions, l'euro-péenne et la fédérale, entretiennent un commerce complexe. Ainsi, nous allons le montrer, les pratiques et textes relatifs à l'intégration européenne, tout en puisant largement dans la grammaire fédéraliste, s'abstiennent soigneusement – avec la notable exception du principe de subsidiarité – d'en utiliser le vocabulaire. De même au sein de la communauté scientifique, et particulièrement parmi les politologues, l'analyse du processus de construction européenne va s'orienter vers les méthodes, les sources et les enjeux de l'étude des relations internationales⁴, délaissant une étude de l'intégration européenne en termes de construction fédérale, lentement tombée en désuétude, parce que perçue comme trop idéologiquement marquée. Il est vrai que l'analyse fédéraliste de l'intégration européenne procède d'une analogie à la fois simple et audacieuse. Il s'agit de considérer que le processus d'intégration européenne a plus à voir avec la construction d'un État composite, fondé sur un partage de souverainetés dans une structure de type fédéral, qu'avec une évolution des relations internationales entre États. Cet *a priori* sera rejeté par une bonne partie des chercheurs, notamment parce que l'intégration politique européenne tardera à se matérialiser, les priorités ayant été mises sur une intégration économique. Ceci favorisera des lectures fonctionnalistes ou réalistes du processus intégratif.

Il faut pourtant constater que des transferts de souveraineté importants sont réalisés par les États membres au profit de la communauté européenne, notamment par la reconnaissance inconditionnelle de la compétence obligatoire, pour tout différend relatif à l'interprétation et à l'application des traités communautaires, à une cour de justice. Celle-ci, dans ses arrêts fondateurs des années 1960, constatera qu'« en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité et de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétences ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains⁵ », ce transfert entraînant même

3. À ce propos, il vaut la peine de relire les *Federalist Papers*, et notamment le n° 39 (parfois classifié 38) du 16 janvier 1788 (attribué à Madison), lequel distingue clairement ce qui relève du principe fédéral (qui vise à préserver la coexistence de souverainetés distinctes) et du principe national (qui vise à la constitution d'un ensemble unique au sein duquel le pouvoir est centralisé).

4. Avec toujours le débat entre l'approche intergouvernementale et supranationale (d'ailleurs relancé en 1992 par le *Traité sur l'Union européenne* qui complète la construction communautaire (supranationale) par des domaines de coopération intergouvernementale), les analyses se feront selon la logique fonctionnaliste (puis néo-fonctionnaliste), institutionnaliste (puis néo-institutionnaliste), et plus récemment les approches selon le paradigme de la gouvernance (et notamment la *multi-level governance*) et selon la logique socio-constructiviste.

5. C.J.E., *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, C-6-64, [1964] E.C.R., p. 1159 [*Costa*].

« une limitation définitive de leurs droits souverains⁶ ». Or, qu'est-ce, sinon le cœur de la question fédérale, que l'analyse de l'articulation de différents niveaux de souverainetés au sein d'un système politico-institutionnel unique, fut-il appelé « communauté » ?

D'ailleurs, avec les progrès de l'intégration politique et l'extension des transferts de compétences au profit de la Communauté, on verra, notamment par le biais du *Traité de Maastricht* (1992), apparaître dans le vocabulaire de l'intégration européenne des traces de concepts proprement fédéralistes, par exemple le principe de subsidiarité. Aujourd'hui, pour faire face aux défis de l'élargissement à 25 États membres⁷, les nécessaires réformes des institutions, mises en chantier par le biais d'un nouveau « Traité constitutionnel » élaboré par une « Convention » – l'appellation n'est pas sans rappeler la constitution de l'État fédéral américain – se placent indiscutablement dans un paradigme fédéraliste, comme le demandait d'ailleurs Joschka Fischer dans son déjà célèbre discours du 12 mai 2000, puisqu'il affirmait que « [l]es rapports entre la Fédération et l'État nation constitueront le grand axe de cette Constitution européenne⁸ ».

Cette intervention remarquable et remarquée signale un regain d'intérêt pour la question fédérale au niveau européen. Cependant, et cela confirme cette constante du processus d'intégration que nous avons déjà mise en évidence, l'opposition résolue de plusieurs États à toute référence explicite au mode fédéral a eu pour conséquence que le libellé initialement proposé par le *Praesidium* de la Convention sur l'avenir de l'Europe pour l'article premier du *Projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe*, qui prévoyait la formule « cette Constitution établit une Union [appelée...], au sein de laquelle les politiques des États membres sont coordonnées, et qui gère, sur le mode fédéral, certaines compétences communes⁹ » fut remplacé dans le projet final par la formule « cette Constitution établit l'Union européenne, à laquelle les États membres confèrent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs. L'Union coordonne les politiques des États membres visant à atteindre ces objectifs et exerce sur le mode communautaire les compétences qu'ils lui transfèrent¹⁰ ».

6. *Ibid.*, p. 1160.

7. Les traités d'adhésion fixant les conditions d'adhésion à l'Union européenne de dix nouveaux États membres (Chypre, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Slovaquie, Slovénie et République tchèque) ont été signés à Athènes le 16 avril 2003, et l'adhésion devait être effective au 1^{er} mai 2004.

8. « Discours sur la finalité de l'intégration européenne », prononcé à l'Université Humboldt de Berlin. Traduction française publiée dans R. DEHOUSSE (dir), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, p. 240.

9. Art. 1 § 1 *in fine*, « Projet d'articles 1 à 16 du traité constitutionnel » soumis par le *Praesidium* à la Convention le 6 février 2003, doc. CONV 528/03, p. 2.

10. Art. 1 § 1 *in fine* du *Projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe*, adopté par consensus par la Convention européenne et remis au Conseil européen réuni à Thessalonique le 20 juin 2003.

Mais ne nous y trompons pas ; quelle que soit l'appellation retenue, les mécanismes et principes sont bien ceux du fédéralisme. Nous allons dans cette contribution mettre en évidence que l'intégration européenne n'a pas attendu Joscha Fischer ou la convocation d'une Convention sur l'avenir de l'Europe pour se doter d'instruments qui, analysés selon le paradigme fédéraliste, montrent que l'on est, d'un point de vue fonctionnel tout au moins, déjà plus proche qu'on ne se l'avoue d'un système fédéral européen. Avec la survivance de nombreuses résistances, desquelles il découle que, pour autant que l'on puisse considérer l'Europe communautaire comme un système fédéral, celui-ci présente des singularités par rapport aux modèles (étatiques) connus. D'où la référence en épigraphe à ce penseur visionnaire du fédéralisme que fut Georges Scelle.

Dans l'espace limité d'une telle contribution, nous souhaitons aborder deux questions qui nous paraissent d'une part centrales à une lecture fédéraliste de l'édifice européen, et de l'autre utiles à une réflexion globale sur le fédéralisme. Premièrement, la question de la Constitution ; deuxièmement, celle du lien entre les individus et la fédération.

A. CONSTITUTION DE L'EUROPE ET FÉDÉRALISME

Le terme constitution est polysémique. Deux sens principaux peuvent lui être donnés. Le premier, le plus ancien, se réfère à la manière dont est établie ou composée une chose ; ce que l'on pourrait dénommer, pour ce qui nous intéresse, le processus de constitution fédéraliste de l'Europe. Le second, apparu au XVII^e siècle, se réfère à un document ou un ensemble de documents, que l'on appellera la Constitution (fédérale *in casu*).

1. Un processus de constitution fédéraliste

C'est dans ce domaine que s'est concentré l'essentiel de la littérature fédéraliste s'intéressant à la construction européenne¹¹. Pourtant, le fédéralisme comparé met en évidence que les modalités de constitution d'États fédéraux relèvent toutes d'un processus particulier, difficilement modélisable en une formule générale et abstraite (au contraire par exemple du mythique contrat social dont la fortune théorique est le pendant de la désincarnation matérielle). Aussi l'espoir de tirer des enseignements pour l'intégration européenne d'une étude des processus historiques de constitution de fédéra-

11. Succinctement, les ouvrages représentatifs s'inscrivant dans cette perspective sont, en français : J. MONNET, *Les États-Unis d'Europe ont commencé*, Paris, R. Lafont, 1955 ; H. BRUGMANS et P. DUCLOS, *Le fédéralisme contemporain. Critères, institutions, perspectives*, Leyden, A. W. Sythoff, 1963 ; G. HÉRAUD, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Paris, Presses d'Europe, 1968 ; D. SIDJANSKI, *L'avenir fédéraliste de l'Europe*, Paris, PUF, 1992. À ceux-ci il convient d'ajouter les écrits dispersés d'Alexandre Marc et Denis de Rougemont.

tions, ou inversement pour une théorie du fédéralisme de l'étude du processus d'intégration européenne, nous paraît limité.

Tout au plus peut-il être intéressant de constater que des mécanismes régulateurs visant à garantir l'équilibre fédéral, que l'on peut qualifier de séparation verticale du pouvoir¹², n'apparaissent que récemment dans le processus, notamment le principe de subsidiarité qui n'est formulé explicitement que dans le *Traité de Maastricht*¹³. Cela pourrait donner l'impression qu'après une phase de transfert substantiel du pouvoir vers les autorités centrales, les entités constituantes ont institué, tardivement, des mécanismes de protection de leurs compétences. Cette impression est cependant trompeuse ; il convient de souligner que le principe de subsidiarité apparaît simultanément à l'extension des domaines de compétences communautaires, au détriment des sphères de compétence des États membres. Il ne s'applique d'ailleurs qu'à de nouvelles compétences communautaires, les compétences originaires, relatives pour l'essentiel à la réalisation du marché intérieur, restant exclusivement communautaires et non soumises à ce principe.

Pour le reste, soulignons que, bien que cette construction fédérale soit très progressive, ses mécanismes ont régulièrement été ajustés pour tenir compte des nouvelles réalités européennes et, selon des tensions contraires, des intérêts des institutions communautaires (Commission et Parlement principalement) et des États membres. Les traits d'un système fédéral apparaissent très tôt dans le processus. Mais l'accent mis sur le caractère dynamique du processus d'intégration européenne¹⁴ par les tenants d'une lecture fédéraliste – qui se recoupe avec les thèses progressistes des pro-européens – a pour conséquence que l'essentiel du débat porte sur la finalité de ce processus d'intégration et le degré d'achèvement d'une véritable entité fédérale. Ce qui, implicitement, par analogie avec les modèles connus, fait référence à l'émergence d'un véritable État fédératif européen. Notre propos dans cette contribution n'est pas d'aborder cette « question taboue », mais d'analyser, selon le paradigme fédéraliste, le système communautaire en l'état, et non en tant qu'éventuel État en devenir¹⁵.

12. Voir *The Federalist Papers*, n°s 15 (Hamilton), 45-47 et 51 (Madison).

13. Art. 3B du *Traité instituant la Communauté européenne* (aujourd'hui art. 5). Notons cependant que le principe de subsidiarité apparaît matériellement, bien que n'étant pas nommé, à l'art. 130 R introduit par l'*Acte unique européen* en 1987.

14. Ainsi parmi les juristes qui font une analyse fédéraliste (implicite) du système européen, la dernière édition de l'ouvrage de Jean-Victor Louis, *L'ordre juridique communautaire*, insiste dans sa conclusion : « Les Communautés constituent une forme d'organisation nécessairement inachevée et, dès lors, transitoire. Elles ont été créées en vue de contribuer à l'unification européenne. L'abandon de ce dessein engendrerait non pas la stabilisation de l'acquis communautaire, au niveau atteint jusque-là, mais un processus plus ou moins rapide de désintégration. » J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des CE, 1993, p. 223-224.

15. Notre démarche se distingue en ce sens des lectures fédéralistes classiques de l'intégration européenne, lesquelles posent toujours l'objectif de l'achèvement d'une structure européenne

2. Une « Constitution fédérale européenne »

Selon le deuxième sens du terme constitution, il s'agirait d'un document unique, ou d'une collection de documents liés, qui aurai(en)t pour fonction de définir les caractéristiques principales du système fédéral, notamment l'articulation en son sein de plusieurs souverainetés.

Soulignons en préalable que la notion même de Constitution est consubstantiellement liée à celle d'État : c'est la conséquence de processus historiques. La terminologie juridique tient ainsi compte des conditions effectives d'émergence des textes constitutionnels, lesquels sont apparus dans les États¹⁶. Cette inscription des approches constitutionnelles dans un cadre étatique n'a cependant pas en elle-même à voir avec le paradigme fédéral¹⁷.

L'observation de la pratique montre même quelques usages dans le droit des organisations internationales, où il arrive que l'on parle de « Charte constitutive » ou « charte constitutionnelle », voire même de « Constitution »¹⁸ de l'Organisation. Plus précisément pour ce qui concerne la Communauté européenne, la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.E.) a, dans un arrêt de 1986, qualifié le Traité de Rome de « Charte constitutionnelle de base »¹⁹. Sans nous sentir tenu par cette appellation, force est pourtant de constater qu'un examen des caractéristiques des Traités instituant les CE

de type étatique. Ainsi, *a contrario* mais de manière très explicite, citons Sean Van Rappenbusch, lequel écarte la référence à une lecture fédéraliste en ces termes : « Il importe de souligner que le concept de fédéralisme est source de malentendus car il évoque des modèles de référence différents, marqués tantôt par la centralisation (tel le modèle américain), tantôt par la décentralisation (tel le modèle allemand ou belge). En outre, il a été conçu dans le cadre de la théorie de l'État ; or, la construction européenne ne tend pas à mettre en place une construction étatique » (S. Van RAPPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 2^e éd., Bruxelles, De Boeck et Larcier, 1998, p. 118). Contre cette limitation de la pensée fédéraliste au modèle étatique, voir les pages lumineuses, bien que datées pour ce qui concerne les références et les exemples, de Georges Scelle (*supra*, note 1, p. 187-206).

16. Voir H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF (coll. droit fondamental), 1995, p. 33-45.
17. Georges Scelle va plus loin encore puisqu'il affirme que « [l]a constitution n'est pas la caractéristique de l'État, et le traitée celle des formes fédérales. Il y a beaucoup d'États fédéraux à l'origine desquels se rencontrent des traités, ou dont la constitution repose sur des stipulations d'ordre conventionnel incorporées ou non dans une charte constitutionnelle. Certains États unitaires eux-mêmes ont réalisé tel ou tel processus partiel d'intégration sur la base de stipulations internationales – souvent méconnues ensuite –, mais qui réservaient l'autonomie des institutions provinciales ou locales. Ainsi en fut-il en France pour les pays d'États » (G. SCELLE, *supra*, note 1, p. 193).
18. La Cour Internationale de Justice qualifie de « constitution » le Traité instituant l'OIT dans *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 75, § 20.
19. C.J.E., *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, C-294/83, [1986] E.C.R., p. 1365 [*Les Verts*].

(puis l'UE) au regard des principes applicables aux constitutions, notamment fédérales, confirme la pertinence de cette qualification, comme nous le montrons ci-après.

Par ailleurs, le fait qu'il n'existe pas un texte unique, mais une combinaison de traités²⁰ ne constitue pas un obstacle à la qualification de Constitution pour ces textes pris dans leur ensemble²¹. L'effort actuellement mené dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Europe, visant à fondre le contenu actuel des Traités en un document unique réécrit (dénommé au terme de ses travaux « projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe ») apportera certes une clarté et une lisibilité bienvenues, mais ne change pas la valeur juridique de ces textes au fondement de l'ordre juridique communautaire. Aussi pour ce qui est d'un point de vue purement formel, rien ne s'oppose à ce que les traités pris dans leur ensemble forment une constitution fédérale ; et si ce n'était formellement, ce le serait tout au moins matériellement.

Ces préalables étant posés, relevons que dans une perspective comparatiste, les traits communs aux constitutions sont peu nombreux. Hélène Ruiz Fabri, dans son ouvrage sur les droits constitutionnels européens constate que « le seul dénominateur commun semble résider dans la supériorité et la stabilité particulières de ces textes²² », ce qui limiterait à deux les éléments communs aux constitutions (européennes). Si l'on applique le test de ces deux critères aux Traités instituant l'Union européenne, on peut admettre que l'on se trouve déjà en présence d'une Constitution européenne.

Pour ce qui est de la primauté des textes des traités, la Cour de Justice dans l'arrêt *Parti écologiste « Les verts » c. Parlement européen* affirme « que la Communauté économique européenne est une Communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la

20. Actuellement – le Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) a été signé à Paris le 18 avril 1951, pour une durée de 50 ans ; entré en vigueur le 15 juillet 1952, il est arrivé à terme à l'été 2002 – ce sont les deux Traités de Rome signés le 25 mars 1957, l'un instituant la Communauté économique européenne (rebaptisée Communauté européenne par le traité de Maastricht) et l'autre EURATOM, ainsi que le Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, tous trois modifiés par des traités intermédiaires – dont les principaux sont l'Acte unique européen et le Traité de Maastricht pour les Traités de Rome, le Traité d'Amsterdam et le Traité de Nice pour les trois traités – ne font que modifier les traités fondamentaux existant.

21. Ainsi, par exemple, la Constitution autrichienne, si elle s'articule bien autour d'un texte principal (datant de 1929), ne comprend pas moins de 268 textes autres que celui-ci, lesquels font partie de la constitution autrichienne. De même, le texte constitutionnel français de 1958 fait renvoi à des textes qui n'en font pas formellement partie (déclaration de 1789, préambule de 1946).

22. H. RUIZ FABRI, *supra*, note 16, p. 33. À moins que l'on considère la supériorité et la stabilité particulière comme les deux éléments d'un même dénominateur, nous arrivons ainsi à deux caractéristiques.

conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité²³ ». La Cour souligne ainsi que cette appellation de « Charte constitutionnelle » suppose la supériorité des actes fondateurs sur tous les actes des institutions et États membres, tout au moins dans le champ d'application des traités. En fait, ce principe avait pour la première fois été affirmé dans l'arrêt *Flaminio Costa c. E.N.E.L.* de 1964, dans lequel la Cour affirme que « les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure²⁴ », d'où elle tire la conclusion que « le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même²⁵ ».

Ainsi, le critère de la primauté est satisfait, la supériorité des textes des traités constitutifs sur tous les actes des institutions et des États membres dans le cadre communautaire étant affirmée (arrêt *Les Verts*). D'autre part, spécificité de l'ordre juridique d'un système fédéral²⁶, ces textes communautaires priment l'ensemble des ordres juridiques des États membres (arrêt *Costa*), ce qui correspond au principe de primauté du droit fédéral sur le droit des entités constitutives. Signalons cependant qu'en plusieurs occasions des cours constitutionnelles nationales, notamment le *Bundesverfassungsgericht* de Karlsruhe, ont remis en question cette primauté de l'ordre juridique constitutionnel et affirmé que la source de la validité du droit communautaire, y inclus les traités, se trouve, pour ce qui concerne l'Allemagne, dans la Loi fondamentale²⁷. Mais cette querelle reste théorique, et la primauté des traités constitutifs de la Communauté européenne s'est toujours révélée effective, même en Allemagne²⁸.

Le second test concerne la « stabilité particulière » du texte ayant prétention constitutionnelle. En l'occurrence, toute révision des Traités européens doit être approuvée par « tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives »²⁹ ; c'est-à-dire qu'il faut l'accord des parlements – voire des électeurs – de tous les États pour réviser les Traités, ce qui procéduralement garantit une stabilité particulière des Traités. Et pourtant, les révisions des Traités ont été nombreuses au cours des ans, malgré cette

23. C.J.E., *Les Verts*, *supra*, note 19, p. 1365.

24. C.J.E., *Costa*, *supra*, note 5, p. 1159.

25. *Ibid.*, p. 1160.

26. À la notable exception de la Belgique qui ne connaît pas en l'état actuel ce principe.

27. Voir notamment l'arrêt « *Maastricht* » du 12 octobre 1993 (*BverfGE*, 89, 155), dont de larges extraits en français sont publiés dans la *Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, p. 289.

28. Voir principalement les arrêts du 19 mai 1974 (*BverfGE*, 37, 271), dit « Solange I », du 22 octobre 1986, *BverfGE*, 73, 339, dit « Solange II », et plus récemment du 7 juin 2000, *BverfGE* 102,147, dit « Solange III ».

29. Art. 48 TUE, al. 3.

exigence d'unanimité. Par ailleurs, le choix de ne permettre la modification des Traités que si tous les membres y consentent – et, donc, que cette révision s'applique uniformément (ou presque³⁰) à l'ensemble de l'Union, et non, comme le prévoient les règles coutumières du droit international³¹, aux seuls États ayant accepté le nouvel accord – signifie que d'un point de vue juridique, les Traités constitutifs sont au moins autant considérés selon une logique constitutionnelle fédéraliste que dans le cadre du droit international classique. Rappelons à ce propos que son étymologie même lie le concept du fédéralisme à la notion d'alliance (du latin *foedus*). Aussi la constitution fédérale a-t-elle souvent, notamment à l'origine de l'État fédéral (constitué par agrégation), la nature d'un traité entre entités souveraines, dont l'entrée en vigueur a pour effet simultané de créer un nouvel État fédéral (donc un nouvel ordre juridique, distinct du droit international et du droit des entités constituantes) et de changer la nature de ce traité constitutif. Celui-ci, d'acte international conclu entre entités souveraines, devient Constitution d'un nouveau sujet de droit, doté de son propre ordre juridique, s'imposant aux entités fédérées, lesquelles ne sont alors plus souveraines. Sans encore prononcer le terme de Constitution, la C.J.E. constatera cependant bien, dans un arrêt de 1963 que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international³² », puis de manière constante depuis 1964, qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité C.E.E. a institué un ordre juridique propre³³ », sans plus même de référence à la nature ou à l'origine internationale de ce nouvel ordre juridique.

Sous cet angle, la CEE semble bien dotée d'un texte originel dont les effets et les caractéristiques sont ceux d'une Constitution au sein d'un ordre juridique de type fédéral. L'élément qui pourrait cependant faire douter du caractère constitutionnel de ces textes a trait à leur procédure de révision, puisque la validité de l'approbation par chacun des États membres du nouveau texte constitutionnel est laissée à la définition des règles de chacun des États membres³⁴, et non fixée par une règle du texte constitutionnel lui-même. Cela pose la question du siège ultime de la souveraineté³⁵, et donc à nouveau la

30. La pratique s'est développée de consentir des clauses d'exceptions – sous la forme de protocoles annexés au(x) traité(s) – pour certains États hésitants à s'engager (notamment le Danemark et le Royaume-Uni).

31. Telles que codifiées par la *Convention de Vienne sur le droit des Traités* de 1969, art. 40.

32. C.J.E., *Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, C-26-62, [1963] E.C.R., p. 23 [*Van Gend & Loos*].

33. C.J.E., *Costa, supra*, note 5, p. 1158.

34. Art. 48 TUE.

35. Rappelons que la C.J.E. a pour sa part tranché catégoriquement en 1964 déjà, affirmant que les États ont par le biais des Traités consentis « une limitation définitive de leurs droits souverains ». Voir *supra* note 6. Nous serions pour notre part plus mesurés ; en effet, même en cas de silence des Traités, on ne voit guère comment la CE pourrait s'opposer à la volonté d'un État membre de se retirer. De plus, et ceci n'est pas le moindre des paradoxes, le *Projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe* prévoit à son art. 59 que « tout État membre peut, conformément à ses règles constitutionnelles, décider de se retirer de l'Union européenne ». Ce qui affaiblit tout l'édifice d'un ordre juridique communautaire patiemment élaboré par la C.J.E.

question de l'État européen. Nous verrons plus loin que d'un point de vue fonctionnel, la CE satisfait déjà plusieurs des tests de l'État fédéral, même si cette question n'est pas tranchée pour les raisons politiques exposées en introduction ; mais apporter une réponse à cette question d'un point de vue des principes fédéralistes n'est pas une nécessité. En effet, pour ce qui est de l'application des principes fédéralistes, cela ne pose pas de problèmes particuliers : les confédérations, au sein desquelles la procédure de révision du pacte confédéral peut effectivement être régie pour chacun des partenaires par ses propres règles constitutionnelles, peuvent également s'analyser en termes fédéraux.

Un autre test intéressant pour déterminer si l'on est en présence d'un texte international, s'appliquant tant dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes, ou d'un texte constitutionnel créant un ordre juridique propre a trait aux critères selon lesquels sont définis les effets de ce texte après son entrée en vigueur. S'il est simultanément régi par les règles du droit international et des droits internes des États l'ayant accepté, il s'agira d'un traité international ; s'il doit s'appliquer selon les règles qu'il institue lui-même, nous aurons alors bien à faire à un texte de nature constitutionnelle, au fondement d'un ordre juridique propre, distinct du droit international (tout en y restant par ailleurs soumis)³⁶.

Rappelons que le droit international classique, s'il impose aux États parties à un accord international de le respecter et de l'exécuter de bonne foi, ainsi que de ne pas invoquer des dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'obligations découlant d'un traité³⁷, ne détermine par contre pas lui-même les effets juridiques des normes qu'il incorpore au sein des ordres juridiques internes. Il est au contraire admis que les effets d'un traité international sur le plan interne, dépendent des dispositions constitutionnelles ou législatives de l'État lié par ledit traité. C'est la position que défendait le

36. De ce point de vue, le libellé de l'art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, considéré comme codifiant une règle internationale coutumière et s'appliquant à ce titre à l'UE (voir C.J.E., *A. Racke GmbH & co c. Hauptzollamt Mainz*, C-162/96, [1998] E.C.R. I-3699 [*Racke*]) affirme la primauté du droit international sur toute règle de droit « national ». En l'occurrence, il convient de ne pas vouloir mesurer l'autonomie dont devrait jouir la CE par rapport aux règles du droit international à l'aune des critères qui existaient à l'époque de la constitution des États comme les États-Unis, mais au regard de l'interdépendance contemporaine, qui limite singulièrement la notion de souveraineté des entités étatiques également. Le fait que la « Constitution » de la CE soit soumise au droit international n'est ainsi pas une situation différente de celle des textes constitutionnels de tous les États respectueux du droit international. Ainsi, à titre d'exemple, dans sa nouvelle Constitution récemment adoptée (2000), la Confédération helvétique prévoit à son art. 5 § 4 que « la Confédération et les cantons respectent le droit international », mais aussi et surtout qu'en cas de révision totale de la Constitution, « [l]es règles impératives du droit international ne doivent pas être violées » (art. 193 § 4).

37. Art. 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969, laquelle s'applique à titre de droit coutumier à la CE, comme l'a admis l'arrêt *Racke*, *supra*, note 36, p. I-3699-3700.

gouvernement des Pays-Bas dans l'affaire 26-62 que la Cour de justice des CE a tranché par jugement du 5 février 1963. Pour cet État, la question de savoir si, en vertu du droit constitutionnel néerlandais, l'article 12 du Traité CEE était directement applicable, relevait de l'interprétation du droit néerlandais et n'entraînait en conséquence pas dans les compétences de la Cour de justice³⁸. Au contraire, la Commission affirmait que « l'effet du droit communautaire sur le droit interne des États membres ne peut être déterminé par ce droit interne, mais par le seul droit communautaire³⁹ ». Si cette dernière interprétation devait être retenue, alors nous pourrions admettre que d'un point de vue juridique, les effets de ce texte dans les ordres juridiques nationaux des États qui l'ont négocié puis accepté, s'apparentent à ceux d'une Constitution fédérale plus qu'à ceux d'un traité international.

La Cour, tout en ne niant pas que le Traité de Rome constitue un traité international⁴⁰, considère « que l'objectif du traité C.E.E. [...] implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants⁴¹ », d'où elle parvient à la conclusion qu'elle est elle-même – et non les États membres en se fondant sur leur ordre juridique interne comme le soutenaient les gouvernements des États membres ayant présenté leurs conclusions devant la Cour⁴² – fondée à déterminer que « selon l'esprit, l'économie et le texte du Traité, l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder ». Certains commentateurs n'ont pas manqué de souligner que les critères d'interprétation retenus par la Cour étaient ceux de droit international (tels qu'ils sont depuis codifiés à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités entre États de 1969), mais cela ne nous paraît pas en soi déterminant. D'autant que par la suite, la jurisprudence de la C.J.E. et les principes juridiques qu'elle appliquera s'auto-nomiseront largement par rapport au droit international.

Ainsi, selon les critères constitutionnels propres au fédéralisme, les traités s'apparentent bien, par le traitement qu'ils reçoivent en droit, à un texte de valeur constitutionnelle, dont la primauté est assurée par une juridiction qu'ils instituent eux-mêmes (la C.J.E.), et dont la stabilité est assurée par des procédures de révision particulièrement contraignantes, mais pas paralysantes⁴³.

38. C.J.E., *Van Gend & Loos*, *supra*, note 32, p. 16.

39. *Ibid.*, p. 15.

40. *Ibid.*, p. 22.

41. *Ibid.*, p. 23.

42. Comme le permet le Statut et le Règlement de procédure de la juridiction communautaire, les gouvernements allemands et belges avaient soutenus des conclusions rejoignant celles du gouvernement néerlandais sur ce point.

43. Notons, par exemple et à titre de comparaison, que la Constitution des États-Unis d'Amérique a été amendée seulement quatre fois depuis la constitution de la CEE, même si l'entrée en vigueur d'un amendement ne requiert pas l'unanimité des États membres de l'Union.

Quant à l'appellation de tels textes à vocation constitutionnelle⁴⁴, celle-ci ne doit pas être privilégiée par rapport à la nature même de ces textes – telle qu'elle peut être déduite par l'analyse de leurs effets – dans les ordres juridiques dans lesquels ils ont à s'appliquer.

B. LES RELATIONS ENTRE LE NIVEAU FÉDÉRAL ET LES INDIVIDUS

Un second critère déterminant pour soutenir l'affirmation selon laquelle nous sommes bien dans un système fédéral et non plus dans le cadre des relations internationales classiques, est l'examen du lien qui existe entre les individus et le niveau supérieur (fédéral/supranational/central). Médiat, dépendant de l'intervention de l'État (l'entité fédérée) dans la mise en œuvre des prescrits normatifs de l'ordre fédéral, on reste dans le domaine d'un ordre juridique de type international. Immédiat, les décisions des institutions centrales capables de produire des effets sur les individus sans que soient mobilisés les ressources des États membres, on sera dans l'orbe fédéraliste⁴⁵. C'est souvent sur cet aspect du lien entre Communauté européenne et individus que se concentre l'intérêt des chercheurs ; et la question de l'effet direct d'actes du droit communautaire sur les individus est tranchée de longue date et de manière indiscutable. Mais cette relation ne se limite pas à cet aspect « descendant » et il convient également à notre sens d'examiner le lien inverse, tel qu'il existe entre individus et institutions du « pouvoir fédéral ». Si la composition et le fonctionnement de celui-ci ne dépendent que des relations entre États membres, sans légitimation directe par les individus, on reste dans le domaine de la coopération internationale, fut-elle poussée au stade de ce que la littérature a qualifié d'« intégration ». Si, au contraire, les individus participent directement à la légitimation des organes ou institutions du pouvoir « central », le système penchera alors vers le fédéralisme, même s'il convient de ne pas

44. Il paraît difficile d'affirmer que l'Allemagne était dépourvue de texte constitutionnel parce que le texte qui remplissait cette fonction était dénommé Loi fondamentale. Cela est également vrai pour des textes appelés Traités.

45. « The difference between a federal and national Government as it relates to the *operation of the Government* is supposed to consist in this, that in the former, the powers operate on the political bodies composing the confederacy, in their political capacities. In the latter, on the individual citizens, composing the nation, in their individual capacities. On trying the Constitution by this criterion, it falls under the national, not the federal character; though perhaps not so completely, as has been understood » : James MADISON, *The Federalist Papers*, n° 39, 16 janvier 1788. À ce stade de l'histoire où l'on était en train d'inventer le fédéralisme moderne, le terme « fédéral » se réfère à des confédérations, seuls modèles fédéraux existants, le terme « national » faisant référence à des États. Dans le même sens, quelques décennies plus tard, l'attentif observateur du système américain qu'a été Alexis de Tocqueville note qu'« [e]n Amérique, l'union a pour gouvernés, non des États, mais de simples citoyens. Quand elle veut lever une taxe, elle ne s'adresse pas au Gouvernement du Massachusetts, mais à chaque habitant du Massachusetts. Les anciens gouvernements fédéraux avaient en face d'eux des peuples, celui de l'Union a des individus » : *De la démocratie en Amérique*, Vol. 1^{er}, Paris, 1835, chap. 8.

négliger que la caractéristique principale du fédéralisme est précisément de préserver une capacité de participation des entités constituantes au pouvoir central, et non de constituer la population de l'entité fédérale en source de légitimation exclusive et immédiate du pouvoir central. Nous allons voir que pour ce qui concerne la Communauté européenne, la question est, à nouveau, complexe.

1. Le lien entre le niveau fédéral et les individus

Dans les jurisprudences fondatrices que nous avons déjà citées, la C.J.E. souligne que « l'objectif du traité C.E.E. [qui] est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté » d'où elle conclut « de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international [...] dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ; que partant, le droit communautaire, *indépendant de la législation des États membres*, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique »⁴⁶. C'est donc bien dans un rapport immédiat – dont les conséquences seront d'ailleurs tirées de la jurisprudence subséquente de la C.J.E. en termes de moyens pour les particuliers de faire valoir ces droits qui leur sont directement attribués par l'ordre juridique communautaire à l'encontre de l'État sous la juridiction duquel ils se trouvent – que se situent les particuliers dans l'ordre juridique communautaire.

Soulignons cependant, contrairement à un sentiment largement répandu dans le public, qu'il n'existe pas une administration communautaire tentaculaire dont les agents seraient chargés de la mise en œuvre de ces règles issues de l'ordre communautaire. Les capacités exécutives et administratives des institutions strictement communautaires sont extrêmement réduites, et, de ce point de vue, la Communauté européenne constitue dans les faits un modèle de fédéralisme d'exécution au sein duquel ce sont les organes des États membres (tant législatifs, exécutifs que judiciaires) qui se chargent de l'essentiel de la mise en œuvre de ces prescrits communautaires. Cette situation, d'une incidence tout à fait marginale tant que le processus d'intégration communautaire se limitait à l'intégration négative (sommairement, une libéralisation des échanges par l'instauration du marché intérieur, qui entraînait principalement des obligations pour les législatifs et exécutifs nationaux de s'abstenir de toute intervention freinant ou perturbant la réalisation des objectifs fixés par les Traités), soulève aujourd'hui, avec le développement de l'intégration positive (c'est-à-dire, toujours sommairement, de politiques publiques européennes, dont la mise en œuvre nécessite une action des pouvoirs publics des États membres) des difficultés nouvelles. Aussi ce lien direct, s'il existe bien d'un strict point de vue juridique, nécessite dans un nombre croissant de cas une action positive de la part d'organes des États membres pour se matérialiser.

46. C.J.E., *Van Gend & Loos*, *supra*, note 32, p. 23 [nos italiques].

Nonobstant cette remarque, on trouve bien de ce point de vue un trait caractéristique du fédéralisme dans le système communautaire.

2. Le lien entre individus et « pouvoir fédéral »

C'est sous cet angle particulier que le modèle communautaire présente, nous semble-t-il, le plus d'originalité en regard des modèles connus de fédéralisme. En effet, si les liens entre les individus et les pouvoirs centraux au sein d'un système fédéral sont toujours plus distendus que ceux que l'on peut trouver au sein d'un État unitaire – puisque parallèlement aux droits démocratiques individuels sont préservés les droits de représentation des entités constituantes du système fédéral – le modèle communautaire réduit ce lien à un filin particulièrement ténu. L'explication doit selon nous être cherchée dans le renoncement, dans les phases initiales du projet, à la référence explicite à un modèle fédéral. Ceci donne un modèle s'inspirant plus du système des relations internationales – au sein duquel les exécutifs nationaux jouent un rôle prépondérant – que des modalités de représentation démocratique au sein d'un système politique intégré.

Il existe certes un Parlement européen ; il faudra cependant attendre l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht (le 1^{er} novembre 1993) pour qu'il se voie reconnaître un rôle effectif de colégislateur, dans un nombre limité de domaines de compétence communautaire. Par ailleurs, si, dès l'origine, le Parlement européen disposait d'un pouvoir de censure à l'encontre de la Commission européenne, ce qui fait penser à un pouvoir classique d'un parlement en régime parlementaire, il ne jouait paradoxalement pas de rôle dans la désignation de cet organe communautaire tout à fait particulier. Ce n'est qu'avec le Traité de Maastricht qu'il obtient le droit d'approuver le collège des Commissaires, lequel a été composé par les gouvernements et le Président de la Commission.

Mais ce qui nous intéresse principalement ici, les modalités de désignation des membres du Parlement européen, est laissé à l'entière discrétion des États membres. S'il est exact qu'en 1976 les États membres ont accepté le principe d'une élection au suffrage universel et direct des parlementaires européens, en lieu et place de « délégués que les Parlements nationaux sont appelés à désigner en leur sein⁴⁷ », cette modification institutionnelle substantielle prévoyait aussi que « le Parlement européen élaborera des projets en vue de permettre l'élection au suffrage universel direct selon une procédure uniforme dans tous les États membres⁴⁸ ». S'il était juste de laisser aux futurs

47. Libellé originaire de l'art. 138 § 1 du Traité de Rome. Modifié par l'« Acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct » (20 septembre 1976, décision 76/787 CECA, CEE, Euratom).

48. Art. 138 § 3 du Traité de Rome.

élus européens de proposer des modalités de désignation au niveau communautaire, force est maintenant de constater, quelque 25 ans plus tard, que la volonté de régler les modalités de la désignation de cette (première ou deuxième) chambre législative au niveau européen n'existe pas⁴⁹. Le seul élément d'origine européenne dans la procédure de désignation des membres du Parlement européen est le droit conféré à chaque ressortissant d'un État membre de l'UE « résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant » de voter et d'être élu aux élections au Parlement européen « dans l'État membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État »⁵⁰. La délimitation du corps électoral autorisé à légitimer, dans la circonscription que constitue un État, une des branches du pouvoir normatif central n'est ainsi plus du seul ressort de l'État membre, mais aussi influencée par une règle du « niveau fédéral ». La procédure reste par contre définie au niveau de chaque État membre⁵¹.

Quant au principal organe décisionnel communautaire, le Conseil des ministres, il est à l'origine constitué de représentants des gouvernements nationaux, en cela fidèle au modèle intergouvernemental classique, et échappant ainsi à toute procédure de désignation au niveau communautaire/fédéral. Une modification est cependant intervenue à Maastricht (1992), supprimant l'exigence qu'au sein de cet organe ce soit le gouvernement de chacun des États membres qui y « délègue un de ses membres », pour autoriser tout représentant « au niveau ministériel » et « habilité à engager le gouvernement de cet État membre »⁵² à exercer les droits de l'État au sein du Conseil. Cette formulation peu explicite répond en fait à la pression des *Länder* allemands (et dans une moindre mesure des régions et communautés belges) qui souhaitaient être associés au processus législatif communautaire, dans la mesure où les règles communautaires relèveraient de leurs propres compétences législatives telles que définies sur le plan interne. Ce changement laisse intactes l'autonomie des modalités de la désignation du représentant et la fonction de représentation de l'État elle-même. Ce sont donc exclusivement les États en tant qu'entités constituantes de la Communauté, et non leurs citoyens constitués en corps politiques, qui sont reconnus par le niveau communautaire. Les citoyens sont par contre bien évidemment constitués en corps politique par l'État, mais par lui seul, en dehors de toute influence communautaire, comme le montrent clairement les limites de la portée des droits politiques associés à la « citoyenneté européenne » conférée aux ressortissants des États membres par l'article 19 TCE.

49. Dans le cadre de la révision d'Amsterdam (1997), le futur est remplacé par le présent. Sans beaucoup d'effet. Dans l'actuel projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe, l'idée d'une procédure commune n'est plus mentionnée que dans la 3^e partie. Encore un paradoxe de cette « constitutionnalisation à l'envers ».

50. Art. 19 § 2 TCE.

51. Conformément à la disposition de l'art. 7 § 2 de l'acte portant élection des représentants au Parlement européen de 1976, *supra*, note 47.

52. Art. 146/203 TCE.

En renonçant à déterminer au niveau communautaire (fédéral) les conditions auxquelles les entités constituantes participent du pouvoir de l'entité de niveau supérieur, l'UE s'oblige à reconnaître, le cas échéant, des particularismes institutionnels de certaines de ces entités. La reformulation de Maastricht relative à la participation au Conseil a ainsi été dictée par la nécessité de prendre en compte la diversité institutionnelle des États membres, et notamment de ceux qui sont eux-mêmes de nature fédérale. On assiste ainsi à l'instauration d'une fédération de fédération, asymétrique – puisque cette nouvelle formulation n'a eu à ce jour de conséquences directes qu'en Allemagne, en Autriche et en Belgique, les trois États fédéraux, et indirectes en Espagne, en Italie et au Royaume-Uni⁵³. Ici, le modèle institutionnel communautaire, par souci précisément de ne pas apparaître comme l'ébauche d'un État fédéral et pour préserver autant que faire se peut l'autonomie – ou la souveraineté – des entités constituantes, s'engage sur des pistes nouvelles et non balisées du fédéralisme. Outre l'asymétrie, qui paraît tout à fait gérable⁵⁴, on introduit au niveau du fonctionnement du pouvoir central et de ses relations avec les pouvoirs des entités membres, une complexité supérieure à ce que connaissent les systèmes fédéraux étatiques existants. Il y a là un apport tout à fait substantiel et original du modèle d'intégration européen à la théorie fédéraliste⁵⁵. Il sera intéressant, à partir des enseignements – pas toujours concluants – de l'expérience européenne, d'envisager le développement d'un modèle de fédération de fédérations ; pour autant qu'un tel modèle ne s'affaisse pas sous le poids de la trop lourde gestion de la complexité qu'il induit.

Cette inexistence dans le modèle communautaire d'organes du pouvoir central constitués sans l'intermédiaire des États membres a une autre conséquence substantielle sur le modèle fédéral développé par l'intégration européenne : dans la mesure où il n'existe pas de pouvoir central autonome au niveau communautaire, il n'y a pas nécessité d'une division stricte des compétences entre le niveau fédéral et les entités parties à la Fédération. Ou pour être plus précis, si une telle division existe bien entre les niveaux, la mise en œuvre des pouvoirs du niveau central suppose dans tous les cas de figure l'assentiment des gouvernements – le cas échéant seulement une majorité d'entre eux (selon un système de pondération des voix et fixée à environ deux tiers du total des voix) – des entités constitutives. L'exercice de compétences

53. Voir N. LEVRAT, *L'Europe et ses collectivités territoriales*, Bruxelles, PIE – Peter Lang, 2005.

54. Il existe un degré d'asymétrie dans les compétences propres des régions italiennes et espagnoles ; mais cela ne se traduit pas institutionnellement dans une participation différenciée de ces entités fédérées au pouvoir fédéral. Le cas, plus récent, est plus complexe au Royaume-Uni, où l'asymétrie est également plus marquée.

55. C'est d'ailleurs la piste qu'ont empruntées les réflexions relatives à la « *multi-level governance* », telles que développées à partir de l'observation de l'intégration européenne par Gary Marks. Pour des considérations sur les liens de ce modèle d'analyse avec le fédéralisme, voir L. HOOGHE et G. MARKS, *Unraveling the Central State, But How? Types of Multi-Level Governance*, Vienne, Institut für Höhere Studien, Political Science Series, n° 87, mars 2003.

par le niveau central, même dans les domaines de compétences communautaires exclusives, n'est possible qu'avec le consentement des exécutifs des entités membres de la « communauté/fédération ». Il n'y a donc pas à proprement parler dans le système fédéral communautaire le besoin d'un partage vertical des pouvoirs entre niveaux de gouvernements indépendants⁵⁶.

CONCLUSION

Cette contribution avait à la fois pour but de montrer l'intérêt que peut présenter une analyse selon les principes fédéralistes du fonctionnement institutionnel de l'Union européenne, et l'apport que peut apporter au fédéralisme comparé l'étude de certaines solutions retenues au sein de l'Union européenne.

D'abord, de l'observation de l'UE sous le premier angle, on peut déduire que les traités et les institutions communautaires, dans leurs relations avec les entités constitutives et les citoyens, sont bien la Charte constitutionnelle d'un système fédéral, lequel ne crée pas pour autant un État fédéral. C'est un rappel utile. Nous ne sommes cependant pas sans nous inquiéter de ce que les évolutions les plus récentes de ce projet nous paraissent poursuivre simultanément des directions opposées.

Ensuite, quant à l'apport à une théorie du fédéralisme, le plus intéressant des éléments liés à l'observation de l'UE découle des modalités d'organisation du pouvoir communautaire. Il en ressort notamment que ces modalités particulières de répartition du pouvoir entre États membres toujours plus ou moins souverains et cette structure communautaire non étatique, loin d'affaiblir la vitalité du fédéralisme au sein des entités (États) constituant l'UE, pourraient la renouveler.

Enfin, nous pensons qu'au vu des observations mises en évidence, il est important de qualifier, en termes institutionnels et fédéraux, cet OPNI⁵⁷ que constitue l'Union européenne comme étant une « fédération internationale » ; ce qui prend acte de l'inexistence d'un État européen, et constitue une appellation beaucoup plus heureuse et fédératrice que la très en vogue « fédération d'État nations », utilisée avec la même intention que la nôtre, mais avec des conséquences indésirables, par nombre d'interlocuteurs européens.

56. Comme le soulignait à juste titre James Madison au sujet d'un modèle de l'État fédéral, « In the compound Republic of America, the power surrendered by the people, is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each, subdivided among distinct and separate governments » : *The Federalist Papers*, n° 51, 6 février 1788. C'est précisément ce qu'évite de faire la CE. En ce sens, le modèle qu'elle propose se distingue des modèles fédéraux connus.

57. « Objet politique non identifié », qualification que l'on attribue à Jacques Delors, lorsqu'au cours de son mandat à la tête de la Commission européenne il travaillait à la définition d'institutions renouvelées pour la communauté européenne.

Un processus de constitutionnalisation à rebours

Comme nous espérons avoir réussi à en convaincre le lecteur, l'ordre juridique communautaire, tant sur le plan des principes d'application de son contenu que par ses dispositions institutionnelles, correspond assez largement à une structure fédérale, fondée sur des traités qui possèdent la nature d'une Constitution européenne. Aussi n'est-ce pas sans quelque perplexité que nous constatons que plusieurs des éléments qui ont permis à la Cour de justice des Communautés et à une très large doctrine d'identifier ce système juridique comme un système de type fédéral, distinct du droit interétatique classique, font l'objet de reculades substantielles dans le projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe. Ainsi en est-il de la possibilité de se retirer volontairement de l'Union⁵⁸ qui porte atteinte à la logique de toute la construction de l'ordre juridique communautaire.

Aussi le caractère déclaratif de l'actuel effort de constitutionnalisation des traités doit-il, d'un point de vue fédéraliste, être salué. Pour autant, le contenu matériel du projet de traité produit par la Convention sur l'avenir de l'Europe ne constitue pas nécessairement un renforcement de la nature constitutionnelle des textes à la base de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Vers une fédération de fédérations ?

Un reproche souvent adressé à la Communauté européenne et à l'Union européenne a trait à la centralisation du pouvoir en Europe qu'elles induiraient. À entendre nombre de plaintes, tant de fédéralistes maximalistes, que de régionalistes et de souverainistes⁵⁹, l'Europe incarnerait le regrettable paradoxe d'un projet d'intégration qui procédait d'une inspiration fédéraliste, mais aurait pour fâcheuse conséquence d'être un facteur d'affaiblissement de la diversité et du fédéralisme en Europe.

Cependant, grâce notamment à une série de développements institutionnels depuis le *Traité de Maastricht* (1992), de nombreuses modalités permettent aux États fédéraux de préserver les spécificités de leur organisation

58. Art. 59 du projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe, *supra*, note 35. Soulignons cependant que l'existence d'une telle clause est envisageable même au sein de la Constitution d'un État fédéral. Ainsi, par exemple, l'art. 39 § 1 de la Constitution éthiopienne de 1994 prévoit le droit inaliénable de chaque nation, nationalité ou peuple d'exercer son autodétermination, jusqu'à la sécession, le paragraphe 4 de ce même article en fixant les modalités. L'Éthiopie n'en reste pas moins un État fédéral, même si ce ne saurait être un modèle de stabilité.

59. Défenseurs de la souveraineté des États-nations actuels dans la terminologie relative aux débats européens. Notamment représentés au sein du Parlement européen par le groupe de l'Europe des nations.

fédérale au sein de la structure communautaire. Tout cela est le plus souvent implicite, et jamais une référence explicite au fédéralisme ne figure dans le texte du Traité. Il n'empêche que de prétendues difficultés pour des États fédéraux à exister au sein de l'Union européenne doivent être relativisées. On a ainsi pu voir un nouvel État fédéral, l'Autriche, accepter d'adhérer à l'UE en 1995, sans grands bouleversements institutionnels. Il a même été donné d'observer un État anciennement unitaire, membre originaire des Communautés européennes, la Belgique, se proclamant fédération en 1993. L'Italie, autre membre originaire des CE, discute aussi d'une possible organisation fédérale, et le Royaume-Uni a entrepris un substantiel processus de dévolution. Ainsi, malgré certaines difficultés juridiques qui sont réelles pour ce qui concerne l'application du droit communautaire au sein des États fédéraux⁶⁰, certains auteurs n'hésitent pas à considérer que le processus d'intégration européenne favorise une organisation fédérale ou régionalisée des États membres⁶¹. Aussi l'Europe nous semble devoir dans un proche avenir générer des réflexions sur la capacité du modèle fédéral à réguler efficacement une « fédération de fédérations ».

L'Europe : « fédération internationale » plutôt que « fédération d'États-nations »

Nous l'avons montré, l'étude selon des termes juridiques de l'intégration européenne révèle que nous avons bien à faire à une structure fédérale ; laquelle ne constitue pas pour autant un État fédéral. Aussi, prenant acte de cette réalité et cherchant à la catégoriser, il convient de lui trouver une appellation qui en reflète au mieux ses caractéristiques. À ce propos, l'appellation actuellement dans le vent parmi les francophones de « fédération d'États-nations », si elle est probablement correcte, nous paraît peu heureuse.

Que l'Europe soit un continent sur lequel se sont développées et vivent un grand nombre de nations est incontestable. Que celles-ci ne soient et ne seront pas solubles dans quelque structure institutionnelle commune que ce soit – pour autant, bien évidemment, que celle-ci soit fondée sur les principes et libertés fondamentales des sociétés démocratiques – nous paraît également acquis. Que par contre le projet européen n'ait vocation à lier que les seules nations qui, préalablement à son émergence, avaient réussi à appuyer leur existence sur une structure étatique nous paraît être une imbécillité. Il ne s'agit certes pas de prétendre que les nations sans État (Basques, Catalans, Écossais, Flamands, Gallois, etc.) deviennent directement parties à un ensemble fédéral européen ;

60. Nous renvoyons sur ce point à la contribution à ce colloque de Annemie Schaus.

61. Voir notamment des auteurs comme Michael Keating, Richard Balme ou, récemment, Tanja Börzel. Ces auteurs rejoignent, par des voies différentes, les projets des premiers fédéralistes européens qui envisageaient une « Europe des régions ». Voir également le *Livre blanc sur l'Écosse* publié par le premier gouvernement Blair en 1997, lequel invoque un argument en ce sens (§ 7).

ce serait tout aussi idiot que la fédération d'États-nations sur le principe, et impraticable dans la réalisation (comment ces nations dépourvues d'une représentation institutionnelle propre pourraient-elles être directement parties à un instrument juridique européen ?). Mais il ne s'agit pas non plus de stigmatiser, à l'heure où précisément la reconnaissance d'identités nationales en Europe pourrait se faire en transcendant les cadres étatiques parfois trop étriqués et rigides, les différences de statut entre nations européennes. C'est la raison pour laquelle nous préférons l'appellation « fédération internationale ». La référence aux nations est toujours présente et substantielle. Le terme « international » suppose des relations entre États souverains (d'ailleurs d'un point de vue strictement juridique, la terminologie « interétatique » serait certainement plus appropriée), et fait référence aux origines historiques du projet communautaire. Par contre, il ne limite pas expressément la référence aux seules nations constituées en État, ce qui nous paraît préférable.

Nous ne sommes pas sans ignorer que cette appellation ne soit pas originale, et que notamment Georges Scelle l'utilisait dans une autre perspective dans la première moitié du XX^e siècle. Les époques et les réalités décrites nous paraissent suffisamment différentes pour que la confusion ne soit pas.

Ainsi, l'Europe est déjà fédérale, sans pour autant être un État. Et nous avons ci-dessus constaté que ni l'Europe, ni les États (même fédéraux), ni le fédéralisme, en tant que réalités ou concepts, n'en sont affectés. Il est même probable que tous trois y gagnent ; mais le démontrer demandera d'autres développements.

PARTIE III

**REPRÉSENTATION, VALEURS
ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS**

PART III

**REPRESENTATION, VALUES,
AND DISPUTE RESOLUTION**

Chapter 9

The Provinces and International Relations in Canada

Armand de MESTRAL*

Abstract

In Canada, the 1960s witnessed a statement of claims by the Province of Quebec that it should possess legislative and executive powers, with respect to international relations, as wide as its legislative and executive powers under the Constitution. At first, the Government of Canada met this claim with general denial. However, it later adopted a more conciliatory approach, acknowledging that all provinces might have a role to play in foreign affairs.

This paper explores the issues surrounding the capacity of the Canadian provinces to entertain relations with foreign states, and to participate in foreign relations conducted by the Government of Canada. The author contends that an unwritten constitution has emerged based on custom, possibly even on constitutional convention, which has extended to provincial governments (most notably the Government of Quebec), the capacity to enter into close relationships with foreign governments and to participate in foreign affairs. Thus, despite the

Résumé

Au Canada, la décennie de 1960 a vu émerger une revendication de la province de Québec selon laquelle celle-ci devait détenir des pouvoirs législatifs et exécutifs, eu égard aux relations internationales, aussi étendus que ceux qui lui étaient attribués par la Constitution. Dans un premier temps, le Gouvernement du Canada a nié cette revendication. Toutefois, il a, par la suite, adopté une approche plus conciliante, reconnaissant aux provinces un rôle dans les affaires étrangères.

Ce texte explore les enjeux entourant la capacité des provinces canadiennes à entretenir des relations avec des États étrangers, et à participer aux relations internationales menées par le Gouvernement du Canada. L'auteur soutient qu'une constitution non écrite basée sur la coutume, et peut-être même basée sur une convention constitutionnelle, a vu le jour. Celle-ci a étendu aux gouvernements provinciaux (en particulier au Gouvernement du Québec) la capacité d'entretenir des relations proches avec des gouvernements

* Professor of Law and Jean Monnet Chair, McGill University.

absence of a dispositive constitutional text, and in the light of serious policy disagreements between the federal and provincial governments, Canada has practiced a rich and complex foreign policy. All this has taken place with little fanfare, formality, or formalisation. It has been a triumph of pragmatism and function over form. The implicit limits of action are understood and seldom crossed.

étrangers et de participer à la conduite des affaires étrangères. Ainsi, malgré l'absence de dispositions constitutionnelles écrites, et à la lumière de divergences de vues importantes en matière de politiques publiques entre les gouvernements fédéral et provinciaux, le Canada mène une politique étrangère riche et complexe. Tout ceci a été mis en place sans tambour ni trompette, sans formalité ou processus de formalisation. Cela constitue un triomphe du pragmatisme et du fonctionnalisme sur la forme. Les limites d'action implicites sont comprises et rarement franchies.

INTRODUCTION

Do the Provinces of Canada have the capacity to entertain relations with foreign states or the right to participate in foreign relations conducted by the Government of Canada? Perhaps because this question was not even posed at the creation of the Canadian federation in 1867, it has continued to vex federal-provincial relations ever since. There is in fact no easy answer to this question at the present time. The Government of Canada maintains a strong position; the Government of Quebec maintains its own, followed by several other Canadian provinces. Despite some apparent differences of principle, and the occasional very public “*guerre des drapeaux*,” relations between the provinces and the federal government are governed to a large degree by consensus and a common understanding of the rules of the game. Little is set down publicly and much is governed by practice and understandings among public servants, charged with the conduct of international relations at the federal and provincial levels.¹

1. Materials on this issue are scarce. Basic materials and commentaries include: L. BERGERON, “Le rôle du gouvernement du Québec dans la mise en œuvre des droits de la personne” (1985) 2 R.Q.D.I. 257; I. BERNIER, *International Legal Aspects of Federalism* (London: Longman, 1973) and *Les Provinces Canadiennes et les Accords Internationaux de Commerce* (Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1980); A.L.C. de MESTRAL, “Le rôle de la pratique dans la formation du droit international” (1984) 14 R.D.U.S. 441; H. DORION, “La participation du Québec aux traités de l’organisation mondiale de la santé et la mise en œuvre du nouvel ordre sanitaire international” (1985) 2 R.Q.D.I. 117; M. DUPRÉ and E. THÉROUX, “Les relations internationales du Québec dans le contexte du droit international”, (1990-91) 6 R.Q.D.I. 145; P. GÉRIN-LAJOIE, “Vice Premier Ministre du Québec” (Address given to the consulate community in Montréal, April 12, 1967, unpublished); G. GOSSELIN and G. MACE, “Asymétrie et relations internationales : les provinces canadiennes, l’Europe et l’Amérique latine” (1991-92) 14 *Études internationales* 523; QUÉBEC, Ministère des Relations internationales, *Guide pratique des relations internationales du Québec* by F. LEDUC (Québec: Ministère des Relations internationales, 2000); V. LOUNGNARATH, “La

Under public international law, international relations are governed, not by one, but by two legal orders, and few questions can be answered exclusively on the basis of the domestic constitution. This is particularly true of federalism and international relations, since it is never sufficient to know whether the domestic constitution empowers a province to act internationally, because the full exercise of such powers will depend equally on the state of public international law and state practice. The gradual emergence of a provincial role in international relations has been the result of developments both in international law, allowing provincial actors onto some parts of the international stage, and in domestic constitutional law and practice, allowing the provinces to assume such a role.

A. THE LEGAL FRAMEWORK

1. Public International Law

Public international law, as codified by the *Vienna Convention on the Law of Treaties*,² has left the issue of capacity to participate in international relations in large part to domestic constitutional law. A provision formally contemplating the possibility of international action by the component states of federations was deleted, partly at the behest of Canada and other federal states. Thus, various federal constitutions in Europe, particularly those of the Federal Republic of Germany, Switzerland, and the former Soviet Union have authorized their constituent states to sign treaties. However, public international law speaks firmly to a number of issues; in particular, the capacity to claim statehood and to exercise the attributes of statehood. No assertion of the capacity of federal units to exercise the attributes of statehood would suffice to entitle the provinces of Canada, or the states of the United States, to membership in the United Nations.

International practice, as evidenced by domestic constitutions or domestic practice, will determine whether a constituent entity of a federal state is domestically empowered to sign, ratify and be bound by treaties. International law will determine whether the federal state or the constituent entity is bound under international law, and whether it has the necessary legal personality to

participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre échange entre le Canada et les États-Unis" (1987) 4 R.Q.D.I. 9; P. MARTIN, *Federalism and International Relations* (Ottawa: Queen's Printers, 1968); J.-Y. MORIN, "Le premier sommet de la Communauté francophone" (1986) 3 R.Q.D.I. 179 and "La personnalité internationale du Québec" (1984) 1 R.Q.D.I. 163; M. SHARP, *Federalism and international conferences on education. Fédéralisme et conférences internationales sur l'éducation*; a supplement to *Federalism and International Relations* (Ottawa: Queen's Printers, 1968); P. RATELLE, "La capacité de représentation du Québec dans les institutions internationales" (1988) 5 R.Q.D.I. 169.

2. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

enter in international litigation so as to enforce or defend such rights. The most interesting contemporary case in point is posed by the Belgian “*communautés culturelles*,” which are clearly empowered to enter into treaty relationships by the revised Belgian Constitution. After some hesitation, France has signed a treaty with the “*communauté francophone*”; Canada has yet to do so, although Quebec has not hesitated. Public international law and international state practice thus play a determining role in assessing the capacity and the right of provinces to sign and ratify treaties, and to otherwise play a part on the international scene.

2. Canadian Constitutional Law Governing International Relations

The *Constitution Act, 1867* (*British North America Act 1867*) made few provisions concerning the foreign relations of the future federation. It was assumed in 1867 that foreign relations were vested in the Crown, and would be conducted on behalf of the new Dominion by the British Crown after 1867. The only provision made in 1867 was section 132 of the *Constitution Act, 1867*, which provided that the Parliament of Canada could make laws to implement “Treaties of the Empire” applicable to Canada. From this, it can be assumed that Parliament was deemed exclusively competent to implement such treaties, but that all else was a matter of inference or interpretation by analogy. Section 132 does not provide clear guidance today as to whether Parliament might be competent, exclusively or concurrently, to implement any other non-imperial treaties. Still less clear is the answer to the question as to whether the federal executive power extended to the conduct of foreign relations in all areas, or whether the provincial Lieutenant Governors in Council might be equally competent to exercise executive power, in respect of foreign relations concerning matters within provincial jurisdiction.

In order to understand the situation in Canada, it is necessary to separate the analysis of the law governing the legislative and the executive powers in relation to foreign affairs. Despite the possible interpretation by analogy from section 132, or arguments that legislative jurisdiction over foreign relations should be covered by the federal authority to make laws for the “peace, order and good government of Canada,” the Privy Council unequivocally held in the *Labour Conventions Reference*³ in 1937, referring to the issue of implementation, that “there is no such thing as a treaty power” and that legislative power to implement international treaties lay within the respective federal and provincial legislative spheres, as determined by the text of the Constitution. The attempt by the Government of Canada to claim exclusive legislative authority to implement any treaty was dashed, and all subsequent attempts to revive that claim before the courts or by formal constitutional amendment negotiations have failed to the present time. The Government of Canada has thus been forced

3. *Canada (Attorney General) v. Ontario (Attorney General)*, [1937] A.C. 326 (Canada P.C.).

to live with a limited capacity to legislate in respect of treaties. This position is decried by some as a serious impediment to the conduct of international relations by Canada. An examination of the number of major treaties ratified by Canada, or of Canadian participation in international organizations, would suggest that this claim needs to be treated with a measure of skepticism. Canada has not been a minor player on the international scene.

The situation is rather different with respect to executive powers. Perhaps the most complex question which remains unanswered by the text of the *Constitution Act, 1867* is whether both federal and provincial legislative powers always extend to the international sphere. A second, though essentially preliminary question, is whether federal and provincial legislative powers enjoy extraterritorial reach. At first, there was considerable doubt that even the federal legislative power could extend extraterritorially. This was only resolved, in favour of Ottawa, by the Privy Council's decision in *Croft v. Dunphy*⁴ and by the *Statute of Westminster, 1931*⁵. Perhaps paradoxically, this capacity has continued to be denied to provincial legislatures. Further confirmation of the federal power has come from various decisions of the Supreme Court of Canada concerning offshore oil and gas rights on the continental shelf in 1967 and 1982. This litigation has done much to buttress the argument that the Government of Canada, possessing extraterritorial capacity, is the sole governmental entity empowered by the Constitution of Canada to represent Canada as a sovereign state.

The centerpiece of the argument that only the Government of Canada possesses the capacity to represent Canada internationally comes not from its legislative powers, but rather from the executive sphere. This results from the fact that the Government of the United Kingdom, by virtue of Letters Patent issued in 1947, transferred virtually all its executive powers in relation to foreign affairs to the Government of Canada. This process was formally completed by the *Constitution Act, 1982*, which put an end to the exercise of any residual legislative or executive powers of UK authorities with respect to Canada, with the adoption of an amending formula for the Constitution of Canada which relies exclusively on Canadian authorities. Although never being at the centre of a contested case, the nature and extent of the federal exercise of the prerogative over foreign affairs has been raised, though not decided upon, in the *Labour Conventions Reference* and other cases.

The central area of constitutional debate over international relations has always been the treaty power. Here, the law relating to executive and legislative powers coalesces sometimes rather awkwardly, since the normal principle of the Constitution of Canada, that legislative powers give rise to executive

4. [1933] A.C. 156 (Canada P.C.).

5. 22 *George V*, c. 4 (U.K.); R.S.C. 1985, App. II, No. 27.

powers, seems to be limited or even reversed. The Constitution of Canada appears to give a very strong position to the federal government in respect of executive powers, but truncates and limits the federal legislative power severely. The federal legislative power to implement treaties is far less extensive than that of the US Congress or the Parliament of the Commonwealth of Australia. Even in Germany and Switzerland, where the Constitutions recognize a capacity of the Länder and Cantons to conclude treaties, the Federal legislative power is strong enough to act in areas within the Länder's and Cantons' jurisdiction. The Government of Canada has had to content itself with a situation where it must cooperate with the provincial authorities before, during, and after a treaty negotiation if it is to be able to guarantee full and faithful implementation of a treaty, whose subject-matter falls within both federal and provincial, or within exclusive provincial legislative jurisdiction.

3. Political Positions—Claims and Counterclaims

The claim to a monopoly of executive authority to represent Canada as a sovereign state and member of the international community found its fullest articulation in two white papers dealing with foreign affairs issued in 1968. In *Federalism and International Relations*, the federal government argued that the gradual process of consolidation of Canadian statehood, which began in 1867, involved the gradual transfer of complete and exclusive executive authority to conduct international relations, from the UK government. This involved the exclusive authority to make treaties binding Canada at international law, the sole authority to represent Canada in intergovernmental organizations and at international diplomatic conferences, as well as exclusive authority to conduct diplomatic and consular relations.

The white paper argued that there was room under the federal umbrella for cooperation with provincial governments who wished to project policies in such spheres as education, culture, language, and social security into the international sphere. The offer was made to facilitate the participation of provincial governments in Canadian delegations to international organizations, conferences, and negotiations dealing with matters falling within provincial jurisdiction, as well as to facilitate the representation of provincial governments abroad. However, this could only be done if federal authority and primacy over international relations were respected.

A second white paper, also issued in 1968, addressed what had become the vexed political issue with the Province of Quebec, concerning the participation of the Government of Quebec in international conferences and organizations responsible for education, and particularly participation in the emerging international institutions of *la francophonie*. The white paper asserted federal supremacy, but offered to facilitate provincial presence and full participation in such conferences and in the institutions of *la francophonie*. The white paper

stated that, while membership in international organizations and participation in international diplomatic conferences must remain ultimately a federal responsibility, means existed to ensure provincial participation. In appropriate circumstances, delegations could be largely made up of provincial representatives and could be led by provincial ministers in order to ensure that provincial cultural, educational, and linguistic interests were properly represented. “*Accords cadres*” could be signed by Canada and foreign states to cover ongoing relationships at the administrative level, or at the conclusion of administrative agreements between a provincial government and a foreign government, in areas of provincial jurisdiction. Similarly, provinces could open offices abroad and send representatives to meet foreign governments to deal with commercial, social security, and cultural matters, provided that this was done under the umbrella of the federal government’s knowledge and ultimate supervision.

A third white paper was issued in the same year, entitled *Federalism for the Future*. While not calling for formal constitutional change on the issue, the white paper stated firmly that “[t]he Government of Canada believes that it must be able to speak for Canada, internationally [...]”⁶ This position has not changed since that date, although considerable efforts were made during the Meech Lake and Charlottetown constitutional negotiations to amend the Constitution of Canada, in order to give the federal government more formal authority over international relations and the treaty-power. Both these attempts ended in failure.

The federal claim to a monopoly of executive powers and broad authority over international relations has not been left unanswered by a number of Canadian provinces. Implicit in the provincial challenge to federal legislative powers to implement treaties, in the *Labour Conventions Reference*, was the suggestion that provincial executive powers might also exist in the field of foreign relations. The Province of Quebec asserted its legislative authority over treaties as much as Ontario, although the Gendron Commission Report in 1958 stopped short of making any claim in this area. With the advent of the “Quiet Revolution” in 1962, under the government of Premier Jean Lesage, the Minister of Education, Paul Gérin-Lajoie, articulated a position, in personal writing and in political speeches, calling for a role for the Province of Quebec in the field of foreign affairs. His legal position was based on the argument that all domestic legislative jurisdiction should enjoy full external extension. He also posited the need for the Province of Quebec to enjoy the benefit of international relations with foreign states, and particularly with France and other francophone states, as the principal centre of francophone culture in Canada. This position was to be developed by Professor, and later deputy premier, Jacques-Yvan Morin both before the advent of his political career in 1976, and

6. GOVERNMENT OF CANADA, “Federalism for the Future: A Statement of Policy by the Government of Canada” in *Sessional Papers*, No. 49 (1968) at 38.

subsequently to his return to academic life in 1984. This position was adopted by the Parti Québécois both in government and in opposition. It is also a position which has been espoused from time to time by the provincial Liberal Party. According to this position, the Province of Quebec should enjoy international personality; it should be empowered to negotiate and sign treaties in areas subject to its legislative jurisdiction; it should also be empowered to sit in international organizations and participate in diplomatic conferences where matters within provincial legislative jurisdiction are discussed. A further important claim is that of the right to representation abroad, independently of Canadian diplomatic and consular missions; flowing from this is the claim that the Government of Quebec should have direct access to foreign governments, particularly the Government of France and other francophone countries. The position is thus posited both on the assertion of the full external projection of domestic legislative jurisdiction, and on a denial that the transfer of British executive powers over foreign affairs should necessarily be limited to their transfer to Ottawa. It is also very heavily premised on a vision of the Province of Quebec, as representative of a francophone society which requires contact with the international community and is not being adequately represented by the bilingual Government of Canada.

4. Federal Legislation

Federal legislation is relatively laconic with respect to the exercise of federal authority over international relations. The statute creating the Department of Foreign Affairs and International Trade vests the Minister with broad powers to conduct the external affairs of Canada. However, neither this law nor any other deals in a detailed way with the procedures for the conduct of diplomatic relations or the ratification and implementation of treaties. Most of these matters are left to be dealt with under the royal prerogative. Many federal laws deal with international issues, but most do so in order to ensure the implementation of specific treaties.

5. Doctrinal Writing

It is interesting to note that virtually all doctrinal writing in English focused on the alleged inadequacy of the rule enunciated in the *Labour Conventions Reference*, and the need to change this rule either by the courts or through constitutional amendment. These scholars take the position that the Federal Government is often placed in an impossible position by its inability to guarantee provincial acceptance of major political treaties, such as the Kyoto Accord on greenhouse gasses. On the other hand, writings in French focus almost exclusively on the alleged weakness of the arguments which deny external projection to provincial legislative jurisdiction and which claim a monopoly over the conduct of foreign relations for Ottawa. It is argued that the

claim to a monopoly of executive power flies in the face of the doctrine that the royal prerogative is also exercised by provincial Lieutenant Governors. It also represents a denial of the normal rule that legislative and executive powers are linked. There is thus a solid claim made for provincial international personality and capacity.

Few writers have been prepared to suggest that a reasonable accommodation has emerged over the last 40 years. Only a few scholars and commentators are prepared to start from the premise that Canada has succeeded in ratifying as many treaties as other comparable states, and that it appears to be maintaining a respected place in the international community.

6. Provincial Legislation Relating to Foreign Affairs

Only the Province of Quebec has legislated over foreign affairs in a general way, setting out the framework for provincial action on the international stage, as well as the procedures for provincial “ratification” of treaties binding the Province. However, virtually all provinces have legislated to implement international treaties such as the North American Free Trade Agreement, or to give effect to customary international law, such as that governing the rights flowing from diplomatic and consular immunities. Another type of provincial legislation is required to give effect to reciprocal maintenance orders or recognition of judgments and arbitral awards, all of which are based on international conventions. As the range and scope of international treaties increases to embrace everything from the law of the sea to domestic health, service to trade regulation and safety standards, provincial law is called upon to mirror these internationally agreed rules.

B. THE CURRENT *MODUS VIVENDI*

1. Representation Abroad

Provincial governments are large organizations whose interests and responsibilities have become increasingly internationalized with the passage of time. There is today strong pressure on Canadian provincial governments to have an autonomous capacity to deal directly with foreign government departments, and to support important commercial and social interests within their respective provinces. Unlike the United States’ Constitution, the Constitution of Canada is silent on the matter and there is no prohibition on provincial representation abroad. The first provincial representatives abroad, the Quebec “*délégués généraux*,” were dispatched to Paris and London in the nineteenth century. They were followed by representatives of Ontario to London. Today Quebec, Ontario, Nova Scotia, Manitoba, Alberta, and British Columbia are represented in some capitals and major commercial centres throughout the world, particularly in the United States, and to a lesser extent, in Europe and

Asia. The representation of Quebec is the most extensive, with some 40 offices abroad, supported by a budget for international relations of over \$100M. The other provinces have followed suit in accordance with political imperatives and money available. Most provinces spend less than \$10M on their foreign representation.

The purpose of provincial representation abroad is primarily commercial, and provincial representatives specialize on facilitating contacts between provincial and foreign business interests. Their offices may enjoy limited privileges and immunities to protect their documents and communications. Occasionally, the status accorded is close to consular rank. Diplomatic status and functions are clearly excluded, with the exception of Quebec's *Délégation générale* in Paris which enjoys, with the tolerance of the Government of Canada, a status akin to that of a foreign diplomatic mission. In the United States, however, as if to cement the non-political character of Quebec's representation, it has been agreed that the Quebec office in Washington D.C. should have functions limited to the promotion of tourism. In at least one country, namely China, provincial offices are housed in the Embassy of Canada at the request of the host country.

Provincial representation abroad thus serves primarily commercial interests, but can also be a locus of contact to deal with areas of cooperation with the host government in other fields of provincial jurisdiction, such as immigration, education, university affairs, social security, and health insurance. The contacts in these areas are normally understood to be at an administrative, department-to-department level.

2. Travel Abroad by Provincial Government Officials

From time to time, provincial government officials may wish to travel abroad in order to meet directly with foreign governments. The Premier of Quebec makes periodic visits to France, and is received by the President and Prime Minister. This is the exception, rather than the rule, reflecting the special nature of France-Quebec relations. However, as recently as 2002, the Premier of Alberta was received by the U.S. Vice-President to discuss sales of oil and gas. Furthermore, in recent years, provincial ministers have played a part in discussions with U.S. officials in the dispute over soft-wood lumber prices.

The Government of Canada maintains the position that it will facilitate such contacts whenever they are consistent with Canadian foreign policy, but on condition that a federal official may always be present in such meetings. This approach is not always accepted by the Government of Quebec, but in practice has given rise to few serious incidents.

3. Reception of Visiting Foreign Dignitaries

Similar considerations pertain to the reception of foreign political and administrative officials wishing to visit provincial governments. Frequently, foreign trade missions may visit several provincial capitals and meet with provincial governmental representatives at the behest of the Government of Canada. The Government of Canada seeks to facilitate such contacts, but insists on a right to have federal officials accompany the visiting foreign delegations, especially when they are led by cabinet officers.

4. Participation in International Organizations and International Conferences and Negotiations

i) General

Many international organizations deal with matters falling within provincial jurisdiction such as health, education, culture, labour standards, public security, environment, human rights, private law, etc. In some cases, disputes may arise under international agreements dealing with these matters, resulting from allegations of violations by provincial governments. There are thus strong arguments in favour of provincial participation in such organizations. On the other hand, the constitutions of most intergovernmental organizations do not allow the constituent units of federations to enjoy the rights of membership and, even if they did, it is not certain that the Government of Canada would always be willing to share the stage with ten provincial governments.

ii) United Nations

No province can be a member of the United Nations, but many aspects of the mission of the UN are of relevance to provincial governments. The UN General Assembly has adopted international conventions on a number of subjects within provincial jurisdiction and has authorized negotiations on subjects, such as the Law of the Sea, which are of great interest to the provinces. Provinces have no right to be represented in the UN, but provincial representatives and experts can be included in Canadian delegations to the General Assembly or to the meetings of other UN organs or conferences. This is frequently done on an ad hoc basis.

Of particular concern is the work of the UN in the field of human rights. State parties to the Covenants on Civil and Political, and on Economic and Social Rights are required to report regularly to the UN Human Rights Committee. Moreover, states which have signed the Optional Protocol to the covenants must submit to claims, by private parties, alleging violations of the covenants. A number of other human rights conventions contain similar procedures.

Formally, claims are made against Canada. However, in the event of a claim involving provincial laws, such as official language legislation, the province in question is in a far better position to explain and provide arguments in defense of its laws than the federal government alone. For this reason, it has been necessary to devise procedures ensuring federal-provincial cooperation in the event of such claims.

iii) Specialized Agencies

Similar considerations pertain to the work of the UN Specialized Agencies. The Province of Quebec has often expressed dissatisfaction in being formally excluded from membership of UNESCO in particular, but much the same argument can be made with respect to the World Health Organization and the International Labour Organization. In the face of very pressing demands from Quebec to speak for the francophone culture of the Province, Canadian delegations to UNESCO include provincial representation, and a number of senior Quebec cultural officials have been named to important positions in UNESCO.

iv) Special Case of “la francophonie”

The right of Quebec to participate in the Organisation de la francophonie gave rise to the first of the major disputes between the Governments of Canada and Quebec concerning provincial participation in international affairs. The resolution of this special case did much to set a pattern for dealing with issues in future years. Quebec and two other provincial governments sit as *gouvernements participants* in international conferences of *la francophonie*, with the right to vote and to intervene on any subject they deem appropriate. They are identified as being part of Canada, but enjoy exceptional rights in the work of organization; they send separate delegations to meetings and vote separately from the delegation representing the federal government. One nominee of Quebec, Jean-Louis Roy, has served as *secrétaire-général* of the organization.

v) Other Intergovernmental Organizations

Many other intergovernmental organizations are charged with duties which bear upon matters within provincial jurisdiction: examples range from the World Trade Organization to the Hague Conference on Private International Law. A variety of arrangements have been made to ensure that provincial interests are reflected in the ongoing work of these organizations. These arrangements are often criticized, by provincial officials, as being ad hoc and imperfect. Federal officials have long shown a desire to make adjustments, sometimes major, but have been reluctant to formalize any aspect of these arrangements.

Perhaps the most extensive arrangements made to date relate to the work of the GATT (since 1994 the World Trade Organization). Provinces must be involved in the substance of the negotiations, as many aspects of the work of the WTO relate to regulatory powers within provincial jurisdiction, and Canada cannot participate in negotiations and guarantee rapid implementation of concessions without direct provincial participation. The federal government has resisted calls to include provincial representatives in Canadian delegations—the size and nature of WTO negotiating groups would not permit this. However, very complex and extensive procedures have been put in place to provide provincial trade officials with information on the progress of trade negotiations, in order for them to be able to set the parameters within which federal officials can negotiate. The “C-Trade” arrangements involve regular meetings of ministers and officials, a constant flow of information over a closed website, and many other means of communication. In this way, provincial officials play an important role in the development of the Canadian position in WTO negotiations.

At the other end of the spectrum, in terms of organization, is the work of the Hague Conference on Private International Law. Most of the issues before the Conference fall within provincial jurisdiction. The federal Department of Justice operates as the Canadian secretariat and coordinating arm, but Canadian delegations are largely made up of provincial nominees with expertise in the issues of private international law.

In conclusion, the federal government accepts that provincial governments are essential to the development of a Canadian position at meetings of many international organizations. They consider that the primary role of representation is exclusively federal, but they do accept that effective negotiating positions cannot be adopted without close cooperation with provincial officials. To do this, they have been willing to adopt a variety of approaches with a view ensuring that the Canadian position reflects provincial views and will be acceptable to provincial governments. However, they have been unwilling to formalize these arrangements in any kind of public document, still less to enshrine them in legislation or in a constitutional provision. This reluctance continues to be a source of discontent with provincial officials. In some areas and for some provinces, particularly Quebec, the tension between the federal monopoly on international representation and the international dimensions of provincial jurisdiction thus remains a serious point of contention.

vi) Major Diplomatic Negotiations

From time to time, important diplomatic negotiations are undertaken which involve matters within provincial jurisdiction; two examples in point: the Third United Nations Conference on the Law of the Sea in 1973-1981; and the negotiations leading to the Kyoto Protocol from 1992-1995. In both instances,

which had very high public profiles and involved matters within federal and provincial jurisdiction, it was deemed appropriate to provide for extensive provincial participation in all Canadian delegations. This participation involved not only official consultation before international meetings, but also the inclusion of provincial ministers and officials in Canadian delegations. Such participation included federal-provincial consultations in advance of the meetings to develop the Canadian position, as well as extensive participation in the work of the delegation at the international meetings—the only limit to the extent of this participation being the reality of face-to-face negotiations, which must normally be limited in numbers, and the decisions of the Head of Delegation, who is always a federal Minister or official.

Again, as with participation in international organizations, modes of participation vary extensively and can involve very significant provincial participation. The practice is complex and is reflected in a variety of situations over many years. In the face of this practice, federal reluctance to set out the rules in a more formal manner appear to be inspired by pragmatism on one hand, and excessive caution on the other. The decision to include provincial representatives in a Canadian delegation appears to be essentially political in nature, and thus gives rise to some uncertainty at the provincial level as to the rules of the game.

5. Practice Respecting Agreements and Treaties

The Government of Canada has long taken the view that Canadian provinces are constitutionally unable to sign treaties binding them at international law. The federal government has also taken the position that they will contest any attempt by a provincial government to sign a treaty, both at the domestic and the international level. It is not easy to see what might be the sanction in Canada, apart from attempts to frustrate travel abroad by provincial officials or travel to Canada by foreign representatives for the purpose of treaty negotiations. At the international level, the response could be the threat of a breach of diplomatic relations with the offending country. This was threatened in 1968 with Gabon. Signature of a treaty is not an offense under any Canadian law. The federal position is thus one of policy declared by the Ministers of Foreign Affairs.

If the federal position with respect to provincial treaty relations is inflexible, then the position with respect to the conclusion of non-treaty arrangements, understandings, ententes, and accords, etc., provides a necessary safety valve, allowing provincial governments to set out in writing the basis of cooperative arrangements with foreign governments. These documents are usually signed at the inter-departmental level. They have been characterized as “inter-agency” and “administrative” agreements, not binding in international law. Quebec maintains a published *Recueil des ententes internationales du*

Québec, which includes documents dating back to 1964, signed by Quebec ministers with French Government departments, the French Government itself and U.S. State Governments. The policy is thus one marked by considerable pragmatism, and possibly also a considerable degree of arbitrary decisions. The characterization of a document as a treaty or an entente is essentially a matter of policy. There has never been a judicial decision elucidating the legal consequences of a breach of a provincial entente by a province or by a foreign government department. In one case, the inclusion of a clause calling for arbitration according to international law, in an agreement with the Federal Republic of Germany, was denounced by Canada and quickly withdrawn by the German Government.

6. Practice Relating to Foreign Diplomatic and Consular Representatives in the Province

The Government of Canada claims a monopoly on both diplomatic and consular relations, and no foreign representatives are directly accredited to provincial governments. However, it is recognized in Ottawa that there are a host of functional reasons why there may be useful contacts between the representatives of foreign countries and provincial governments. For this reason, considerable latitude exists for such contacts allowing for the conduct of business. In principle, federal officials claim the right to be present at such meetings, but in practice, this only becomes an issue in meetings involving official visits having political significance, in particular visits at the ministerial level.

Provincial taxation of foreign diplomatic and consular salaries and property has been an issue from time to time. Canadian provinces accept that they are required to grant the privileges and immunities required by international law, but over the years, they have often insisted in making their own judgment as to the extent and modalities of such privileges and immunities in the field of taxation. A similar situation has prevailed with respect to the privileges and immunities of the International Civil Aviation Organization and its employees in Montreal, and other international organizations in Canada which claim diplomatic and consular rights.

7. Practice Relating to Reception of NGOs

The Province of Quebec has had a policy of seeking to attract both international organizations and non-governmental organizations of an international character. Special policies have been put in place to encourage their establishment in the Province.

8. Responsibility of the Federal Government for Provincial Acts

A major consequence of the absence of an absolute federal treaty power, and the constitutional legislative rights of provinces, is the fact that provinces are constitutionally capable of adopting measures that may give rise to international responsibility. But since the federal government claims a monopoly over the conduct of foreign relations, it alone can be the recipient of the foreign claim for indemnification in the case of contractual or tortious responsibility. Public international law seems to buttress the requirement that the federal government must shoulder international responsibility for all acts occurring in Canada. While the situation in international law appears to be clear, in Canadian law, one looks in vain for any statement of a duty of the Government of Canada to accept such responsibility, or for any statement of a correlative duty of a Province to indemnify the federal government. In at least one instance involving an agreement to harness the hydroelectric resources of the Columbia River, the Government of Canada sought and obtained prior commitments from the Government of British Columbia to indemnify it, in the event of provincial failure to give effect to certain provisions of the Columbia River Treaty signed by Canada and the United States.

CONCLUSION

This brief overview of a very complex subject leads to a number of conclusions, both of a procedural and a substantive nature.

The first conclusion is that, despite the absence of a dispositive constitutional text and serious policy disagreements between the federal government and several provincial governments, Canada has been able to conduct a rich and complex foreign policy. Whatever the difficulties may be in the way of determining who is responsible for making and carrying out Canadian foreign policy, they have been overcome in a highly pragmatic fashion so that Canada has been able to play a significant role on the international stage. On the other hand, these same uncertainties have continued to leave many issues unresolved and subject to short-term political solutions, rather than long-term solutions on the basis of clear constitutional rules. Uncertainty remains on fundamental issues, such as the extent to which legislative and executive powers should always coincide in the Canadian federal system or whether they should be radically separated.

Secondly, however pragmatic the solutions adopted by officials, at the end of the day, the role of the provinces depends to a great degree on federal tolerance. This leaves provincial officials in a state of perpetual uncertainty as to the extent of their authority and the amount of room for maneuvering they may have. This, in turn, leaves open the possibility of conflicts arising with

THE PROVINCES AND INTERNATIONAL RELATIONS IN CANADA

respect to the propriety of federal or provincial actions. To date, calls by provincial officials for a more formal definition of the allocation of responsibilities between federal and provincial governments have been met by silence. This continues to be an unresolved issue.

A third general conclusion that can be stated concerns the extraordinary dynamism of custom and practice. Without guidance from constitutional texts and in the face of considerable provincial pressure, a complex, and apparently viable *modus vivendi* emerged in the late 1960s, and has been maintained and developed throughout the last 30 years. An unwritten constitution has emerged based on custom, possibly even on constitutional convention, which has allowed the provincial governments, and particularly the Government of Quebec, the capacity to enter into close relationships with various foreign governments and government departments, as well as with states of the United States. The provincial demand for a functional extension of their authority and policies has largely been met; in the case of Quebec, this even involves overstepping the taboo of what amounts to diplomatic relations with the French Government.

Chapitre 10

L'exécution fédérale des obligations internationales : le cas de la Belgique et du Canada*

Annemie SCHAUS**

Résumé

À l'heure de l'internationalisation croissante du règlement des phénomènes de société, l'intervention porte sur le point de savoir si, en matière d'exécution des obligations internationales, le fédéralisme peut parvenir à garantir un équilibre diversifié des pouvoirs tout en répondant au besoin d'uniformité extérieure de l'État. Les systèmes de deux États de type fédératif sont étudiés : la Belgique et le Canada. À l'analyse, il s'avère que la prédominance de l'autorité fédérale en matière d'exécution des obligations internationales ne va pas de soi. Au contraire, dans une logique fédérale, le rôle des entités fédérées et son incidence sur la dialectique des pouvoirs infirment l'idée reçue de cette prédominance.

Abstract

As the regulation of societal phenomena assume an increasingly international dimension, and as States are finding themselves bound to certain international obligations, federalism may prove useful in maintaining a balance between various powers domestically, while still responding to the need for uniformity outside the State. To illustrate this point, the federal systems of two States will be studied—namely, Belgium and Canada. As against the presumed predominance of the federal authority in the implementation of international obligations, the following analysis reveals the significant role that federated entities play actually in this area. Indeed, from a federal perspective, the role of federated entities and its consequences on power relations challenge the very idea of this predominance.

* Cet article est issu de notre thèse de doctorat défendue à l'Université Libre de Bruxelles sur L'exécution des obligations internationales dans l'État fédéral, à paraître aux Éditions Bruylant sous le titre « L'exécution des obligations internationales ».

** Chargée de cours à l'Université Libre de Bruxelles.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

Dans la logique fédérale telle qu'elle se dégage de ces deux États, les entités fédérées ont non seulement la compétence exclusive de mettre en œuvre les obligations internationales qui relèvent de leurs compétences législatives mais, en outre, l'autorité fédérale ne dispose pas de pouvoir dont elle pourrait user unilatéralement pour contraindre les entités fédérées à exécuter certaines obligations internationales. Seule la coopération entre toutes les composantes de la fédération permet de garantir la cohérence extérieure de l'État.

Par le biais de ces deux problématiques, l'étude souligne que le temps est sans doute venu de dépasser certaines analyses traditionnelles, centrées sur l'État conçu comme un acteur générique des relations internationales.

According to the federalist logic of these two States, the federated entities not only have the exclusive power to implement international agreements that touch upon their legislative jurisdictions, but the central federal authority cannot unilaterally compel these entities to implement certain international obligations. Rather, it is only through the cooperation of all the component parts of the federation that the external coherence of the State may be ensured.

The analysis put forward in this paper underlines the need to depart from traditional analytic approaches to international relations, wherein the generic "State" always seems to occupy center stage.

INTRODUCTION

Dans le contexte actuel d'internationalisation croissante des activités publiques où la plupart des activités humaines font l'objet de réglementations internationales, exécuter et donner effet dans l'ordre interne aux multiples traités et autres obligations édictées par les organisations internationales constituent un enjeu considérable.

Dans un État fédéral, la question de la mise en œuvre des obligations internationales dans l'ordre interne présente même un intérêt tout particulier parce que se trouvent ainsi confrontés deux types d'ordre juridique – l'ordre interne fédéral et l'ordre international – dont les rapports n'ont jamais été simples¹. Alors que le fédéralisme tend à diviser les pôles de pouvoirs pour laisser la place à plus d'actions variées et particulières, l'objectif du droit international est l'uniformité, la cohérence et l'effectivité.

1. Ivan Bernier parle de relations « amour-haine » entre les deux ordres juridiques : I. BERNIER, *International Legal Aspects of Federalism*, Londres, Longman, 1973, p. 269. Voir aussi R. DEHOUSSE, *Fédéralisme et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1991 ; Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, Paris, L.G.D.J., 1984.

L'EXÉCUTION FÉDÉRALE DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES

Concilier des exigences aussi contradictoires amène forcément un aménagement particulier des compétences d'exécution des obligations internationales entre l'autorité fédérale et les entités fédérées, pour parvenir à répondre à ces besoins de cohérence et d'effectivité dans la mise en œuvre de toutes les obligations internationales.

L'une des manières de parvenir à garantir cette effectivité, souvent défendue par les auteurs qui se sont penchés sur la question², consiste à réserver à l'autorité fédérale les compétences d'exécution des obligations internationales dans l'ordre interne, ou, à tout le moins, un pouvoir de contrôle – voire de contrainte – sur les entités fédérées.

Par rapport à l'équilibre fédéral des pouvoirs, une telle prédominance de l'autorité fédérale apparaît éminemment paradoxale : l'autorité fédérale se verrait ainsi reconnaître des pouvoirs dans des matières pour lesquelles elle n'est normalement pas compétente dans l'ordre interne et où, au contraire, ce sont les régions, communautés, provinces et autres entités fédérées qui sont compétentes pour régler ces matières. Autrement dit, par le biais d'obligations nées dans l'ordre international, le partage des compétences au sein de l'État devrait s'estomper, voire s'évanouir. La question n'est évidemment pas sans poser de problèmes et les auteurs cachent mal un certain malaise face à ce paradoxe.

Par l'étude du droit constitutionnel de la Belgique et du Canada³, on peut constater que la prédominance de l'autorité fédérale ne va pas de soi, quelles que soient par ailleurs ses compétences en matière de relations internationales. On doit en effet souligner – et c'est là aussi que réside l'intérêt d'étudier ces deux États – que le premier reconnaît expressément les compétences internationales des entités fédérées, en ce compris la conclusion des traités, alors que le second rechigne à reconnaître pareille compétence aux provinces.

Dans la logique fédérale telle qu'elle se dégage de ces États, les entités fédérées disposent non seulement de la compétence exclusive de mettre en œuvre les obligations internationales dont l'objet relève de leurs compétences législatives, mais, en outre, l'autorité fédérale ne dispose pas de pouvoirs dont elle pourrait user unilatéralement pour contraindre les entités fédérées à exécuter certaines obligations internationales. Seule la coopération entre toutes les composantes de la fédération permet de garantir la cohérence extérieure de l'État.

2. Voir *infra*.

3. Voir notamment A. SCHAUS, *L'exécution des obligations internationales*, Bruxelles, Bruylant (à paraître).

A. LA COMPÉTENCE DES ENTITÉS FÉDÉRÉES DANS LA MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES

Tant au Canada qu'en Belgique, chacune des composantes de la fédération assure l'exécution des obligations internationales qui relèvent de sa compétence exclusive. Les entités fédérées sont compétentes à l'égal de l'autorité fédérale, même si, dans le premier de ces États, l'autorité fédérale dispose de la compétence de principe pour conclure les traités et conduire les relations internationales. Seule la coopération permet de garantir une exécution cohérente des obligations internationales.

1. Le cas du Canada

Au Canada, l'autorité fédérale a revendiqué une compétence générale d'exécution des obligations internationales sur le plan interne, y compris dans les matières de compétence provinciale. Le système constitutionnel canadien présente, à ce sujet, deux particularités. D'une part, la répartition des compétences en matière de conclusion des traités y est controversée. D'autre part, effet n'est donné au traité dans l'ordre juridique interne que par incorporation, sauf rares exceptions. Une loi est donc en principe nécessaire pour transformer le traité en droit applicable au Canada⁴.

La Constitution canadienne est muette tant sur l'attribution de la compétence de conclusion des traités que sur celle de leur exécution. Au moment où a été adoptée la *Loi constitutionnelle de 1867*, les traités étaient toujours conclus par la Couronne britannique pour le Canada. L'article 132 de cette Loi constitutionnelle prévoit la compétence du Parlement canadien pour l'exécution d'un nombre limité de traités, à savoir ceux conclus par les autorités de Grande-Bretagne⁵. La pratique a finalement abouti à une compétence propre du Canada pour la conduite des relations internationales avant même que cet État accède à la pleine souveraineté⁶. Depuis, la question du partage des compétences en matière de relations internationales entre l'autorité fédérale et les provinces est une des plus controversées ; elle suscite de considérables

4. A.L.C. de MESTRAL et C. VERDON, *La conclusion et la mise en œuvre des traités dans les États fédérés, Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Institut de droit comparé, Montréal, Yvon Blais, 1990, p. 443 ; D. TURP, *La mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques à la lumière de l'expérience du Canada et du Québec*, Thèse pour le doctorat d'État, Faculté de droit, Université de Paris (Paris 2), 1990, p. 117 à 149.

5. Voir également A.L.C. de MESTRAL et C. VERDON, *supra*, note 4, p. 443 ; D. STAIRS, « Foreign Policy in Canada and the New Constitution », dans S.M. BECK et I. BERNIER (dir.), *The Unfinished Agenda*, vol. 2, Montréal, Institut de recherches politiques, 1983, p. 163 ; P. MARTIN, *Fédéralisme et relations internationales*, Ottawa, Gouvernement du Canada, Secrétariat d'État aux affaires extérieures, 1968, p. 33.

6. J.-Y. MORIN, « La personnalité internationale du Québec », (1984) *R.Q.D.I.* 163.

débats juridiques et politiques⁷. Le gouvernement fédéral estime qu'il possède une compétence exclusive pour conclure les traités et dénie aux provinces une quelconque capacité en cette matière⁸. Les provinces, et spécialement le Québec⁹, défendent la position inverse. Cette position a été soutenue par une partie de la doctrine¹⁰. Quoi qu'il en soit, si la question du pouvoir des provinces d'agir unilatéralement sur la scène internationale dans leur domaine de compétence reste controversée, il semble admis qu'un pouvoir de principe pour la conclusion des traités appartienne à l'autorité fédérale. De son côté, la Cour suprême a laissé entendre que seules les autorités fédérales disposaient de cette compétence¹¹. Sur cette base, les autorités fédérales soutenaient qu'elles disposaient également de la compétence d'exécuter les traités, même si les matières sur lesquelles ils portent étaient du ressort de la compétence législative des provinces. Cette thèse est encore défendue par certains¹².

7. Voir également A.L.C. de MESTRAL et C. VERDON, *supra*, note 4 ; J.-Y. MORIN, *supra*, note 6 ; I. BERNIER, *supra*, note 1 ; J. BROSSARD, A. PATRY et É. WEISER, *Les pouvoirs extérieurs du Québec*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1967 ; A. JACOMY-MILLETTE, *L'introduction et l'application des traités internationaux au Canada*, Paris, L.G.D.J., 1971 ; A. JACOMY-MILLETTE, « Réflexions sur la nature juridique des ententes du Québec », (1984) *R.Q.D.I.* 93 ; Y. LEJEUNE, « La nature juridique de l'Accord de coopération entre le Québec et la Communauté française de Belgique », (1984) *R.Q.D.I.* 79 ; A. DUFOUR, « Fédéralisme canadien et droit international », dans G.L. MORRIS et D.M. JOHNSTON (dir.), *Canadian Perspectives on International Law and Organisation*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, p. 72 ; G.J. SZABLOWSKI, « Creation and Implementation of Treaties in Canada », (1956) *Can. Bar Rev.* 28 ; *id.*, « Le pouvoir de conclure des traités dans le contexte canadien : une approche exploratoire et innovatrice », dans C. BECKTON et A.W. MACKAY (coord.), *Le droit et la Constitution. Les dossiers permanents du fédéralisme canadien, volume 57 des études menées dans le cadre de la Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (Commission Macdonald)*, Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services, 1986, p. 151 ; G.L. MORRIS, « The Treaty-Making Power: A Canadian Dilemma », (1967) *Can. Bar Rev.* 478 ; J.-Y. GRENON, « De la conclusion des traités et de leur mise en œuvre au Canada », (1962) *R. du B. can.* 151 ; W. GORHAM RICE, « Can Canada Ratify International Labor Conventions? A Problem of the Division of Power between Central-State and Member-States in a Federal Union », (1937) *Wis. L. Rev.* 185.
8. Voir notamment P. MARTIN, *supra*, note 5.
9. Voir la position officielle du Québec, Conférence constitutionnelle, Comité permanent des fonctionnaires, Documents de travail sur les relations avec l'étranger, Notes préparées par la délégation du Québec, le 5 février 1969, reproduit dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public – Documents d'intérêt canadien et québécois*, Montréal, Thémis, 1997, p. 134 à 141.
10. Voir notamment, J. BROSSARD, A. PATRY et É. WEISER, *supra*, note 7 ; J.-Y. MORIN, « La conclusion d'accords internationaux par les provinces canadiennes à la lumière du droit comparé », (1965) *A.C.D.I.* 148 ; *id.*, « Réflexions sur l'avenir culturel, économique et constitutionnel du Québec et du Canada », dans Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec, Les avis des spécialistes invités à répondre aux huit questions posées par la Commission, Document de travail n° 4, p. 749 (publié aussi dans (1991-1992) *R.Q.D.I.* 91).
11. Notamment dans l'*Avis sur les conventions de travail*, traduction de la décision du Comité judiciaire du Conseil privé britannique, dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *supra*, note 9, p. 752 à 757. Cette décision est analysée *infra*.
12. P. MARTIN, *supra*, note 5, p. 26 ; N.A.M. MACKENZIE, « Canada and the Treaty-Making Power », (1937) *Can. Bar Rev.* 436 ; C.W. JENKS, « The Present Status of Bennett Ratifications of International Labour Conventions », (1937) *Can. Bar Rev.* 464 ; F.R. SCOTT, « The

Cette prétention a pourtant très tôt été rejetée dans l'*Avis sur les conventions de travail [Canada (Procureur général) c. Ontario (Procureur général)]*, donné par le Comité judiciaire du Conseil privé britannique le 28 janvier 1937¹³. Le pouvoir fédéral revendiquait le droit d'adopter des lois en exécution de conventions élaborées par l'Organisation internationale du travail dont l'objet portait sur des matières de compétence provinciale. Dans cette affaire, le Conseil privé a rejeté cette prétention et a clairement établi le principe constitutionnel selon lequel la mise en œuvre d'un traité ou d'une partie de celui-ci est assurée par les provinces si l'objet du traité relève de leurs compétences. Le Conseil privé rejette donc l'idée d'une exécution fédérale dans le domaine de compétence des provinces.

Cette décision opère la distinction entre la compétence dans la conduite des relations internationales et, plus spécifiquement, le pouvoir de conclure des traités et la compétence législative ou exécutive pour l'exécution des obligations internationales. Même s'il est admis que l'autorité fédérale peut conclure des traités dans les matières qui relèvent de la compétence des entités fédérées, elle ne peut pas pour autant revendiquer le pouvoir d'exécuter les obligations dans les domaines de compétences des entités fédérées. La mise en œuvre des obligations internationales en droit interne relève du pouvoir des entités fédérées dans leurs domaines de compétences.

Dans sa décision, le Conseil privé voit dans le respect de la répartition des compétences entre autorité fédérale et entités fédérées une condition essentielle du « pacte fédéral ». Il souligne notamment :

La répartition des [compétences] est fondée sur des catégories de sujets : la catégorie particulière de sujets faisant l'objet d'un traité déterminera l'autorité législative chargée de le mettre en œuvre. Personne ne saurait douter que cette répartition soit l'une des conditions les plus essentielles, probablement la plus essentielle, du pacte interprovincial consacré par [la *Loi constitutionnelle de 1867*]. [...] Il serait extraordinaire que le Dominion qui n'a pas la compétence requise pour légiférer en matière de droits civils dans les provinces, même lorsque la chose apparaît opportune, pût légiférer, en l'absence de toute responsabilité devant ces provinces et de tout contrôle de la part de leur Parlement, du simple fait d'un accord conclu avec un pays étranger. [...] On tendrait de la sorte à saper les sauvegardes constitutionnelles de l'autonomie provinciale¹⁴.

consequences of the Privy Council Decisions », (1937) *Can. Bar Rev.* 485 ; *id.*, « Labour Conventions Case: Lord Wright's Undisclosed Dissent? », (1956) *Can. Bar Rev.* 114 ; T.H. STORM et P. FINCKLE, « Treaty Implementation: The Canadian Game Needs Australian Rules », (1993) *Ottawa L. Rev.* 39 ; H.S. FAIRLEY, « Les dimensions constitutionnelles de la politique en matière de commerce extérieur », dans M. KRASMICK (dir.), *Le Fédéralisme et l'union économique. Le partage des pouvoirs : Études de cas, Volume 62 des études menées dans le cadre de la Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (Commission Macdonald)*, Ottawa, Centre d'éducation du gouvernement du Canada, Approvisionnement et Services, 1986, p. 1.

13. Traduction dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *supra*, note 9, p. 751.

14. *Ibid.*

L'EXÉCUTION FÉDÉRALE DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES

Et pourtant, une certaine doctrine estime que la jurisprudence de 1937 pourrait, ou même devrait, être révisée afin de permettre aux autorités fédérales d'exécuter tout traité. Cette doctrine invoque notamment deux décisions de la Cour suprême du Canada dans lesquelles cette juridiction aurait laissé entendre qu'une remise en cause de la jurisprudence du Conseil privé dans l'*Avis sur les conventions de travail* n'était pas exclue. Dans l'affaire *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, la Cour suprême, par la voix du juge en chef Laskin, a effectivement soulevé la question d'un renversement de cette jurisprudence en ces termes :

Même si ce que je viens de mentionner pouvait justifier un nouvel examen de l'affaire des Conventions du travail, je ne le trouve pas nécessaire en l'espèce, car en supposant que le Parlement pouvait légiférer pour exécuter une obligation internationale contractée par le Canada en vertu d'un accord ou d'un traité (dans un domaine qui autrement ne relèverait pas de sa compétence), je suis d'avis qu'on ne peut pas dire que [la disposition litigieuse] a été ainsi édictée. [...]

En l'absence d'une déclaration expresse dans la *Loi sur les marques de commerce* que dans son ensemble [la disposition] a été édicté[e] pour exécuter les obligations de la convention mentionnée ci-dessus, je ne considère pas qu'il y ait, en l'espèce, exercice de la compétence fédérale relative à la mise en œuvre d'un traité ou d'une convention, en supposant que cette compétence existe¹⁵.

Cet *obiter dictum* sera repris dans un arrêt ultérieur. La Cour suprême y cite les termes de l'*Avis sur les conventions de travail* et ceux de l'arrêt *MacDonald*. Tout en admettant que cette dernière décision n'a pas tranché la question, elle conclut en ces termes :

Rien dans la *Loi sur les stupéfiants* n'indique qu'elle a été adoptée en tout ou partie en exécution des obligations contractées par le Canada en vertu de la Convention unique. [La loi litigieuse] n'est pas une loi qui relève de quelque pouvoir fédéral d'adopter des lois pour l'application de traités internationaux¹⁶.

Ces deux décisions ne renversent pas la jurisprudence du Conseil privé selon laquelle il appartient aux provinces d'exécuter les traités dans leur domaine de compétence. Par contre, elles semblent ne pas exclure la possibilité de remettre en cause cette jurisprudence si une loi fédérale portant sur une matière de compétence provinciale indiquait expressément qu'elle a été adoptée en exécution d'un traité.

Il n'en reste pas moins que, postérieurement à ces décisions, le procureur général du Canada n'a pas défendu cette position devant la Cour suprême,

15. *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1997] 2 R.C.S. 134, 169 et 172.

16. *Schneider c. Colombie-Britannique*, [1982] 2 R.C.S. 112, 135.

notamment dans l'affaire *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, alors que le gouvernement fédéral avait défendu cette position devant les instances inférieures. En l'espèce, bien qu'elle était susceptible d'empiéter sur les compétences des provinces, la législation fédérale litigieuse a été validée par la Cour suprême non pas en vertu d'une compétence d'exécution des traités, mais en application de la théorie de l'intérêt national qui justifie l'exercice de la compétence que possède le Parlement fédéral en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

Les coordonnateurs de la recherche de la Commission Royale sur l'Union économique et les perspectives de développement au Canada ont par ailleurs défendu l'idée qu'il ne convenait pas de renverser la règle actuelle de répartition des compétences en matière d'exécution des traités et ont prôné, au contraire, la coopération fédérale-provinciale dans ce domaine. La Commission elle-même a recommandé une amélioration des concertations fédérales-provinciales, fondée sur l'unité de l'État et la coordination entre les deux ordres de gouvernement compétents pour l'exécution des traités.

2. Le cas de la Belgique

En Belgique, la question a fait l'objet d'un débat plus limité. Dans la mesure où les communautés se sont vues reconnaître, par l'ancien article 59bis de la Constitution, la compétence de régler la coopération internationale dans les matières relevant de leurs compétences législatives, il a été admis qu'elles étaient également compétentes pour exécuter dans l'ordre interne les obligations internationales qui relevaient de ces compétences. En revanche, la Constitution n'a pas octroyé, à l'époque, la même compétence aux régions. Il en a été déduit que l'autorité fédérale disposait d'une compétence concurrente à celle des régions pour exécuter dans l'ordre interne les obligations internationales. Cette compétence aurait été basée sur l'obligation positive d'exécution que l'autorité fédérale assumait de façon exclusive vis-à-vis de ses partenaires étrangers. L'argument était donc identique à celui avancé au Canada : dès lors que l'autorité fédérale dispose de la compétence de conduire les relations internationales et de conclure les traités, y compris dans les matières régionales, le pouvoir d'exécution de ces obligations internationales dans l'ordre interne lui appartient.

Aujourd'hui, tant les régions que les communautés ont la compétence de conclure des traités et il a rapidement été reconnu un parallélisme entre la répartition des compétences d'exécution des obligations internationales et la distribution des compétences législatives entre entités fédérale et fédérées.

Dans les deux États fédéraux, l'équilibre fédéral des pouvoirs est préservé par la reconnaissance de l'autonomie et de la complémentarité des entités qui composent la fédération et se traduit par un exercice rigoureux de

coopération entre elles. En effet, l'interdépendance des matières et des problèmes entraîne un inévitable exercice de coopération et de coordination entre les divers niveaux de pouvoirs concernés par l'exécution d'une obligation internationale donnée dont l'objet n'épouse pas nécessairement le partage interne des compétences. Cette coopération est d'autant plus importante puisque, même lorsqu'elle dispose de la compétence de principe dans la conduite des relations internationales, l'autorité fédérale n'a pas le pouvoir d'imposer l'exécution d'obligations internationales spécifiques aux entités fédérées dans les matières qui sont de leurs compétences exclusives. Ce n'est dès lors que le respect des processus de coopération – y compris au stade de l'élaboration de l'obligation internationale – qui concrétisera l'obligation pour toutes les composantes, et donc les entités fédérées, de veiller à la garantie de la cohérence de l'État et d'exécuter dans l'ordre interne toutes les obligations internationales de celui-ci.

Néanmoins, si les entités fédérées demeurent en défaut d'exécuter les obligations internationales de l'État, le droit international permet d'attribuer à ce dernier la responsabilité internationale découlant de cette inexécution.

Aussi, les deux États étudiés ont-ils cherché, avec plus ou moins de succès, à réserver à l'autorité fédérale, garante de l'unité de l'État, des pouvoirs ultimes d'exécution des obligations internationales. Ces pouvoirs leur permettent de répondre à la mise en cause de leur responsabilité internationale lorsque, dans le cadre de leur autonomie dans l'ordre interne, les entités fédérées demeurent en défaut de procéder à l'exécution des obligations internationales.

B. LES POUVOIRS D'EXÉCUTION FÉDÉRALE EN CAS DE DÉFAILLANCE DES ENTITÉS FÉDÉRÉES

Pour certains États, le principe de l'unité de l'État en droit de la responsabilité internationale devrait impliquer, dans l'ordre interne, le pouvoir pour l'autorité fédérale d'exécuter les obligations internationales en cas de défaillance des entités fédérées¹⁷. C'est ce qu'on peut appeler l'exécution

17. Spécialement en Europe, la doctrine, probablement préoccupée par les exigences d'efficacité et d'uniformité du droit européen, redoute l'autonomie des entités fédérées et la considère comme susceptible de freiner ou de bloquer l'intégration européenne. Elle en appelle, en conséquence, à l'introduction dans le droit interne de pouvoirs d'exécution fédérale. Voir également, A. SCHAUS, *supra*, note 3, chap. 6 ; C. COLINET, *Régionalisation et droit communautaire : le problème de l'application du droit communautaire par les régions – Leçons à tirer de l'expérience italienne*, C.D.E., 1980, p. 75 ; M. MELCHIOR, « Constitution et organisations internationales », dans *Le nouveau droit constitutionnel*, Centre interuniversitaire de droit public, Bruxelles/Louvain-La-Neuve, Bruylant/Académia, 1987, p. 334 ; J.-V. LOUIS et A. ALEN, « La Constitution et la participation à la Communauté européenne », (1994) *R.B.D.I.* 97 ; K. LENAERTS et P. Van NUFFEL, *Europees Recht in hoffdlijnen*, Anvers, Maklu, 1999, p. 491 ; Louis le HARDÏ de BEAULIEU, « La Belgique et l'Europe », *Revue*

fédérale des obligations internationales. Cette expression permet de viser tous les types de pouvoir qui ont pour objectif de permettre à l'autorité fédérale d'intervenir en cas de carence des entités fédérées dans des matières pour lesquelles elle n'a pas elle-même la compétence législative, c'est-à-dire autant les pouvoirs de contrainte fédérale que les pouvoirs de substitution fédérale.

Le problème a été résolu de manière très différente dans chacun des États étudiés puisque la Belgique a inscrit des pouvoirs de substitution de l'autorité fédérale dans la Constitution alors que le Canada n'est pas réellement parvenu à instaurer ce type de pouvoirs.

Pourtant, tant en Belgique qu'au Canada, c'est presque irrémédiablement la coopération entre les composantes de la fédération qui permet d'éviter la mise en cause de la responsabilité internationale de l'État. Les entités fédérées sont en effet toujours compétentes à l'égal de l'autorité fédérale, même si, dans le premier de ces États, l'autorité fédérale dispose de pouvoirs de substitution en cas de défaillance des entités fédérées.

1. Le cas de la Belgique

Le constituant belge a d'emblée¹⁸ prévu lors de la fédéralisation de l'État en 1993, un pouvoir de substitution en faveur de l'autorité fédérale en cas de

régionale droit, 1993, p. 214 ; M. ZULEEG, « Die Stellung der Länder und Regionen im europäischen Integrationsprozeß » (1992) DV 1332 ; G. JOOSS et K.-D. SCHEUERLE, « Die bundesstaatliche Ordnung im Integrationsprozeß – unter besonderer Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung und der Rechtsschutzmöglichkeiten der Länder » (1989) EuR 232 ; R. RIEGEL, « Überlegungen zum Problem EG-Richtlinien und nationale Rahmenkompetenz », (1976) EuR 87 ; W. KÖSSINGER, *Die Durchführung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Bundesstaat : Bund/Länder-Verhältnis und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Berlin, Dunker & Humblot, 1988, p. 37 ; B. HESSEL et K. MORTELMANS, « Decentralized Government and Community Law: Conflicting Institutional Developments », (1993) CML Rev. 934.

18. Contrairement à l'Allemagne où les pouvoirs de contrainte de l'autorité fédérale découlent d'une interprétation de la constitution et du principe de loyauté fédérale. La doctrine estime que c'est en combinant ce principe avec l'art. 37 de la Loi fondamentale qu'en cas de défaillance des Länder dans l'exécution des obligations internationales qui relèvent de leurs compétences législatives exclusives, le Bund trouve le fondement de son pouvoir de contrainte afin d'assurer la conformité du droit interne au droit international par une mesure d'exécution fédérale ; voir A. SCHAUS, *supra*, note 3 ; H. EBERHARD BIRKE, *Die deutschen Bundesländer in den Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, Dunker & Humblot, 1973, p. 78 ; E. GRABITZ, « Die Rechtsetzungsbefugnis von Bund und Ländern bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht », (1986) AöR 31 ; voir aussi e.a. A. GERBER, « Landbericht über Deutschland », dans B. COTTIER (dir.), *Conséquences institutionnelles de l'appartenance aux Communautés européennes*, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, p. 111 ; D.-H. VOSS, *Regionen und Regionalismus im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft. Strukturelemente einer Europäischen Verfassungsordnung, Schriften zum Staats und Völkerrecht, Bd 37*, Francfort, Verlag Peter Lang, 1989, p. 451 ; D. SCHEUING, « Rechtsprobleme bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland », (1985)

défaillance des entités fédérées dans l'exécution des normes de droit international¹⁹. Pour préserver l'autonomie de ces entités, les conditions qui doivent être réunies pour l'exercice de ce pouvoir par l'autorité fédérale sont relativement strictes.

Le mécanisme de substitution est organisé par les articles 169 de la Constitution et 16 de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Il permet aux autorités fédérales, moyennant le respect de certaines conditions fixées par la loi, de se substituer temporairement aux entités fédérées afin de garantir le respect des obligations internationales dans le domaine de compétence de ces dernières.

Dès lors que la Belgique a été condamnée par une juridiction internationale ou supranationale pour non-respect d'une obligation internationale ou supranationale par une communauté ou une région, l'État fédéral peut se substituer à la communauté ou à la région concernée pour l'exécution du dispositif de la décision. Il faut que la communauté ou la région ait été mise en demeure de s'exécuter trois mois auparavant par arrêté royal motivé et délibéré en Conseil des ministres et qu'elle ait été associée dès l'origine par l'autorité fédérale à l'ensemble de la procédure de règlement du différend, y compris devant la juridiction internationale. Le cas échéant, l'accord de coopération du 8 mars 1994 relatif à la conclusion des traités mixtes conclu entre l'autorité fédérale, les

EuR 242 ; H.P. IPSEN, « Als Bundesstaat in der Gemeinschaft », dans J. SCHLOCHAUER et E. STEINDORFF (dir.), *Probleme des Europäischen Rechts – Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*, E. von Caemmerer, Francfort, Vittorio Klostermann, 1966, p. 264 ; H.-J. BLANKE, *Föderalismus und Integrationsgewalt*, Berlin, Dunker & Humblot, 1991, p. 340 ; A. WEBER, *Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1987, p. 32 ; C. TRÜE, « Auswirkungen der Bundesstaatlichkeit Deutschlands auf die Umsetzung von EG-Richtlinien und ihren Vollzug », (1996) EuR 193 ; H.A. SCHWARTZ-LIEBERMANN von WAHLENDORF, « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : la Bundestreue », (1979) *R.D.P.* 789 ; Hartmut Heinrich SCHWAN, *Die deutschen Bundesländer im Entscheidungssystem der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, Dunker & Humblot, 1982, p. 154 ; F. NOPPER, *Bund-Länder-Haftung beim fehlerhaften Verwaltungsvollzug von Gemeinschaftsrecht durch die deutschen Länder*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1998, p. 53.

19. Voir. e.a. F. INGELAERE, « De nieuwe wetgeving inzake de internationale betrekkingen van de Gemenschappen en de Gewesten », (1993) TBP 813 ; *id.*, « De Europeesrechtelijke raakvlakken van de nieuwe wetgeving inzake de internationale betrekkingen van de Belgische Gemenschappen en Gewesten », (1994) SEW 76 ; *id.*, « The New Legislation on the International Relations of the Belgian Communities and Regions », (1994) *Studia Diplomatica* 41 ; Y. LEJEUNE, « La conduite des relations internationales », dans F. DELPÉRÉE (dir.), *La Belgique fédérale*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 313 ; *id.*, « Le droit fédéral des relations internationales », (1994) *R.G.D.I.P.* 577 ; M. LEROY et A. SCHAUS, « Les relations internationales », dans *Les réformes institutionnelles de 1993 – Vers un fédéralisme achevé ?*, Actes du colloque du centre de droit public de l'U.L.B. des 26 et 27 mars 1993, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 25 ; A. SCHAUS, « Le régime des traités dans l'État fédéral – L'exécution des traités », (1994) *R.B.D.I.* 66 ; É. CEREXHE, « La Réforme de l'État et les compétences internationales », (1994) *R.B.D.I.* 12.

communautés et les régions²⁰ ou l'accord de coopération du 11 juillet 1994 concernant les modalités suivant lesquelles des actions sont intentées devant les juridictions internationales ou supranationales à propos des différends mixtes²¹ doivent avoir été respectés par l'autorité fédérale²².

Les mesures de substitution revêtiront la forme qu'exige l'exécution de l'obligation internationale concernée, soit la forme d'une loi, d'un arrêté royal ou de toute autre mesure idoine²³. Ces mesures prises par l'autorité fédérale sont provisoires et prennent fin dès que l'entité concernée s'est conformée au dispositif de la décision internationale. L'autorité fédérale peut récupérer les frais occasionnés à l'occasion du non-respect par l'entité fédérée de ses obligations internationales tels que les frais de la procédure, les dommages et intérêts ou les frais de la mise en œuvre des mesures de substitution.

Les conditions strictes posées à l'exercice du pouvoir de substitution répondent au souci de ne pas empiéter de manière abusive sur les compétences exclusives des entités fédérées²⁴. Dans le même ordre d'idées, il a été précisé qu'il ne s'agit évidemment pas d'un « re-transfert » de compétences, mais d'une substitution provisoire²⁵.

Il convient de remarquer que si les conditions strictes exigées par la Constitution et la loi spéciale ont pour objectif de sauvegarder au mieux l'autonomie des entités fédérées, rien n'a par contre été prévu pour la résolution des conflits qui risquent de surgir entre l'autorité fédérée concernée et le pouvoir fédéral dans le cadre de la mise en œuvre du pouvoir de substitution – qui porteraient notamment sur le respect des conditions énoncées à l'article 16 § 3 de la loi spéciale du 8 août 1980 –, pas même l'intervention de la Conférence interministérielle de la politique étrangère traditionnellement compétente pour coordonner la concertation entre les composantes de la fédération en matière internationale²⁶. Autrement dit, en cas de conflit résultant de la mise en œuvre du pouvoir de substitution, c'est l'acte adopté par l'autorité fédérale qui pourra faire l'objet d'un recours en annulation (devant le Conseil d'État ou la Cour d'arbitrage selon que la mesure de substitution revêtira la forme d'une loi

20. Accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes, M.B., 17 décembre 1996, également reproduit dans (1994) *R.B.D.I.* 320.

21. Accord de coopération entre l'État fédéral, les communautés et les régions du 11 juillet 1994, M.B., 1^{er} décembre 1994, également reproduit dans (1994) *R.B.D.I.* 291.

22. Pour les commissions communautaires à Bruxelles, voir e.a. M. LEROY et A. SCHAUS, *supra*, note 19, p. 64 ; *contra* : J.-P. PAUWELS, « Les traités internationaux : quels pouvoirs pour les commissions communautaires ? », (1997) *R.B.D.C.* 114.

23. *Ibid.*

24. J.-V. LOUIS et A. ALEN, *supra*, note 17, p. 81.

25. Doc. parl., Sénat, s.e. 1991-1992, 457/1, p. 2 et 3.

26. Voir A. SCHAUS, *supra*, note 3, chap. 1 et 2 ; P. GAUTIER, « Le régime des traités dans l'État fédéral – I. La conclusion des traités », (1994) *R.B.D.I.* 31 ; J. VERHOEVEN, « Le régime des traités dans l'État fédéral – II. Assentiment, autorité, publicité », (1994) *R.B.D.I.* 58 ; Y. LEJEUNE, « Le droit fédéral des relations internationales », (1994) *R.G.D.I.P.* 577.

L'EXÉCUTION FÉDÉRALE DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES

ou d'un acte administratif)²⁷. La validité de l'acte dépendra du respect des conditions de mise en œuvre du pouvoir de substitution et du respect de la répartition des compétences.

Le seul aménagement possible des conditions relatives à la mise en œuvre du pouvoir de substitution a trait au délai de mise en demeure de l'entité fédérée défaillante²⁸. En cas d'urgence, le mécanisme de substitution permet à l'autorité fédérale d'imposer à l'entité fédérée défaillante, par arrêté royal, un délai inférieur au délai de trois mois mentionné à l'article 16 de la loi spéciale pour l'exécution de la décision de la juridiction internationale. Une telle diminution du délai peut être motivée par tout élément justifiant l'urgence²⁹, par exemple la condamnation de la Belgique par la Cour de justice des Communautés européennes à des astreintes par jour de retard dans l'exécution d'un arrêt³⁰ de la Cour.

Le pouvoir de substitution de l'autorité fédérale ne peut être mis en œuvre que lorsque l'État a été condamné par une juridiction internationale. Un système parallèle de communication d'informations à destination des autorités fédérales, de demande de renseignements sur l'état de la législation ou des mesures d'exécution d'une obligation internationale par les entités fédérées n'a pas été envisagé même si ces divers mécanismes auraient également pu contribuer à éviter la mise en cause de la responsabilité internationale de l'État³¹.

Les principes constitutionnels belges reconnaissent donc des pouvoirs d'exécution fédérale des obligations internationales, mais dans des conditions telles que si les entités fédérées n'ont pas été associées à l'élaboration de l'obligation internationale qu'il convient d'exécuter, ils demeurent impuissants à les obliger. Autrement dit, la coopération avec ces entités fédérées reste nécessaire³². Quant à lui, le Canada n'a pas instauré ce type de pouvoirs en faveur de l'autorité fédérale.

27. Doc. parl., Chambre, 1992-1993, 798/3.

28. Art. 16 § 3 1^o de la loi spéciale.

29. Doc. parl., Sénat, s.e. 1991-1992, 457/3, p. 7.

30. Par exemple, en vertu de l'art. 228 § 2, al. 3 du Traité instituant l'Union européenne.

31. Il faut enfin signaler un pouvoir particulier de l'autorité fédérale sur la Région de Bruxelles-Capitale. Le droit constitutionnel a prévu des dispositions visant à régir les rapports spécifiques que l'État fédéral entretient avec cette entité fédérée en vue de favoriser et de promouvoir le rôle international de Bruxelles. L'art. 43 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 organise à cet effet une collaboration entre la région et l'État. Mais à défaut d'arriver à un consensus au sein du comité de coopération composé de représentants des deux entités, la loi spéciale a aménagé un pouvoir particulier en faveur de l'autorité fédérale. En vue de préserver le rôle international et la fonction de capitale de Bruxelles, le gouvernement fédéral peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, suspendre les ordonnances du pouvoir législatif de la Région de Bruxelles-Capitale dans différentes matières ayant trait aux fonctions de cette entité fédérée. Ces pouvoirs précis de l'autorité fédérale à l'égard de la Région de Bruxelles-Capitale lui permettront aussi d'assurer, le cas échéant, l'exécution des obligations internationales qui ont trait au rôle international de Bruxelles ou à sa fonction de capitale.

32. Voir A. SCHAUS, *supra*, note 3.

2. Le cas du Canada

En l'absence de disposition explicite autorisant l'autorité fédérale à parer aux défaillances des entités fédérées en assurant elle-même l'exécution des obligations internationales qui relèvent des compétences exclusives de ces entités, l'exercice de pouvoirs de contrainte de l'autorité fédérale n'apparaît pas possible au Canada, où l'on a vu que les provinces sont seules compétentes pour assurer la mise en œuvre des obligations internationales qui ressortissent de leurs compétences exclusives. Les législateurs provinciaux ne peuvent être contraints de prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre des obligations internationales. Le législateur fédéral ne peut empiéter sur les matières dévolues aux provinces³³, et ce, même en cas de défaillance de ces dernières. Pour l'heure, bien que la doctrine remette en question ce principe³⁴, le pouvoir fédéral n'a pas la compétence d'assurer l'exécution des obligations internationales qui relèvent des compétences exclusives des entités fédérées. Pour éviter la mise en cause de la responsabilité de l'État en raison des défaillances provinciales, diverses solutions ont toutefois été recherchées.

Le mécanisme le plus courant consiste pour le gouvernement fédéral à ne devenir partie à un traité qu'après que la législation de mise en œuvre requise ait été adoptée par les provinces. Il en résulte évidemment une étroite collaboration fédérale-provinciale dans l'ordre interne, avant que le traité ne soit ratifié et ne lie le Canada dans l'ordre international. Cette solution idéale pour éviter la mise en cause de la responsabilité internationale du Canada pour inexécution de ses obligations internationales dans l'ordre interne n'est toutefois réellement efficace que pour les obligations internationales dont la mise en œuvre est « instantanée », c'est-à-dire qui peuvent être exécutées en une fois ou qui ne nécessitent qu'une mesure d'exécution. Par contre, certaines dispositions internationales, spécialement en matière d'environnement ou de commerce, peuvent revêtir un caractère « évolutif » et imposer une adaptation continue de l'ordre interne pour leur mise en œuvre. Pour ces matières en évolution constante, au premier rang desquelles le commerce international³⁵ qui suppose une adaptation régulière de la législation, le gouvernement fédéral a tenté de se réserver des pouvoirs d'exécution dans l'ordre interne afin de parer à une éventuelle résistance des provinces dans la mise en œuvre de ce type d'obligations internationales. Autrement dit, si le gouvernement fédéral coopère étroitement avec les provinces avant de ratifier ce type de conventions

33. Sauf bien entendu lorsque l'autorité fédérale invoque le pouvoir d'urgence et les pouvoirs qui résultent de la théorie des dimensions nationales ou le pouvoir d'adopter les lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement (art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) ; voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Montréal, Yvon Blais, 1990, p. 484 ; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 1992, p. 435.

34. *Ibid.*

35. Voir par exemple I. BERNIER et A. BINETTE, *Les provinces canadiennes et le commerce international*, Québec, Centre québécois des relations internationales, Institut de recherches politiques, 1988, p. 39.

L'EXÉCUTION FÉDÉRALE DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES

mixtes, il cherche néanmoins à se réserver une compétence d'exécution pour les mesures nécessaires au respect du traité après sa ratification et pendant la durée de sa validité en cas de défaillance des provinces.

La combinaison des articles 9 et 20 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* du 17 décembre 1992³⁶ permettrait, par exemple, l'exercice d'un tel pouvoir. L'article 9 dispose :

9. Il est entendu que la présente loi n'a, ni par ses mentions expresses ni par ses omissions, pour effet de porter atteinte au pouvoir du Parlement d'adopter la législation nécessaire à la mise en œuvre d'une disposition de l'Accord ou à l'exécution des obligations contractées par le gouvernement du Canada aux termes de l'Accord.

Quant à l'article 20, il mentionne expressément que :

20. (1) Le gouverneur en conseil peut, sur telle question prévue aux articles 312 et 313 de l'Accord, prendre tout règlement qu'il estime nécessaire à la mise en œuvre de ces articles dans une province, notamment en ce qui concerne l'obligation ou l'interdiction d'accomplir un acte susceptible d'être réglementé aux termes du présent paragraphe et la fixation des peines en cas de contravention.

(2) Il ne peut être procédé à l'entrée en vigueur du règlement visé au paragraphe (1) si, selon le gouverneur en conseil, la province concernée a, dans le cadre de son droit, adopté des dispositions ou appliqué des mesures, conformes à la partie des articles 312 ou 313 de l'Accord visée par le règlement.

(3) Le ministre consulte le gouvernement de la province avant la prise, à l'égard de celle-ci, d'un règlement visé au paragraphe (1).

(4) Le règlement visé au paragraphe (1) ou telle de ses dispositions cesse d'avoir effet à l'égard de la province à la date ou aux dates fixées par décret du gouverneur en conseil.

(5) Les règlements d'application du paragraphe (1) lient Sa Majesté du chef de la province concernée.

Sont ensuite déterminées les conditions dans lesquelles l'on pourra recourir à un tel pouvoir. Le traité lui-même³⁷ contient une clause selon laquelle les parties font en sorte que toutes les mesures nécessaires à l'exécution de l'accord soient adoptées, y compris par les entités fédérées³⁸. Cette disposition

36. L.C. 1993, c. 44 ; ci-après l'« ALÉNA ».

37. Art. 105 de l'ALÉNA.

38. Le prédécesseur de cette convention – qui ne liait que le Canada et les États-Unis –, l'Accord de libre-échange Canada – États-Unis, signé le 2 janvier 1988 (L.C. 1988, c. 65), prévoyait en son art. 103 une clause similaire.

ne vise évidemment pas à fonder dans l'ordre interne un pouvoir de contrainte en faveur de l'autorité fédérale, mais à réaffirmer le principe de l'unité de l'État et à éviter que l'État n'invoque au plan international le partage interne des compétences législatives pour justifier l'éventuelle inexécution de l'Accord³⁹.

La combinaison des deux dispositions précitées de la loi fédérale de mise en œuvre de l'ALÉNA devrait donc permettre à l'autorité fédérale d'assurer l'exécution de l'Accord dans son ensemble puisqu'il relève – dans l'appréciation du pouvoir fédéral tout au moins – du commerce international. Plus particulièrement, le gouverneur en conseil pourrait contraindre une province à prendre les mesures que requièrent les articles 312 et 313 de l'ALÉNA et d'agir à la place d'une province à défaut pour elle de mettre en œuvre une des obligations prévues par ces articles. L'article 312 de l'ALÉNA a trait au commerce des vins et alcools et interdit aux États parties d'adopter ou de maintenir une mesure exigeant que les alcools importés pour embouteillage depuis le territoire d'un autre État partie soient mélangés avec des alcools originaires de son territoire. Certaines exceptions à cette interdiction sont prévues⁴⁰. Cette matière, qui ressortit en principe de la compétence des provinces, constitue un domaine épineux au Canada et a déjà posé, par le passé, des problèmes en regard de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (l'Accord du GATT). En effet, les provinces n'ont pas respecté les termes d'une lettre d'intention à destination de l'autorité fédérale qu'elles avaient signée et par laquelle elles déclaraient qu'elles respecteraient les clauses de l'Accord relative au commerce de ces produits. Cette méconnaissance de l'Accord avait préoccupé la Communauté européenne et fait l'objet d'une décision d'un groupe spécial du GATT⁴¹. Le Canada était donc soucieux de ne pas renouveler l'expérience dans le cadre de l'ALÉNA et de se prémunir d'une autre résistance des provinces à respecter les termes de l'article 312 de cet accord. L'article 313 quant à lui régit l'étiquetage et les normes concernant le commerce de produits distinctifs originaires d'un des pays partie à l'Accord et visés à l'annexe 313, tels que le whisk(e)y⁴², la tequila ou le mezcal.

En adoptant les articles 9 et 20 de la loi de mise en œuvre de l'ALÉNA, le législateur fédéral a clairement pour objectif de permettre une exécution fédérale de l'Accord en cas de résistance des provinces, mais il est difficile de conclure que l'objectif est atteint et que, ce faisant, l'autorité fédérale a réussi à s'aménager des pouvoirs de contrainte sur les provinces. En effet, le premier

39. Voir les développements de la loi de mise en œuvre de l'ALÉNA : (1994) 128 *Gaz. Can. I*, 77 ; voir aussi I. BERNIER et J. BINETTE, *supra*, note 35, p. 140.

40. Voir l'ann. 312.2 de l'ALÉNA.

41. I. BERNIER et J. BINETTE, *supra*, note 35, p. 134 ; voir aussi I. BERNIER, « Le G.A.T.T. et le problème du commerce d'État dans les pays à économie de marché : le cas des monopoles provinciaux des alcools au Canada », (1975) 13 *A.C.D.I.* 138.

42. Selon l'origine de cet alcool, l'orthographe et l'appellation légale est différente ; voir l'ann. 313 de l'ALÉNA.

article cité reflète en réalité la position officielle du gouvernement fédéral selon laquelle l'ensemble de l'ALÉNA est relatif au commerce international. Or le commerce international est une matière visée à la catégorie 2 de l'article 91 la *Loi constitutionnelle de 1867*, relevant de la compétence exclusive de l'autorité fédérale. Certaines provinces estiment au contraire que tout l'Accord n'est pas relatif au commerce international tel que visé par la disposition constitutionnelle et que toute matière généralement quelconque relative au commerce international ne relève pas de cette compétence propre de l'autorité fédérale⁴³. Selon les provinces, certaines matières régies par l'ALÉNA relèvent de leurs compétences exclusives. Le Québec, notamment, a adopté une législation de mise en œuvre de l'Accord dans ses domaines de compétences⁴⁴ même si le gouvernement fédéral rechigne à reconnaître les compétences des provinces. De fait, les provinces jouissent notamment de la compétence exclusive en matière de barrière non tarifaire au commerce⁴⁵. Du reste, les matières visées aux articles 312 et 313 de l'ALÉNA font, en principe, partie des compétences provinciales⁴⁶.

Peut-être la disposition fait-elle également référence à la jurisprudence ambiguë de la Cour suprême du Canada selon laquelle une révision de la jurisprudence du Conseil privé dans l'*Avis sur les conventions de travail* qui consacre le pouvoir exclusif des provinces d'assurer l'exécution des obligations internationales dont l'objet porte sur des matières relevant de leurs compétences, ne serait pas exclue. Selon les *obiter dicta* de la Cour, il se peut que l'autorité fédérale puisse légiférer dans les domaines de compétence provinciale en exécution d'obligations internationales qui ne ressortissent donc pas des compétences fédérales, si elle mentionne expressément dans la législation que celle-ci est adoptée en exécution d'une convention internationale. La jurisprudence n'est toutefois pas aussi claire et, à l'heure où l'on écrit ces lignes, le principe de l'exécution des traités par le législateur compétent en fonction des matières traitées continue à prévaloir. Chacun d'eux reste exclusivement compétent pour assurer l'exécution des obligations internationales dans l'ordre interne.

43. I. BERNIER et J. BINETTE, *supra*, note 35, p. 105 et 145 ; T. ALLEN LEVY, « Le rôle des provinces », dans P. PAINCHAUND (dir.), *Le Canada et le Québec sur la scène internationale*, Québec, Centre québécois de relations internationales (Université Laval), Presses de l'Université du Québec, 1977, p. 125.

44. Voir e.a. la loi sur les accords de commerce international du 13 juin 1996 et le Décret du gouvernement du Québec concernant l'Accord de libre échange nord-américain, reproduits dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *supra*, note 9, respectivement aux p. 499, 441.

45. Interprétation qui prévaut des art. 91(2) et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ; voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 33, p. 448 ; I. BERNIER et J. BINETTE, *supra*, note 35, p. 143.

46. I. BERNIER et J. BINETTE, *supra*, note 35, p. 134.

La portée de ces articles n'apparaît manifestement pas clairement. Si l'interprétation qu'il convient de leur donner consiste à permettre au gouvernement fédéral d'assurer la mise en œuvre de l'intégralité des dispositions de l'ALÉNA sur base de ses compétences exclusives en matière de commerce international⁴⁷, les dispositions n'apportent rien de neuf. Il ne s'agirait que d'une confirmation surabondante d'une compétence que l'autorité fédérale détient en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si tel est bien le cas, les pouvoirs de contrainte du gouverneur en conseil prévus à l'article 20 de l'ALÉNA précité peuvent sembler superflus puisque l'Accord peut, en tout état de cause, être mis en œuvre par l'autorité fédérale sur base de ses compétences en matière de commerce international comme indiqué à l'article 9 de la loi de mise en œuvre. On devrait alors déduire de ces dispositions, sur base du principe de l'interprétation utile, que l'autorité fédérale cherche à parer à tout obstacle d'origine provinciale et qu'elle reconnaît la compétence des provinces. Mais si, ce faisant, le pouvoir fédéral vise à renverser la répartition des compétences constitutionnelles, telle qu'elle est interprétée à ce jour, on peut douter de leur validité constitutionnelle étant donné qu'une simple législation de mise en œuvre d'une convention internationale ne peut modifier l'ordonnement des compétences constitutionnelles entre provinces et autorité fédérale.

L'Accord du GATT⁴⁸ comporte également des dispositions qui visent à contraindre les provinces à exécuter les obligations qui en résultent. L'accord est censé répondre, plus encore que l'ALÉNA, au contexte changeant du commerce international. Les discussions menées en vertu de cet accord lors du Cycle de Tokyo et du Cycle d'Uruguay qui portaient essentiellement sur les barrières non tarifaires ont été l'occasion de le confirmer et de poser la question de l'application de l'accord aux provinces dont les compétences sont largement visées par ces matières⁴⁹. Le texte est toutefois moins clair que celui de la loi de mise en œuvre de l'ALÉNA. L'article XXIV.12 de l'Accord du GATT prévoit que « chaque partie contractante prendra toute les mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements ou administrations régionaux ou locaux observent les dispositions du présent accord »⁵⁰.

47. Voir les développements de la loi de mise en œuvre de l'ALÉNA, *supra*, note 39, p. 79.

48. L'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne contient pas de disposition similaire mais en vertu de l'article XVI, l'OMC sera guidée par les procédures et pratiques habituelles des parties contractantes du GATT (§ 1). Du reste, aucune partie ne peut formuler de réserves relatives aux dispositions de l'Accord (même article, § 5).

49. A.L.C. de MESTRAL, « L'application aux gouvernements et administrations régionaux et locaux de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et des accords et décisions issus des négociations commerciales multilatérales », (1984) *R.Q.D.I.* 105 ; I. BERNIER, « L'impact de l'internationalisation sur le fonctionnement de l'État : le partage constitutionnel des compétences », dans D.M. BROWN et M. SMITH (dir.), *Canadian Federalism: Meeting Global Economic Challenges?*, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston, Queen's University Press, 1991, p. 65 ; D.M. BROWN, « The Evolving Role of the Provinces in Canadian Trade Policy », dans D.M. BROWN et M. SMITH, *supra*, p. 81.

50. De MESTRAL, *supra*, note 49, p. 105, a relevé trois dispositions similaires dans les accords ultérieurs issus des négociations du Cycle de Tokyo.

Une partie de la doctrine a soutenu que cette clause vise à éviter l'inexécution de l'accord par une province, sans pour autant affirmer qu'elle fonde un pouvoir de contrainte dans le chef de l'autorité fédérale⁵¹. Effectivement, cette clause est encore plus ambiguë que les dispositions précitées de la loi de mise en œuvre de l'ALÉNA. Cette clause ressemble plutôt à une « clause fédérale » par laquelle l'autorité fédérale précise justement qu'elle ne peut s'engager pour les matières qui relèvent des compétences des entités subnationales, mais qu'elle s'engage à user des moyens en son pouvoir pour parvenir à une pleine exécution de la convention internationale sur l'ensemble du territoire. Certes, cette clause reçoit de la part des groupes spéciaux du GATT une interprétation très restrictive⁵². Mais quelle que soit la portée internationale de cette clause, il nous semble qu'elle ne saurait fonder dans l'ordre interne canadien ni une obligation dans le chef des provinces canadiennes ni un pouvoir de contrainte du gouvernement fédéral dès lors que la jurisprudence, jusqu'à ce jour non contredite, empêche le pouvoir fédéral de faire par le biais de conventions internationales ce que la *Loi constitutionnelle de 1867* lui interdit. Il en résulte qu'à défaut de coopération avec les provinces, on voit mal comment le gouvernement fédéral pourrait agir en lieu et place de provinces récalcitrantes sur la base d'une convention internationale alors qu'il s'engage seulement aux termes de cette dernière à prendre les mesures raisonnables en son pouvoir. Comme le relève Armand de Mestral, les travaux préparatoires de la convention et la pratique des États sont trop controversés et ambigus pour qu'une telle interprétation puisse prévaloir⁵³.

Ni les dispositions de la loi de mise en œuvre de l'ALÉNA ni celles de l'Accord du GATT n'ont à ce jour, à notre connaissance, servi à fonder un pouvoir de contrainte du gouvernement fédéral sur les provinces. La jurisprudence ne s'est donc pas prononcée sur leur portée exacte. Une certaine doctrine considère toujours que les pouvoirs d'exécution des obligations internationales doivent, particulièrement en matière de commerce international, appartenir à l'autorité fédérale⁵⁴. En conséquence, cette doctrine plaide en faveur d'une interprétation élargie des compétences fédérales en matière de commerce extérieur et des pouvoirs fédéraux de dimension nationale pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement⁵⁵.

51. De MESTRAL, *supra*, note 49 ; I. BERNIER, « La constitution canadienne et la réglementation des relations économiques internationales à la sortie du *Tokyo Round* », (1979) *C. de D.* 672.

52. I. BERNIER et A. BINETTE, *supra*, note 35, p. 137.

53. De MESTRAL, *supra*, note 49, p. 109.

54. Voir D.C. STORY, « Government – A Practical Thing: Toward a Consensus on Foreign Policy Jurisdiction », dans R.B. BYERS et R.W. REFORD (dir.), *Canada Challenged: The Viability of Confederation*, Toronto, Canadian Institute of International Affairs, 1979, p. 124 ; T.H. STORM et P. FINKLE, *supra*, note 12 ; voir aussi les synthèses de la position de cette doctrine dans I. BERNIER et A. BINETTE, *supra*, note 35, p. 156 et dans I. BERNIER, *supra*, note 49, p. 69.

55. M. PATENAUDE, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange », (1990) *R.D.U.S.* 1 ; J. WHITE, « Federal Powers Over the Economy: Finding New Jurisdictional Room », (1987) *Rev. can. dr. comm.* 257 ; R.G. RICHARDS, « The

La pratique révèle toutefois que c'est principalement par la coopération fédérale-provinciale que ces traités sont dans les faits mis en œuvre⁵⁶. La Commission Royale sur l'union économique et les perspectives d'avenir du Canada s'est penchée sur la question de la mise en œuvre des traités en matière de commerce international et est arrivée à la conclusion qu'il ne convenait pas, pour l'heure, de proposer des réformes constitutionnelles ou législatives⁵⁷. Autrement dit, dans le silence de la *Loi constitutionnelle de 1867*, même s'il existe des tentatives d'imposer une obligation d'exécution du droit international – dont la validité est incertaine –, la règle générale demeure : les entités fédérées, à défaut d'avoir consenti à être liées par la règle internationale, n'ont aucune obligation de les mettre en œuvre dans leur sphère de compétence exclusive⁵⁸ et l'autorité fédérale ne peut les y contraindre, même pour répondre aux conséquences de la mise en cause de la responsabilité internationale de l'État.

Dans les deux États fédéraux, c'est la coopération entre les composantes de la fédération qui permettra de préserver la cohérence extérieure de l'État et d'éviter, le cas échéant, la mise en cause de la responsabilité internationale de la fédération. L'absence de pouvoir de contrainte au Canada et les conditions très strictes à la mise en œuvre du pouvoir de substitution ne permettent à nouveau pas à l'autorité fédérale d'imposer unilatéralement des obligations internationales dans les domaines de compétences exclusives des entités fédérées. L'équilibre fédéral des pouvoirs est donc encore ici préservé par la reconnaissance de l'autonomie et de la complémentarité des entités qui composent la fédération.

Canadian Constitution and International Economic Relations » dans D.M. BROWN et M. SMITH, *supra*, note 49 ; R. HOWSE, « The Labour Conventions Doctrine in an Era of Global Interdependence: Rethinking the Constitutional Dimensions of Canada's External Economic Relations », (1990) *Can. Bus. L.J.* 160.

56. Voir d'ailleurs en ce sens les développements de la loi de mise en œuvre de l'ALÉNA, *supra*, note 39, p. 78 et 79 ; voir aussi e.a. É. THÉROUX, « Les conséquences juridiques pour le Québec de la dynamique libre-échangiste depuis la conclusion des accords de libre-échange » Conférence du 20 juillet 1995, non publiée ; V. LOUNGNARATH, « L'incidence de l'Accord de libre-échange Canada/États-Unis sur le développement de la paradiplomatie provinciale », (1992) *R.J.T.* 301 ; G.J. SZABLOWSKI « Le pouvoir de conclure des traités dans le contexte canadien : une approche exploratoire et innovatrice », dans C. BECKTON et A.W. MACKAY, *supra*, note 7.
57. H.S. FAIRLEY, « Les dimensions constitutionnelles de la politique en matière de commerce extérieur », dans M. KRASMICK (dir.), *Le Fédéralisme et l'union économique. Le partage des pouvoirs : Études de cas, volume 62 des études menées dans le cadre de la Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (Commission Macdonald)*, Ottawa, Centre d'édu. du gouvernement du Canada, Approvisionnement et Services, 1986, p. 1.
58. Sauf bien entendu les exceptions prévues par le droit constitutionnel canadien, par exemple l'application de la dimension nationale des pouvoirs fédéraux de faire les lois en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement ou d'appliquer les pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de commerce international. Voir A. SCHAUS, *supra*, note 3, aux chap. 1 et 2 ; voir aussi V. LOUNGNARATH, *supra*, note 56, p. 318.

CONCLUSION

L'analyse comparée des systèmes institutionnels des États étudiés a démontré que ni la compétence en matière de conduite des relations internationales ni la mise en cause éventuelle de la responsabilité internationale de l'État ne permettent à l'autorité fédérale de faire abstraction de l'autonomie des entités fédérées et d'user de pouvoirs d'exécution autoritaires. Que l'autorité fédérale répugne ou non à institutionnaliser ou à reconnaître officiellement le rôle des entités fédérées dans la conduite des relations internationales, que l'autorité fédérale ait ou non à sa disposition des pouvoirs de substitution sur les entités fédérées, n'y change rien : l'autonomie des entités fédérées empêche l'autorité fédérale d'imposer des obligations internationales auxquelles elle a souscrit sans tenir compte de leurs compétences exclusives. Les compétences des entités fédérées dans l'exécution des obligations internationales entraînent donc inévitablement des conséquences sur la conduite des relations internationales de la fédération.

La comparaison des systèmes institutionnels étudiés dénote d'ailleurs certaines contradictions en matière de relations internationales. Au Canada, l'aménagement des compétences en ce domaine est paradoxal. L'autorité fédérale s'accroche à l'exclusivité de sa compétence en matière de relations internationales et s'obstine à refuser de reconnaître une quelconque compétence aux provinces, alors que l'exécution de n'importe quelle obligation internationale portant sur des matières de compétence provinciale requerra l'intervention des provinces pour être mise en œuvre dans l'ordre interne. Par ailleurs, en dépit du fait que l'autorité fédérale dispose d'une compétence de principe pour contracter les obligations internationales qui lieront la fédération, aucun pouvoir de contrainte n'est consenti à cette autorité pour assurer leur exécution dans l'ordre interne. Dans la logique de l'équilibre des pouvoirs, la seule issue est donc la coopération tant au stade de l'élaboration de la norme internationale qu'au stade de son exécution. La coopération, bien qu'elle ne soit pas institutionnalisée, caractérise d'ailleurs les rapports entre les composantes de la fédération canadienne en ce domaine.

À l'inverse, le système institutionnel belge reconnaît une compétence internationale plus ou moins large aux entités fédérées, lesquelles se voient investies formellement d'une compétence précise dans l'élaboration des normes internationales susceptibles de les lier dans l'ordre interne. Par contre, ce système reconnaît à l'autorité fédérale le pouvoir de pallier l'inaction des entités fédérées lorsque celle-ci met en cause la responsabilité internationale de l'État. L'autorité fédérale ne peut toutefois y recourir que si elle a respecté les compétences propres des entités fédérées dans la détermination des obligations internationales auxquelles l'État a souscrit. C'est aussi pour cette raison qu'une étroite collaboration, tant au stade de l'élaboration de la norme internationale qu'au stade de son exécution, s'instaure dans ces deux États entre les partenaires de la fédération.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

Dans un cas comme dans l'autre, l'équilibre fédéral et l'imbrication étroite de toutes les entités composant la fédération entraînent la coopération. À l'analyse, ni l'absence de compétence internationale des entités fédérées canadiennes proclamée par Ottawa ni l'existence d'un pouvoir d'exécution fédérale des obligations internationales destiné à pallier les défaillances des entités fédérées belges ne permettent aux autorités fédérales de ces États de nier l'autonomie des entités fédérées et d'exercer unilatéralement les compétences internationales. Chaque système a ses solutions propres aux données juridiques, politiques et historiques qui caractérisent son fédéralisme. Mais lorsqu'on les compare, ces systèmes fédéraux sont finalement tous marqués par le caractère incontournable de la position de leurs entités fédérées en matière d'exécution des obligations internationales dans l'ordre interne.

Au sein de chacun de ces États, aucune des autorités fédérales ne peut échapper à la coopération avec les entités fédérées sans mettre en cause l'équilibre fédéral des pouvoirs.

La prise en compte de l'autonomie des entités fédérées, ou plus exactement le respect de cette autonomie, permet d'éviter des conflits dans l'ordre interne qu'une centralisation des compétences internationales ne manquerait pas de créer. Qu'on ne s'y trompe pas. L'enjeu n'est donc pas d'aboutir à une plus grande autonomie des entités fédérées, mais plutôt au respect de la logique fédérale des pouvoirs même en matière d'exécution des obligations internationales.

Chapter 11

The Voice of Länder, Regions and Communities in the European Union

Rainer ARNOLD*

Abstract

Federalism in the European Union (EU) is characterised by three major developments.

The first is the emergence of supranationality—the main feature of the EU legal order. This development is characterized by the accumulation of powers within the EU, the broad interpretation of central competencies, the direct effect of EU law in the internal member states' legal orders, and the supremacy of supranational law over national law. The author contends that these strong centralistic tendencies are detrimental to the federal systems of member states, most notably Germany, Austria, and Belgium.

The second development relates to the role of the Council as an essential decision-making institution of the EU. In member states that have federal systems, the territorial subentities (the Länder in Germany and Austria, the Communities and Regions in Belgium) participate in this process. In some instances, they even take over the function of representing

Résumé

Le fédéralisme au sein de l'Union européenne (UE) se distingue par les traits principaux de son évolution, qui sont au nombre de trois.

Le premier est l'émergence d'une supranationalité – l'élément principal de l'ordre juridique européen. Cette supranationalité se caractérise par une accumulation de pouvoirs au sein de l'UE, une interprétation large des compétences centrales, un effet direct du droit européen dans l'ordre juridique interne des pays membres, et la suprématie du droit supranational sur le droit national. L'auteur prétend que ces fortes tendances centralisatrices nuisent aux États fédéraux membres, en particulier l'Allemagne, l'Autriche et la Belgique.

Le deuxième trait est lié au rôle du Conseil comme lieu central de la décision dans l'Union européenne. Chez les États membres qui reposent sur un système fédéral, les entités territoriales fédérées (les Länder en Allemagne et en Autriche, les Communautés et Régions en Belgique)

* Jean Monnet Chair in European Law, Universität Regensburg.

their country in the EU Council. Consequently, some EU members, which are regional states, must adapt by developing similar mechanisms.

Lastly, within the EU itself, a particular kind of federalism is evolving, which seeks to establish a kind of equilibrium between central supranational powers and those of the member states. Specific mechanisms, such as the principle of subsidiarity and a clear vertical distribution of competence between the EU and member states, shall help to realise this goal.

participent à ce processus. Dans certaines instances, elles assument même une fonction de représentation nationale au Conseil de l'Union européenne. Conséquemment, certains membres de l'UE, qui sont des États régionaux, doivent s'adapter en mettant en place des mécanismes similaires.

Finalement, au sein de l'Union européenne elle-même, un certain type de fédéralisme est en pleine évolution, ce qui tend à créer un équilibre entre les pouvoirs centraux du niveau supranational et les pouvoirs des États membres. Des mécanismes spécifiques, tels le principe de subsidiarité et une distribution verticale des compétences entre l'UE et les États membres, peuvent contribuer à atteindre cet objectif.

A. SUPRANATIONAL INTEGRATION AND FEDERALISM/REGIONALISM

1. Supranationalism as a Characteristic Phenomenon in Post-war Europe

The idea of European integration is mainly based on supranationalism, a concept that has emerged in post-war Europe as a new approach to multinational cooperation. This concept is able to secure peace, promote economic growth and welfare, as well as to efficiently fulfil modern tasks of an increasingly transnational dimension. The European Communities, which were established in the 1950s, derived their powers from the transfer of national sovereign rights. This transfer has “opened” the formerly closed legal orders of member states—as pointed out by the German Constitutional Court¹—thus uncovering sovereignty to the effect that laws adopted by the Community have direct effect within the national legal orders of member states. Moreover, these laws are superior to the states’ own autonomous regulation, which in turn has itself been placed in the hands of institutions acting for the whole of Europe, substituting supranational for national decision-making.²

1. Decision of 29th May 1974, vol. 37, p. 271, 280.

2. See *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, [1964] E.C.R. I-1141.

Most of the former national competencies have been transferred to the Community. Some of them are now exclusively in the hands of the Community, yet the large majority of them are competencies shared by the Community institutions and the member states. However, even in the case of shared competencies, the Community's normative power does not appear to have very stringent limits, since Community institutions are empowered to legislate just as much in fields which initially remained in the hands of the member states. Thus the legislative power of the Community is capable of expanding and absorbing matters that have been reserved for national autonomy, a process whose only restraints are the rather weak conceptual instruments of subsidiarity and proportionality.³

In summary of the main characteristics of supranationalism in Europe, it can be stated that there is an instrumental and a substantive dimension. The consequences of laws adopted by the Community are quite similar to those experienced in situations within the state. From an instrumental point of view, the effect of EC law follows a more national than international pattern. On a substantive level, most of the national matters have shifted to the EC level and are regulated by shared institutions with a Europe-wide remit.

Furthermore, EC legislative institutions do not act in the same way that international institutions traditionally do, that is unanimously and in accordance with the "one state, one vote" principle. The EC Council which, in around 70% of cases, acts together with the European Parliament under the "co-decision" procedure (Art. 251 of the EC Treaty), makes its decisions on a qualified majority basis. This institutional feature underlines the particular supranational character of the European Communities as founded in the 1950s, including the European Coal and Steel Community (which was set up in 1951-52 and which expired 50 years later in 2002), EURATOM and the European Economic Community (both founded in 1957-58, the latter being the most important of these communities and having been renamed the European Community, EC for short, in 1993). The European Union (EU), which was established in 1993, took up the supranational Communities as its foundation—the so-called Pillar I of the EU—and extended this supranational Pillar I with two further pillars in relation to common foreign and security policy and penal law matters, these two latter pillars being characterised by a structure of intergovernmental cooperation. Therefore, supranationality is linked to the EC, but not to the whole EU. The implications on federalism and regionalism are centred on the EC.

3. See EC, *Consolidated Version of Treaty Establishing the European Community*, [2002] O.J. C. 325, Art. 5 [hereinafter "EC Treaty"].

2. Federalism/Regionalism as a Changing Concept in Europe

The EU comprises three types of states, which can be distinguished under this perspective: federal states (Germany, Austria, and Belgium); regional states (Spain, Italy, France, and the United Kingdom); and states with a centralist tradition. However, there is no general definition of these categories, nor is there a world-wide notion of what constitutes a federal state or a generally recognised structure. German, Austrian, and Belgian federalism is distinctive and different in many essential aspects. American (U.S.) and Canadian federations have their own specific structure, traditions, and characteristics. The same can be said of regionalism, which shows an even more varied appearance.

Besides the differing features, there are some obvious general tendencies in the development of these states in Europe:

- There seems to be a convergence of federal and regional systems. That is to say that regional systems are becoming more and more centralised in the most important fields, through the absorption of legislative functions by the central power, whilst regional systems in states with a more centralised tradition are giving way to increased decentralisation, as is the case in France and the United Kingdom.
- A growing significance can be observed in the participation of the Länder or regions in the decision-making procedure of the central power. Cooperation of such territorial subentities seems more crucial and more suitable for fulfilling the tasks of the modern social state. “Cooperation federalism/regionalism” is more important than a competence-orientated system. Of course, it is indispensable for a territorial subentity of a state to have powers of its own, at least at an executive level. Yet being the holder of competencies is less vital than sharing in the central law decision-making process.
- The supranationalisation of federalism/regionalism is a modern condition of these systems in Europe:
 - i) A considerable number of their internal competencies have been transferred by EU member states onto the EU level, either explicitly or implicitly. Permission for this procedure has been granted by the national constitutions, often without express consent of the territorial subentities (as for instance occurred in Germany on the basis of Art. 24 § 1 of the *Basic Law*, up and until the introduction of a new Art. 23, whose § 1 prescribes the granting of such consent). The very nucleus of the competence of Länder/regions has also been transferred to the EC: cultural matters, education, etc. In this respect, a certain limitation can be

found in the prohibition laid down in the EC Treaty against harmonising with national rules in these fields.⁴ Nevertheless, the competences of the EC are far-reaching and have a considerable impact on such matters.

- ii) EC institutions are interpreting their competences in a way that corresponds to the principle of “*effet utile*”⁵ which gives full effect to realisation of these competences. This leads to a broad interpretation, often signifying an additional cut-off as to the competences of the Länder concerned.
- iii) Increasingly so, the EC has started to regulate administrative matters that are preponderantly up to the subentities.
- iv) Some EC competences that have a fundamental content, such as the harmonisation clause in Art. 95 of the EC Treaty, have a vertical effect in the sense that *all* areas of law that refer to the Internal Market can be replaced by an *EC-wide* law adopted by the Community institutions, which means in practice that nearly all fields of action fall within this definition. It is evident that an indefinite number of Länder/regional powers are covered by this clause.
- v) Moreover, the general authorisation of the EC to act even when there is no (explicit or implied) competency for it to do so, in instances in which such action—i.e., the adoption of a legal act—is indispensable for the functioning of the Common Market (Art. 308 of the EC Treaty), can threaten the residual competencies of the Länder/regions. In the eyes of some member states and of the Länder, this authorisation has been used too extensively.⁶ What is more, this is a certain danger with regard to the rest of competences that remain decentralised.

3. Supranationalisation of Federalism/Regionalism in Europe: General Aspects

Besides the negative aspect of being threatened by the EC, the supranationalism of federalism/regionalism in member states also has positive aspects both on an EU and a national level. On the positive side, this means that institutional measures have been used in order to respect and put in place a *third level* of influence in the EC, for the benefit of federal regions and subentities.

4. EC Treaty, *supra*, note 3, Art. 151 § 5.

5. See M. HERDEGEN, *Europarecht*, 2nd ed. (Munich: Beck, 1999) at n. 200.

6. See Decision of the German Constitutional Court, vol. 89 at 155, 188.

This level is emerging as a power of co-decision within the EC, which is complementary to both the traditional levels, being the EC itself and the member states. Up until now, this third level has been institutionally weaker than the other two, yet it has made considerable progress in obtaining more and more influence over the EC decision-making process.

In this context, a threefold system can be identified:

- i) institutional measures at the EC level itself;
- ii) institutional measures in the member states, which are *indirectly* relevant for the member states' relations with the EU; and
- iii) institutional measures in the member states, which are *directly* relevant for the relations of the member states with the EU.

The first category comprises possibilities for cooperation, created by the EC, such as consultative bodies for the federal subentities (Länder/regions). The second and third categories refer to the internal legal order of the member states. By means of their Constitution of ordinary legislation, these member states may provide their federal subentities/regions with the opportunity of influencing those institutions of central state that take action at the EC level, which in turn take their views into consideration and make these regional views prevail in Brussels. The degree of influence can vary from being merely consultative to being strictly binding, depending on the internal dispositions. In addition, the national law of member states may provide for the possibility of representatives from the federal subentities/regions to act directly at the EC level on behalf of the member state.⁷ This is normally restricted to certain areas, in particular to those which fall within the exclusive internal competency of the subentity. Since more than one subentity exists within the member state, there must be a mechanism for determining this representative. This may occur in advance by means of a general provision (e.g. on a rotational basis) or on an *ad hoc* basis through an institution of the state. For such a possibility to arise, a twofold normative requirement must be fulfilled:

- i) permission at the state level; and
- ii) permission at the EC level.

7. See S. OBERLÄNDER, *Aufgabenwahrnehmung im Rahmen der EU durch Vertreter der Länder* (Baden-Baden: Nomos, 2000) at 36; E.B. NEUNREITHER, *Die Interessenvertretung der Regionen bei der EU* (Frankfurt: Lang, 2001) at 117; K. ZWICKER, *Als Bundesstaat in der EU—Die Beteiligung der Bundesländer am Integrationsprozess* (dissertation, University of Münster: 2000) at 289.

These two forms of authorisation are necessary, because a state organ has the desire to act within the institutional system of the EC and to have effect on this system. It is evident that both orders—the national and the supranational—have to consent.

To conclude, it can be said that there are a variety of forms and degrees of intensity of cooperation of federal subentities (Länder/regions) in Community matters. The principal significance in this context lies in the national mechanisms of cooperation, while those foreseen by the EC are only of minor importance. The Community is based mainly on the direct, bipolar relationship between the central supranational power and the member states, whereas the member states themselves are bound to a federal tradition or alternatively—as appears to be a modern tendency—they give way to tendencies of emancipation in favour of a more decentralised state power. Therefore, internal traditions and current processes are extended onto the Community level.

What is more, the internal mechanisms of cooperation in the member states are more advanced in federal systems than in regional systems. This clearly corresponds to the varying importance of territorial subdivisions—Spain being an intermediate phenomenon—resulting in relatively far-reaching instruments of cooperation in federal systems, and more limited instruments of this kind in regional systems.

There are two major poles in the spectrum of instruments of cooperation, namely the stronger co-decision and decision procedures on the one hand, and the weaker consultation or information-only procedures (usually at least in connection with facultative consultation) on the other. Cooperation can also be denied when the central state is convinced that it can represent the whole state community in an optimum way. This viewpoint seems to be erroneous and inadequate for modern concepts of decentralisation, which are increasingly becoming leading ideas of the theory of the state and of society.

If a state is centralised by tradition, divided only into districts or provinces that are conceived as purely administrative units without any autonomy, a sufficient basis for cooperation in EU matters will not generally have been formed. The decisional process will, therefore, be focused on the institutions of central state as administrative bodies, of which the districts or provinces are part. Usually, the question of cooperation only arises when some autonomous right is granted to the subunits of a state, and internal competences of these subunits, or central competences that have an impact on these subunits, have been transferred to the EC.

From a historical point of view, cooperation as a strong form of co-decision is a recent development, whilst consultation and information are older instruments. In states that entered into the EU relatively later on, the assumption of co-decision mechanisms being available was made quickly.

It can be stated that the creation of the EU, in 1993, gave a signal both for strengthening the position of the federal subentities (Länder/regions) and for introducing new co-decision systems. Such systems had already existed in Germany since 1986 (the year in which the first important EU reform occurred), yet being systems with less significant instruments than those instruments introduced into the *Basic Law* in 1993. Beforehand, cooperation was not already felt as indispensable, as it was later on.

B. FEDERALISM/REGIONALISM AND THE EU DECISION-MAKING PROCESS

1. EC Provisions on the Participation of Federal Subentities (Länder/Regions) in Decisions on EU Matters

The EU decision-making process is essentially in the hands of the Council of Ministers and the European Parliament (EP). Over 70% of all decisions are taken on the basis of the “co-decision” procedure (Art. 251 of the EC Treaty) introduced by the Treaty of Maastricht in 1993, and extended by the Amsterdam and Nice Reform Treaties. Decisions that are not subject to this procedure are always made by the Council, whereby cooperation of the EP is limited to consultation (except in certain cases). In this context it is important to note that the Council is composed of representatives of the member states.

As a general rule, it is the ministers of a member state’s central government who decide, for which there are two possibilities as described above:

- i) the opportunity of influencing the central minister so that he has to put forward the opinion of the Land/region during the Council meeting; and
- ii) a further possibility—which is the strongest form of cooperation—concerns a minister of one of the Länder acting directly in the Council as a representative of his or her member state.

2. Provisions in the EC Treaty regarding Member States of Federations/Regions

The most important EC Treaty provision in this context is Art. 203, which provides that members of the Council—the most important institution of the Community—are representatives of the member states who hold the rank of a minister. This Article, which was modified by the Treaty of Maastricht in 1993, allows a member state to send one of its ministers (or persons of the same function) from one of its Länder or regions. Thus, Community law preserves the

principle that member states are subjects of the Community on the one hand, based on the direct relationship between the Community and its member states, but accepts the emerging role of the third level on the other hand.⁸

A minister from a territorial subentity of a member state represents that member state as opposed to only his specific region. The procedure of selection and nomination of such a person is up to the constitutional and ordinary legislative provisions that are valid at the internal level. As will be demonstrated below, this possibility is used in particular by Germany and Belgium, whereas Austria, which has also introduced this opportunity by means of an internal law, does not often make use of such immediate representation in practice. Other countries, with a more regional structure, do not normally permit such a far-reaching institutional means of action.

It may also be noted in this context that a minister of a region or one of the Länder, who is representing the member state as a subject of Community law, may not put forward an opinion within the Community institutions in relation to the region from which he or she comes. Rather, he or she has to respect the will of the territorial subentities or of the member state itself as a whole. Even if the first alternative applies, the interests of the member state, as such, always have to be taken into serious consideration by this representative.

Furthermore, a second step has been taken by the Community to further the third level in creating a Committee of Regions.⁹ This Committee was established by the Treaty of Maastricht and began operating in 1994. It has a merely consultative function, despite its efforts to obtain decisional power. The Committee is made up of local authorities and representatives from the regions and Länder, chosen by the member states on the basis of their own specific procedures in this respect. In certain matters concerning the competences allocated to the territorial subentities, the Committee must be consulted during the course of the EC's legislative process. These matters are education, culture, health, regional development, and so on.

Besides this, the Committee now has the right to state its opinion in other fields, signifying a certain degree of progress in extending its functions. The opinion of the Committee is well respected by other Community institutions, and consultation is taken seriously despite the non-obligatory character of such opinions. Thus, the influence of the Committee is considerable. This is supported by the fact that members of the Committee are always highly regarded personalities from the regions, such as prime ministers of a country or regions, which in turn strengthens the Committee's authority. Moreover, the EP can be a

8. See NEUNREITHER, *supra*, note 7, at 7.

9. EC Treaty, *supra*, note 3, Arts. 263-265.

natural ally of the Committee of Regions, because those deputies who are directly elected from one of the regions will support the interests of those who voted for him or her, and thus in turn, support the interests of the region itself. It seems that Parliament is more open to further development of the Committee of Regions than other institutions with a more executive function within the Community.

Until now, the Reform Treaties have not complied with the intentions of this Committee to obtain the right to bring an action before the European Court of Justice against legal actions of the EC institutions, nor to get the task of observing whether or not the EC institutions conform to the important principle of subsidiarity, a principle that is favourable to both member states and regions. Thus, the Committee of Regions is hindered from further developing its competences, but obliged to struggle against reticent tendencies from the side of the traditional EC institutions, which essentially do not want to modify the balance of power, as expressed by a sophisticated system of competencies within the Community.

A further aspect that must be mentioned relates to the principle of subsidiarity and the principle of proportionality, as laid down in Art. 5 of the EC Treaty. These principles have a limiting effect on Community power, and are therefore able to preserve the identity of the member states and the regions. The introduction of subsidiarity into the EC Treaty, as an essential criterion for Community action, is the consequence of a long-standing debate on strengthening the third level. Subsidiarity, in the sense of Art. 5 of the EC Treaty, means that the Community may not act (i.e., adopt Community measures) if the member states are able to do so themselves in an efficient way. If a certain matter can be regulated better, or in the same manner and to the same degree of efficiency by the member states, then the member states have the primary competency for this matter. Under such circumstances, the Community would be hindered from taking measures by itself. When controlling the legality of legal acts taken by the Community institutions, the European Court of Justice has to examine whether or not this Community measure conforms to the principle of subsidiarity.

This principle also has a protective effect on regions, because their competences are usually laid down in the constitutional law of that country. If the EC refrains from legislating and leaves this up to the member states, then the regions have the power to take such measures if they are competent to do so under their own national constitutional law. Thus subsidiarity also signifies protection of regional competences.

Similar arguments are valid for the notion of proportionality. This principle means that the Community only takes such measures as are necessary for

reaching a certain legitimate goal. Thus, regulation by means of a directive is less invasive for the member states, and must consequently be chosen instead of a regulation, since a regulation represents a much stronger intervention into the state's sphere than a directive does. Proportionality also means not legislating if legislation, already in existence in the member state, is sufficient for the subject concerned. From this perspective, the regions and Länder profit from this notion, because their competences are kept intact by this means.

In practice, subsidiarity is not very effective. So far, no important judgements have been passed by the European Court of Justice in relation to annulling a legal act of the Community under this aspect. This notion plays a very crucial part in politics and political debate, but not in the practice of law itself. This can also be said for the principle of proportionality. In fact the Community institutions have a wide discretionary power to decide whether or not the principles of subsidiarity and proportionality are to apply in a certain case. What is more, subsidiarity is not applicable within the areas of exclusive Community competence. There is no clear concept within Community law as to what exclusive and concurrent competencies are. The future EU Constitution is regarded as a document to clarify this point of discussion. For the last 50 years, the Community has solved all these problems of competence in a very pragmatic manner, demonstrating that neither subsidiarity nor proportionality have a very decisive effect in practice.

3. Regimes in Member States in Relation to the Participation of Territorial Subentities in the EU Legislative Process

It would appear that the German and Belgian constitutional systems have foreseen the most advanced participation of their Länder and regions/communities in EU matters. Austria has adopted a similar system to the German one, yet with some modifications that have turned out not to be as effective in practice as is the case in Germany.¹⁰

Let us consider the constitutional situation in Germany for a moment. Federalism is a fundamental principle in German constitutional law, embodied in Art. 20 of the *Basic Law* and protected from constitutional reform insofar as such a reform would modify the essentials of the federal system.

At a constitutional level Art. 23, the present wording of which was established in 1993 (the year in which the European Union was created), introduces a

10. See R. ARNOLD, "Federalism and European Community Law: A Study on the Mechanisms of Internal Participation in European Community Decision Making in Germany, Austria, and Belgium", (1997) 12 Tul. Eur. & Civ. L. F. 159.

threefold system of participation of the Länder in EU matters. There is a *weak*, a *strong* and an *intermediate* form of participation, depending on the matter to be deliberated in the Council of Ministers in Brussels.¹¹ If this matter corresponds to a matter that was formerly in the hands of the federation, then the influence of the Länder is weak. If this matter corresponds to a matter that used to be exclusively in the hands of the Länder, then participation is strong. There are some fields, such as administrative law (which has traditionally been a domain of the Länder), which belong to the third group with an intermediate degree of influence of the Länder.

With regard to the weak possibility, all matters that fall exclusively under the competence of the federation (defence, monetary affairs, citizenship, etc.) only give rise to the right of the Länder to utter an opinion if their interests are affected by the deliberations taking place in the Council of Ministers. In this case, the Länder can determine their common position in the *Bundesrat* (Federal Council), being a federal institution composed of representatives of the governments of all the Länder. This Federal Council plays a significant part in Germany's legislation and always acts in conjunction with the federation, even in spheres of exclusive federal competence. The Länder can adopt a common standpoint by an absolute majority in the Federal Council, which must be "taken into consideration" by the federal minister acting in the Brussels Council. To "take into consideration" means that it must be reflected upon seriously by the minister, without having an obligatory effect. In the event that the minister thinks of a better option, he can set aside the opinion of the Federal Council and go his own way without sanction.

Matters that belong exclusively to the competence of the Länder, such as culture, education, school organisation, etc., lead to a strong form of participation of the Länder. If such a matter is considered in Brussels, then the Federal Council can nominate one of ministers of the Länder to represent the Republic of Germany within the Council of Ministers in Brussels. The federal government may (or rather must) grant this minister the power to act in Brussels. This minister then has the opportunity of directly promoting the shared interests of the totality of the Länder (16 in all), as already determined by the *Bundesrat* by a majority vote. This minister is not dependent on the federal government, yet he has to respect the welfare of Germany as a whole. This opportunity is used relatively often, and in practice, the minister who presides over federal cooperation conferences on these matters will be chosen for this task by the Federal Council. In the past, there have not been major problems in this respect. For instance, the Bavarian Minister for Culture represented Germany in the EC Council of Ministers for a long time, in debates about Erasmus cooperation and questions of general education and training.

11. OBERLÄNDER, *supra*, note 7, at 36.

The third form is an intermediate one. In some fields of competence (which refer mainly to so-called concurrent competences), and in the field of administrative law, the *Bundesrat* votes on a common standpoint of the Länder, which in this case must be taken into consideration as a guideline (“*maßgeblich berücksichtigen*”). This is a further degree in comparison with initial possibility mentioned of merely taking an opinion into consideration. An ordinary law enacted by the German parliament has clarified how to handle this general term of taking something into consideration as a guideline. The Federal Council, as a representative body of the Länder, has to contact the federal ministers that are to act in Brussels. If the positions of the Federal Council and of the federal government as expressed by this minister do not diverge, then no problem arises. Should these positions be opposite, the Federal Council can meet for a second time and vote on the minister’s position by a two-thirds majority. This vote of confirmation has the effect of strictly binding the minister to this opinion in Brussels. In practice, no such vote of confirmation has been necessary.

In this context, only some comparative remarks on behalf of the other systems are possible. In *Austria*, which has adopted a similar system, it is not the Federal Council that is the competent institution for coordinating the opinions of the Länder as a basis for action by the federal ministers in Brussels. A so-called integration conference has been set up at which the nine Länder are represented, on the one hand, by their Länder chiefs (*Landeshauptmann*), and on the other hand, in a consultative role by the presidents of the Länder parliaments.¹² The principle on which the procedure of this conference is based is the principle of consensus. This means that unanimity is necessary, but for pragmatic reasons, it is sufficient that five of the nine Länder agree even if the rest abstains from voting or remains absent.¹³

There is an established coordination office of the Länder, which in reality takes over the function of coordinating the will of the Länder efficiently. General, non-binding or binding statements of opinion can all be expressed by the Länder. In addition, a non-binding opinion of one Land, of several Länder or of all the Länder together can result in the federal government being obliged to seriously take into consideration these opinions.¹⁴ Binding statements of opinion can occur in fields of legislation which are attributed to the Länder. The federal government must follow a common opinion of the Länder, meaning an opinion that has been declared by the Länder without a vote against it, even if there are several abstentions. This obligation to follow such a statement may be set aside only for compelling reasons of foreign and integrational policy. These reasons must be explained to the Länder.¹⁵

12. See ZWICKER, *supra*, note 7, at 277.

13. *Ibid.*, at 278.

14. See R. WALTER and H. MAYER, *Bundesverfassungsrecht*, 9th ed. (Vienna: Manz, 2000), at 124; ZWICKER, *supra*, note 7, at 285.

15. WALTER and MAYER, *supra*, note 14, at 124; ZWICKER, *supra*, note 7, at 285.

It is also possible that in fields of legislative competence belonging solely to the Länder, a representative of the Länder will be granted the opportunity of cooperating with the other Austrian representatives in the Council of Ministers. Thus, this person can participate in determining the will of the Council.¹⁶ This possibility is weaker than the corresponding possibility foreseen in the German *Basic Law*. There is a discretionary power of the federal Austrian government to attribute this cooperative power to a representative chosen by the Länder.¹⁷ The representative of the Austrian Länder may then cooperate with other persons representing the federal government directly.

In *Belgium*,¹⁸ the main intention of the system of cooperation of the various national groups is to balance the powers between them, not only with regard to internal relationships, but also on an external level. In 1994, a cooperation treaty was concluded between the federal state, the communities and the regions of Belgium over the question as to who would represent Belgium in the Council of Ministers. There is an administrative directory body for European matters, which has an important task both in determining the Belgium standpoint and in coordinating this standpoint amongst the Belgium institutions. It is possible for the federation to take over representation in the EC Council, which can either be exclusive representation of the federation or in joint action with representatives of other institutions. Furthermore, a right exists for territorial entities to represent Belgium exclusively or in cooperation with a representative of another subentity. It is up to the matter to be deliberated in the EC Council as to which of these options will be chosen. A system of rotation guarantees equal participation of all Belgian subentities.

These short remarks must suffice in this context. It must also be noted in conclusion that in regional systems, like *Spain*¹⁹ or *Italy*,²⁰ cooperation is becoming increasingly developed, thus giving a greater say to the regions. However, mechanisms, as advanced as they are in the federal systems described above, have not yet been achieved. Constitutional reform in Italy has promoted these possibilities in light of the fact that Italy is developing from a regional system towards a federal system. The particular status of the Spanish *Comunidades Autónomas* is also helping to promote their participation in EU matters, although not under the same conditions as is the case with the mechanisms in federal states. In sectorial conferences (*Conferencias*

16. WALTER and MAYER, *ibid.*

17. See Art. 23 (d) §3 of the Federal Constitutional Law; ZWICKER, *supra*, note 7, at 290-295.

18. ARNOLD, *supra*, note 10, at 176-179.

19. See NEUNREITHER, *supra*, note 7, at 59, 97, 136, 146; see ley 2/1997 de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (BOE nº 64, 15-Marzo-1997).

20. See the new text of art. 117 of the Italian Constitution, reformed in 2001, but not adequately implemented until now. Consultative rights of the regions exercised in the State-Regions Conference seem not sufficient.

sectoriales), the central government and the *Comunidades Autónomas* try to find a common position in the fields of concurring competences for the negotiations in the Council of Ministers. The central government representing Spain in the Council is not strictly bound to follow such a position. Thus, the Spanish system of cooperation in EU matters is less strict than the above-mentioned mechanisms. In *France*, a constitutional reform seems to be occurring, which in time will attribute more competence to the regions. In the long run, these constitutional changes will also contribute to furthering the position of the regions at the community level.

Chapitre 12

Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle

Andrée LAJOIE*

Résumé

À mesure que, pour accommoder leurs minorités territorialisées, certains pays d'Europe de l'Ouest s'orientent vers une décentralisation accrue proche du fédéralisme, se pose pour eux la question de la réception des droits de ces minorités par le pouvoir judiciaire. Existe-t-il des structures administratives judiciaires qui puissent garantir cette prise en compte ?

L'auteur tente de répondre aux interrogations de collègues basques et écossais en se basant sur l'expérience canadienne, où des solutions structurelles toutes plus imaginatives les unes que les autres ont été mises de l'avant : bilinguisme et même bijuridisme, représentation territoriale et même territorialisation du système judiciaire, participation territoriale à la nomination des juges.

Abstract

In an effort to accommodate regional minorities, certain Western European countries have adopted decentralised structures of governance that bear a close resemblance to federalism. Consequently, the question surrounding the judiciary's reception of minority rights has become a central concern. Are the existing judicial administrative structures capable of dealing with this contentious issue?

The author attempts to respond to the questions of Basque and Scottish colleagues, relying on the Canadian experience wherein structural solutions, each more imaginative than the other, were implemented. They include: bilingualism and even bijuralism; territorial representation and territorialization of the judicial system; and territorial participation in the selection of judges.

* Professeur et chercheur, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

D'après les recherches de l'auteur, ces expériences n'ont été que peu concluantes. L'intégration des valeurs des minorités politiques au droit judiciaire canadien dépend d'autres facteurs, à savoir leur coïncidence au moins partielle avec les valeurs dominantes.

According to the author's research, these solutions met with limited success, to say the least. It follows that structural solutions alone cannot ensure the integration of minority rights in the Canadian judicial system. Rather, this integration is contingent upon several other factors, including the need for greater conformity between the political values of minorities and the majority.

INTRODUCTION

Le regain d'intérêt pour le fédéralisme dans les pays membres de l'Union européenne a amené certains d'entre eux qui abritent des minorités territorialisées à s'interroger sur la meilleure manière d'assurer la prise en compte par leurs tribunaux des valeurs de ces minorités. C'est dans ce contexte que des collègues et des dirigeants basques et écossais m'ont récemment demandé d'analyser à leur intention les caractéristiques du modèle canadien, pour savoir s'ils pourraient s'en inspirer. Plus précisément, on voulait savoir quels aménagements administratifs des structures judiciaires étaient susceptibles de garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit, et l'on proposait que cet objectif puisse être atteint par le biais du bilinguisme, de la territorialisation du système judiciaire et de la participation territoriale dans la sélection des juges.

Or l'organisation de notre système judiciaire, dont une partie est même enchâssée dans la Constitution, englobe, parmi d'autres, ces trois caractéristiques – de sorte qu'il était pertinent de l'examiner afin d'établir quels en sont les résultats concrets, et quelles leçons on peut en tirer à défaut de s'en inspirer. C'est le fruit de ma réflexion sur ces hypothèses structurelles que je veux livrer ici à un auditoire plus vaste, car la portée de cette question dépasse les contextes dans lesquels elle m'a été posée, et peut intéresser d'autres fédérations. Non pas que le modèle canadien puisse les inspirer tous : sur le plan de l'intégration des valeurs et des intérêts des minorités politiques, c'est loin d'être un succès.

A. QUELQUES HYPOTHÈSES D'AMÉNAGEMENTS ADMINISTRATIFS DU POUVOIR JUDICIAIRE

J'analyserai donc successivement le bilinguisme et même le bijuridisme, la territorialisation du système judiciaire et la participation territoriale dans la sélection des juges, avant de tenter de cerner leur éventuelle influence sur l'intégration des valeurs des minorités politiques dans le droit canadien, pour en offrir, en conclusion, quelques enseignements éventuellement exportables à d'autres fédérations.

1. Bilinguisme et même... bijuridisme

Au Canada, c'est la Constitution qui garantit le bilinguisme au sein du système judiciaire, d'abord à partir de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui comporte la garantie linguistique suivante¹ :

[...] dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues [français ou anglais].

Cette disposition est depuis complétée par le paragraphe 16(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*² :

Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada ; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

En raison de l'égalité de statut des langues elles-mêmes, ainsi prévue dans la Charte, la Cour suprême a récemment révisé son interprétation de ces garanties, infirmant du même coup une décision antérieure³. Cette interprétation récente implique qu'au Canada « toute personne », qu'elle soit ou non bilingue⁴, est libre de choisir la langue qu'elle désire utiliser en cour. Dans cette perspective, l'accès dans les deux langues au processus judiciaire et à la législation est garanti non seulement dans les trois provinces abritant respectivement une majorité et d'importantes minorités francophones, mais aussi bien à toute personne résidant dans l'une des autres provinces⁵. Comme au surplus la *Loi constitutionnelle de 1867* ne se limitait pas à garantir le bilinguisme devant les tribunaux, mais en avait étendu le principe à la publication des lois canadiennes et québécoises⁶, une disposition relative aux droits linguistiques en général, soulevée dans le contexte des droits judiciaires, a donc été élargie de manière à s'appliquer au Manitoba⁷ et au Nouveau-Brunswick⁸ et elle est peut-être même applicable, désormais, à d'autres provinces, comme suite de la décision intervenue dans l'affaire *Beaulac*⁹.

1. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 133.

2. *Loi constitutionnelle de 1982*, ann. B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art. 16.

3. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549.

4. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

5. C'est l'acception actuelle des droits linguistiques telle que confirmée dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, une décision de la Colombie-Britannique, par le juge Bastarache s'exprimant au nom d'une cour unanime.

6. « Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues » : *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 1, art. 133.

7. *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., c. 3 (Canada), art. 23, interprété par la Cour suprême dans *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

8. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 1, art. 133.

9. *R. c. Beaulac*, *supra*, note 4.

LE FÉDÉRALISME DANS TOUS SES ÉTATS

Néanmoins, le fait qu'un justiciable puisse s'exprimer et être interpellé dans la langue officielle de son choix devant un tribunal qui applique une loi également formulée dans cette langue ne suppose guère plus qu'une équité élémentaire dans le processus judiciaire. Cette concession, qui dénote une certaine condescendance, ne garantit aucunement que ses revendications seront acceptées, encore moins ses valeurs reconnues. Pour illustrer ces propos, je reprendrais les paroles de l'ancien juge en chef Lamer qui, interrogé sur son choix en matière de rédaction du jugement dans une cause dont une des parties était anglophone et l'autre francophone, précisa qu'il avait choisi, par souci de politesse, d'écrire la version originale de son opinion dans la langue de la partie qui venait de perdre sa cause...

C'est donc pour mieux assurer la protection des droits linguistiques, de toute évidence, lacunaire, que le ministère fédéral de la Justice a récemment émis une politique de *bijuridisme*. Cet outil est conçu dans un but d'harmoniser des lois fédérales relatives au droit privé – en particulier le domaine de la propriété immobilière en *common law* – avec la législation correspondante du droit civil québécois. Le bijuridisme se définit grossièrement comme l'interaction des deux traditions juridiques et repose sur une méthodologie applicable tant à la rédaction des lois qu'à l'interprétation judiciaire.

Selon le sous-ministre délégué responsable du programme¹⁰, une première implication méthodologique vient de l'analyse de l'interaction des lois fédérales avec le droit civil. À moins d'indication contraire du Parlement, les règles de droit civil en vigueur au Québec serviront, à titre supplétif, à interpréter la législation fédérale portant sur la propriété et les droits civils lorsque celle-ci est silencieuse, afin qu'elle puisse trouver application dans la province. Il faut noter, cependant, qu'il existe des exceptions à cette complémentarité, connues sous le nom de dissociations. La solution à ces difficultés peut être *unijuridique* lorsqu'une disposition législative est fondée sur une notion propre à la *common law* dans ses versions française et anglaise – ou *semi-bijuridique* s'il s'agit d'une disposition dont la version française trouve son fondement dans une notion propre au droit civil et la version anglaise, dans une notion ou une terminologie propre à la *common law*. Par exemple, l'utilisation des expressions *special damages*, en anglais et *dommages-intérêts spéciaux*, en français, au paragraphe 31(3) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*¹¹, illustre une situation unijuridique : l'expression *special damages* et son équivalent français, *dommages-intérêts spéciaux*, sont toutes deux issues d'une notion propre à la *common law*. En droit civil, l'expression correcte serait plutôt *pertes pécuniaires antérieures au procès*, en français, et *pre-trial pecuniary loss*, en anglais.

10. M. DION, « Bijuridisme canadien et harmonisation du droit », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, fascicule 1, « Bijuridisme et harmonisation : genèse », Ottawa, ministère de la Justice, 2001, p. 44.

11. L.R.C. (1985), c. C-50.

Par ailleurs, l'utilisation des termes *real property* en anglais et *immeuble* en français à l'article 20 de la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*¹² est un exemple de semi-bijuridisme. La terminologie utilisée dans la version française (*immeuble*) est issue du droit civil alors que celle utilisée dans la version anglaise (*real property*) s'inspire d'une notion de *common law*. Cette disposition deviendra réellement bijuridique seulement si les termes *biens réels* sont ajoutés pour rendre compte de la *common law* en français et le terme *immovable* ajouté à l'anglais, pour rendre compte du droit civil en anglais.

La méthode est plus raffinée que je ne puis l'évoquer ici et je réfère donc les intéressés aux juristes du ministère fédéral de la Justice, seuls versés dans cette technique. Même les plus habiles usagers de ce dialecte concèdent, toutefois, qu'elle a ses limites. Pour reprendre une fois de plus les paroles du sous-ministre associé : « La tâche n'est jamais aisée lorsque les questions sont complexes car la législation fédérale doit cibler quatre auditoires simultanément tout en étant à la fois bilingue et bijuridique. » Pourtant, les quatre auditoires canadiens n'exigent que la transcription, d'une part, de la *common law* en anglais et en français et, d'autre part, du droit civil en français et anglais. Imaginez l'application de cette technique au Royaume-Uni où deux langues et quatre traditions juridiques demanderaient à être intégrées dans une gamme innombrable de versions d'un même texte de loi.

Pour répondre aux difficultés occasionnées par la pratique du droit dans un système juridique aussi complexe, l'Université McGill a institué au premier cycle un programme intégré droit civil/*common law*. Ce programme exige que les professeurs de droit privé enseignent systématiquement les notions de *common law* et de droit civil applicables à toute matière relevant du droit, tant au niveau provincial que fédéral, là où le partage des compétences l'impose. L'Université de Montréal a, pour sa part, institué un programme de deuxième cycle en *common law* comparatif (Canada/États-Unis). Les conséquences que ces traitements cruels et inusités auront sur les étudiants, pour ne rien dire de ce que subira l'intégrité de chacun des systèmes juridiques, sont incalculables. Pourtant, il est possible que cette expérience interculturelle postmoderne soit couronnée de succès. Même dans cette éventualité, le résultat n'emporterait qu'une meilleure harmonisation des traditions civile et de *common law*, et ce, essentiellement dans le domaine du droit privé. Dans le meilleur des mondes, le bijuridisme ne pourrait toujours pas harmoniser les différences irréconciliables dans l'interprétation du partage des compétences dans la fédération, cette réalité incontournable que le droit public doit gérer dans sa double dimension de conflit entre cultures et d'enjeux de pouvoir.

Avant d'aborder les effets limités du bilinguisme et du bijuridisme, il faut s'arrêter à d'autres méthodes d'harmonisation présentes dans le système judiciaire canadien.

12. L.C. 1991, c. 50.

2. Territorialisation du système judiciaire

Si le bijuridisme a des effets très limités et le bilinguisme s'avère une concession insuffisante, on pourrait toujours espérer que la représentation territoriale dans le mode de nomination des juges puisse emporter le résultat recherché. Le Canada a en effet institué des tribunaux fédéraux, provinciaux et conjoints dans un système judiciaire très complexe offrant toutes les apparences d'une autonomie judiciaire territoriale dévolue aux provinces. Cependant, le système des appels et la structure administrative responsable de la gestion de la carrière des juges annulent toute véritable autorité provinciale sur l'appareil judiciaire et cela malgré l'illusion créée à cet égard par l'organisation judiciaire formelle. Sans aller dans le détail de sa structure, l'étude des grandes lignes de ce système démontre qu'il ne répond pas aux problèmes de l'harmonisation des différences territoriales.

À première vue, la Constitution semble indiquer qu'en vertu du partage des compétences législatives, l'administration de la justice serait du ressort des provinces. En effet, elle prévoit que les provinces légiféreront sur :

L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux¹³ ;

Une lecture plus attentive éveillera toutefois un doute dans l'esprit de tout juriste normalement constitué, constatant par ailleurs qu'il existe d'autres tribunaux, en dehors des cours provinciales. La Constitution prévoit effectivement, quelques articles plus loin¹⁴ :

Le Parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Ainsi, un système de tribunaux fédéraux s'est développé parallèlement à celui des provinces. Par ailleurs, la *Loi constitutionnelle de 1867* a institué un tribunal conjoint dont la responsabilité est partagée entre les niveaux fédéral et provincial.

Tout d'abord, la Cour supérieure, avec ses « districts et comtés », existait avant la Confédération¹⁵. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit son maintien

13. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 1, art. 92(14).

14. *Ibid.*, art. 101.

15. *An Act to Amend the Laws relative to the Courts of Original Civil Jurisdiction in Lower Canada*, S.C. 1849, c. 38.

GARANTIR L'INTÉGRATION DES VALEURS MINORITAIRES DANS LE DROIT

tout en ajoutant que ses juges seraient nommés par le gouverneur général et que les autorités fédérales auraient également la responsabilité de la carrière¹⁶ des juges ainsi nommés :

Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick¹⁷.

De plus, la gestion quotidienne des tribunaux, y compris les dépenses qui y étaient reliées, serait assumée par les provinces.

Il est à noter que, malgré leur compétence sur l'administration de la justice, l'interprétation judiciaire de l'article 96 a cristallisé la juridiction de la Cour supérieure telle qu'elle existait en 1867¹⁸. Il s'ensuit qu'il est interdit aux législatures provinciales d'accorder à un tribunal, dont les juges sont nommés par une autorité provinciale, la juridiction sur toute matière qui, en 1867, appartenait à la Cour supérieure.

Il en résulte que, malgré l'apparence d'une autonomie judiciaire territoriale dévolue, entre autres, au système de droit civil québécois, tous les tribunaux provinciaux sont dans les faits limités dans leur compétence aux poursuites dont la valeur est inférieure à 70 000 \$, et ce, tant pour la Cour du Québec¹⁹ (y compris la Cour des petites créances²⁰) que pour le Tribunal administratif du Québec²¹ et les cours municipales²². Par opposition, toutes les poursuites dont la valeur excède 70 000 \$ sont entendues par la Cour supérieure²³. Les appels, pour leur part, reviennent à la Cour d'appel du Québec²⁴, également conjointe.

À cela, ajoutons que sont exclues de la compétence judiciaire des provinces les demandes portant sur les matières relevant de la Cour fédérale, créée en 1971 pour succéder à la Cour de l'échiquier²⁵, héritée du système britannique. Mentionnons, enfin, que la Cour suprême du Canada²⁶ entend en dernière instance tout appel sur des décisions importantes issues de la Cour

16. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 1.

17. *Ibid.*, art. 96.

18. *Vallin c. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, requête pour autorisation de pourvoi refusée à (1879), 5 A.C. 115 (C.P. Canada).

19. *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), c. J-1.

20. *Loi favorisant l'accès à la justice*, L.Q. 1971, c. 86, modifiant le *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

21. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16.

22. *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3.

23. *Code de procédure civile*, *supra*, note 20, art. 31 et 34.

24. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, *supra*, note 21 ; *Code de procédure civile*, *supra*, note 20.

25. *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), c. F-7.

26. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26.

d'appel fédérale ainsi que des cours d'appel des provinces. Les cours provinciales n'entendent, conséquemment, que les poursuites d'importance limitée, et ce, uniquement en première instance, les demandes plus importantes et les appels tombant sous la juridiction soit des tribunaux conjoints, soit des tribunaux fédéraux. La structure d'appel, ainsi que la juridiction limitée des cours provinciales les empêchent donc de prononcer le jugement final sur des questions de leur ressort. Il en résulte que, même en supposant que les demandes ne se rendent pas jusqu'en Cour suprême, où la majorité des juges sont formés selon la tradition de *common law*, toute notion d'autonomie dans l'interprétation du droit civil devient pure fiction.

3. Participation territoriale dans la sélection des juges

La structure judiciaire prévoit, enfin, une participation territoriale – à la fois légale et *de facto* – dans le processus de sélection des juges. En vertu de la Constitution, les juges des cours provinciales sont nommés par les gouvernements provinciaux respectifs²⁷, alors que les juges de la Cour supérieure (conjointe) sont nommés par le gouvernement fédéral²⁸. Il y a également une coutume bien établie selon laquelle trois des neuf juges siégeant à la Cour suprême du Canada doivent venir du Québec et que le poste du juge en chef sera comblé en alternance par un francophone et un anglophone.

Toutes les conditions étant pourtant réunies pour harmoniser les différences régionales, il demeure contestable que le Canada ait réussi dans cette entreprise. Nous verrons, en effet, qu'à moins de se contenter d'une conciliation formelle des différences territoriales, sans aucune intégration législative des valeurs minoritaires qui sous-tendent ces mêmes différences, il est impossible de prétendre à une réussite.

B. UNE ENTREPRISE IRRÉALISABLE PAR LA VOIE STRUCTURELLE

Si toutes ces caractéristiques structurelles du pouvoir judiciaire envisagées dans divers contextes fédéraux et présentes dans le système judiciaire canadien permettaient d'intégrer adéquatement les valeurs des minorités, notamment politiques, ça se serait su... En fait, mes recherches ont démontré que la mesure –variable selon la minorité concernée, mais toujours modeste– dans laquelle les valeurs de ces minorités ont été de fait intégrées dans notre droit par la voie judiciaire, dépend non pas des aménagements administratifs des structures du pouvoir judiciaire, mais de la coïncidence éventuelle de ces valeurs minoritaires avec les valeurs dominantes dans la société à un moment déterminé.

27. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 1, art. 92(14).

28. *Ibid.*, art. 98.

Pour y voir plus clair, il est nécessaire d'examiner l'accueil que nos tribunaux ont réservé aux revendications des minorités politiques, c'est-à-dire caractérisées par des cultures distinctes, des langues et des traditions juridiques particulières à chacune d'entre elles, comme c'est le cas de deux minorités politiques inégalement « territorialisées » au Canada, les Autochtones et les Québécois. Les Autochtones constituent 2,8 % de la population canadienne (1,1 % au Québec). Ils ont récemment obtenu la reconnaissance d'une certaine autorité sur les territoires de la Baie James, du Nunavut et du Nisga'a (l'ensemble de ces territoires abritant 5,6 % de la population autochtone, 0,01 % de la population canadienne). Les francophones, pour leur part, comptent pour 23,2 % de la population du Canada et 85 % d'entre eux habitent le Québec, province à laquelle les pouvoirs et compétences sont dévolus depuis la Confédération. Nous nous arrêtons, en un premier temps, aux résultats globaux qui se dégagent en cette matière de la jurisprudence pour ensuite tenter de les expliquer²⁹.

1. Le sort des valeurs des Autochtones

L'image de l'intégration judiciaire des valeurs autochtones qui se dégage de la comparaison entre celles que prônent les Autochtones et celles que reçoit la Cour fait voir que, dans l'ensemble, la plupart des valeurs portées par le discours autochtone sont intégrées au droit par la Cour. L'identité, la protection de l'environnement et des ressources fauniques, qui participent du concept de « terre nourricière », et le développement économique – mais non l'autosuffisance comme telle – qui forment une partie du noyau dur des valeurs autochtones, sont reçus sans détournement de sens et servent à valider une majorité de victoires autochtones, et il en va de même pour le respect et la justice. Quant aux couples « protection/confiance », et « liberté d'expression/démocratie », ils sont également affirmés, mais moins souvent, par la Cour comme d'ailleurs dans le discours autochtone, et sans favoriser nettement les Autochtones ou leurs adversaires.

Par ailleurs, les grandes absentes parmi les valeurs entérinées par la Cour sont l'autodétermination politique et la maîtrise du territoire, enjeux politiques prônés par les Autochtones, que la Cour ne mentionne qu'une fois à notre connaissance, pour les rejeter expressément. Ensuite, parmi les valeurs propres à la Cour, il faut souligner la prédominance des intérêts économiques des non-Autochtones et le couple « souveraineté canadienne/primauté du droit », et les effets contrastés et complémentaires de l'utilisation par la Cour de ces valeurs respectives. En effet, la Cour n'utilise pas ces deux valeurs de la même manière ni au même effet : elle mentionne les intérêts économiques des non-Autochtones pour les limiter de manière à fonder les victoires autochtones en matière économique, alors qu'au contraire, c'est sans réserve qu'elle invoque la « souveraineté canadienne et la primauté du droit » pour justifier des défaites autochtones, notamment à propos des droits politiques les plus importants.

29. Pour l'analyse détaillée des décisions marquantes et les références, voir A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 2001.

Cette différence de traitement et de résultats entre les décisions portant sur les droits politiques et les autres se reflète d'ailleurs tout aussi clairement dans la répartition des victoires et des défaites autochtones qui, dans l'ensemble, ne favorisent pas les Autochtones pour qui les défaites sont globalement plus nombreuses (38) que les victoires (29)³⁰. Mais c'est surtout l'analyse en fonction des droits affectés (politiques, fonciers ou économiques)³¹ qui est révélatrice. En matière de droits politiques, tout d'abord, les défaites sont nettement prédominantes : 10³², contre 4 victoires³³ de même qu'en matière de droits fonciers : 9³⁴, contre 3 victoires³⁵, alors qu'en matière économique³⁶, les victoires (22)³⁷ sont presque aussi nombreuses que les défaites (23)³⁸.

30. Excluant deux décisions où il n'y a ni victoire ni défaite autochtone : *Church c. Fenton* (1880), 5 S.C.R. 239 et *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 323.
31. Excluant les mêmes deux décisions pour la même raison.
32. *Canada (Procureur général) c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (égalité politique des femmes et des hommes autochtones) ; *Davey c. Isaac*, [1977] 2 R.C.S. 897 (droits politiques des Autochtones traditionnels) ; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031 (autonomie à l'égard de la législation provinciale du travail), *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 (*idem re* jeux de hasard) ; *Jack and Charlie c. R.* (1985), 4 D.L.R. (4th) 96 (liberté religieuse) ; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 (identité autochtone), *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911 (droit de ne pas payer de douane sur les biens importés des États-Unis) ; *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207 (incidence de l'autochtonie sur la détermination de la peine) auxquels il faut ajouter *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751 (sur le statut d'Indien, refusé dans les faits).
33. *Reference re Whether the Term "Indians" in s. 91(24) of the B.N.A. Act, 1867, includes Eskimo Inhabitants of Quebec*, [1939] R.C.S. 104 [*Re Esquimos*] (reconnaissance du statut d'Indien) ; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282 (égalité entre Autochtones et non-Autochtones en matière criminelle) ; *Corbière c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203 (droits politiques des Autochtones hors réserve) ; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 (liberté).
34. *R. c. Bonhomme* (1918), 49 D.L.R. 690 (C.S.C.) ; *R. c. Easterbrook*, [1931] R.C.S. 210 ; *Paulette c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 628 ; *Smith c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 554 ; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654 ; *Ontario c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570 ; *Bande indienne des Opetchesahc c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119 ; *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1973] R.C.S. 313 ; *St. Catherines Milling & Lumber Co. c. R.* (1887), 13 S.C.R. 577 ; *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1901), 32 S.C.R. 1.
35. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 ; *Canada (Procureur général) c. Giroux* (1916), 53 R.C.S. 172 ; *Smith c. R.*, *supra*, note 34.
36. Ces recours concernent presque uniquement des droits de chasse et de pêche, à cinq exceptions près : deux exemptions d'impôt (*R. c. Williams*, [1992] 1 R.C.S. 877 ; *Nowegijick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29) et trois questions liées à des baux à long terme ou des cessions de terre (*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada*, [1995] 4 R.C.S. 344 ; *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335 ; *Mitchell c. M.R.N.*, *supra* note 32), toutes à ranger parmi les victoires autochtones.
37. *Prince & Myron c. R.*, [1964] R.C.S. 81 ; *Frank c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 95 ; *R. c. Sutherland, Wilson & Wilson*, [1980] 2 R.C.S. 451 ; *Moosehunter c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 282 ; *R. c. Williams*, *supra*, note 36 ; *Nowegijick c. R.*, *supra*, note 36 ; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada*, *supra*, note 36 ; *Guerin c. R.*, *supra*, note 36 ; *Mitchell c. M.R.N.*, *supra*, note 32 ; *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387 ; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 ; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 ; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393 ; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 et [1999] 3 R.C.S. 533 ; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285 ; *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306 ; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159. Aussi quatre victoires partielles : *Sparrow c. R.*, [1990] 1 R.C.S. 1075 ; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 ; *Badger, Kiyawasew & Ominayak c. R.*, [1996] 1 R.C.S. 771.
38. *R. c. Sikyea*, [1965] 2 C.C.C. 129 (C.S.C.) ; *Sigearak El-53 c. R.*, [1966] R.C.S. 645 ; *Daniel c. White*, [1968] R.C.S. 517 ; *Cardinal c. Alberta (Procureur général)*, [1974] R.C.S. 695 ;

C'est dire que la Cour rejette très majoritairement les pourvois politiques, ne cédant d'ailleurs à cet égard que des droits liés au statut – des Esquimaux, des Indiens hors réserve ou des Autochtones en général à l'égard des non-Autochtones³⁹ – mais non au contrôle politique – notamment pas en ce qui concerne le droit de taxer ou l'exemption à l'égard de la juridiction de l'État canadien⁴⁰ – alors qu'elle a accueilli presque la moitié des réclamations économiques, y compris des exemptions fiscales⁴¹ analogues à celles qu'elle a refusées aux femmes et aux gais et lesbiennes.

2. Le sort des valeurs des Québécois

Le sort réservé par la Cour suprême du Canada aux valeurs portées par les Québécois a varié non seulement selon la valeur considérée, mais également selon les époques, au gré de la conjoncture économique – notamment pour accommoder le développement de l'État keynésien – et politique – notamment en réaction à l'évolution du souverainisme au Québec.

S'agissant d'abord de l'identité québécoise, les pourvois qui l'invoquaient n'ont intégré ses exigences que dans la mesure où ils visaient des administrations subordonnées, comme les municipalités et les commissions scolaires, alors que cette intégration a été refusée pour les questions plus importantes qui concernent l'ensemble de la population québécoise. La dichotomie s'explique par la présence, au Québec, territoire de la minorité francophone au Canada, d'une minorité anglophone, qui fait partie de la majorité anglophone au Canada. Or cette minorité anglophone dispose au Québec de commissions scolaires distinctes et était concentrée, à l'époque où la Cour énonçait cette jurisprudence, dans des municipalités distinctes où elle constituait la majorité, dans les régions de Montréal et de l'Estrie (Cantons de l'Est) : cette minorité anglophone n'était donc pas visée par la reconnaissance d'un pouvoir pour les administrations déléguées qui le désiraient de produire leurs documents uniquement en français. La situation risque de changer maintenant qu'une grande

R. c. Myran, [1976] 2 R.C.S. 137 ; *R. c. Derriksan* (1976), 71 D.L.R. (3d) 159 (C.S.C.) ; *R. c. Kruger*, [1978] 1 R.C.S. 104 ; *R. c. Jack*, [1980] 1 R.C.S. 294 ; *R. c. McKinney*, [1980] 1 R.C.S. 1031 ; *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89 ; *Elk c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 166 ; *Dick c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 309 ; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187 ; *Horseman c. R.*, [1990] 1 R.C.S. 901 ; *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299 ; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921 ; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 ; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 ; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657 ; *Première Nation de Westbank c. B.C. Hydro & Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134 ; *R. c. George* (1966), 55 D.L.R. (2d) 386 (C.S.C.) ; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950 (participation des bandes non inscrites dans le Fonds ontarien des Premières Nations) ; *Bande indienne de Musqueam c. Glass*, [2000] 2 R.C.S. 633 (détermination de la valeur courante d'un terrain situé sur une réserve).

39. *Re Esquimos*, *supra*, note 33 ; *R. c. Drybones*, *supra*, note 33 ; *Corbière c. Canada*, *supra*, note 33.

40. *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement*, *supra* note 32 ; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, *supra*, note 32, *R. c. Pamajewon*, *supra*, note 32.

41. *R. c. Williams*, *supra*, note 36, *Nowegijick c. R.*, *supra*, note 36.

partie de ces municipalités ont été fusionnées dans le Grand Montréal⁴². Par contre, les anglophones sont minoritaires sur le plan des institutions provinciales québécoises et dans la société québécoise globale, d'où l'incitation pour la Cour de protéger le bilinguisme devant les tribunaux, la législature et l'administration provinciale de même qu'en matière de publicité commerciale...

C'est par ailleurs au nom de l'une de ses valeurs propres qui traverse toute sa jurisprudence constitutionnelle – la souveraineté canadienne entendue au sens de la centralisation des compétences et pouvoirs aux mains des autorités fédérales – que la Cour a rejeté près des trois cinquièmes des pourvois relatifs au partage des compétences politiques en provenance du Québec⁴³.

On pourrait être porté à croire que le sort de la minorité québécoise n'est pas pire à cet égard que celui des autres provinces réunies, dont le taux de succès en matière de partage des compétences politiques en Cour suprême est même moindre⁴⁴. La tendance centralisatrice de la Cour existe en effet indépendamment de la conjoncture québécoise, et on l'a vue centraliser successivement les compétences relatives aux exigences de l'État gendarme – étendant au-delà de ses limites logiques la compétence en matière criminelle – puis keynésien, notamment en matière d'infrastructures (contrôle des loyers, infrastructures céréalières, aéroports, capitale nationale) et de contrôle économique (relations de travail, transport, institutions financières, économie, commerce, communications, aménagement, environnement)⁴⁵. La Cour suprême, après la modification constitutionnelle de 1982, a plus récemment fédéralisé les compétences nécessaires à l'« union économique canadienne » envisagée par la Commission Macdonald et à la mise en œuvre de l'ALÉNA⁴⁶, si ce n'est plus globalement de la mondialisation⁴⁷.

42. *Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais*, L.Q. 2000, c. 56. La validité de cette loi a été contestée jusqu'en Cour suprême par les municipalités de Baie d'Urfé et de Westmount, ex-banlieues montréalaises à majorité anglophone, mais en refusant son autorisation de pourvoi le 7 décembre 2001, la Cour a confirmé la décision de la Cour d'appel du Québec validant la fusion.

43. Trente et un sur 58. Pour une analyse plus détaillée et les références aux décisions pertinentes, voir A. LAJOIE, P. MULAZZI et M. GAMACHE, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (Commission Macdonald), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1986, p. 1.

44. Vingt-neuf sur 43. Pour une analyse plus détaillée et les références aux décisions pertinentes, voir A. LAJOIE, P. MULAZZI et M. GAMACHE, *supra*, note 43.

45. Pour une analyse plus détaillée et les références aux décisions pertinentes, voir A. LAJOIE, P. MULAZZI et M. GAMACHE, *supra*, note 43.

46. Voir A. LAJOIE, « L'avenir du fédéralisme canadien : implosion lente ou rapide ? », à paraître dans Association italienne d'études canadiennes, *Actes du colloque « Il Canada del nuovo secolo »*, tenu en juin 2001 à Monopoli.

47. Sur les décisions rendues en matière de partage depuis 1982, on compte en effet 58,6 % de gains fédéraux : *Canada (Procureur général) c. St. Hubert Base Teachers' Assn.*, [1983] 1

Mais ce serait se leurrer à la fois quant à l'importance relative et quant aux facteurs explicatifs de la centralisation à l'égard du Québec que de la tenir uniquement pour une manifestation régionale de la tendance générale de la Cour à la centralisation.

Sur son importance, d'abord : plus accentuée en matière de partage des pouvoirs politiques, où le Québec ne recueille que 16 victoires contre 21 défaites, elle s'inscrit au surplus contre son affirmation identitaire, ce qui n'est pas le cas pour les autres provinces, et cela de façon particulièrement marquée par la portée exceptionnelle de certaines des décisions par lesquelles la Cour a refusé d'intégrer le rôle politique particulier que le Québec réclame en matière métaconstitutionnelle, notamment en ce qui concerne son droit de veto en matière de modification constitutionnelle⁴⁸, sans parler des conditions de validité d'un référendum portant sur la sécession⁴⁹. Sur les facteurs susceptibles de l'expliquer, ensuite : car il suffit d'observer l'évolution dans le temps de la centralisation effectuée par la Cour à l'égard des pourvois en provenance du Québec en comparaison avec ceux du reste du Canada pour les mêmes périodes, pour constater une coïncidence qui n'étonnera que les positivistes pour lesquels les tribunaux appliquent de manière déductive des principes juridiques objectifs à des faits établis.

En effet, la centralisation constante qui a servi de réponse judiciaire aux réclamations des Québécois en matière de pouvoirs politiques n'a connu qu'un temps d'arrêt, soit la période qui va de 1960 à 1976. Les deux tiers de ces décisions, intervenues dans des litiges émanant du Québec, ont donné lieu à des

R.C.S. 498 ; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733 ; *Renvoi relatif à The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297 ; *Canada (Procureur général) c. Transports Nationaux du Canada*, [1983] 2 R.C.S. 206 ; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284 ; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 ; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 227 ; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401 ; *Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.)*, [1988] 1 R.C.S. 749 ; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 ; *Quebec Ready Mix c. Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 695 ; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121 ; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254 ; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838 ; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273 ; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 ; *Renvoi : Régime d'assistance du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 ; *Canada (C.D.P.) c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*, [1991] 3 R.C.S. 689 ; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3 ; *Assoc. des assureurs-vie du Canada c. Assoc. provinciale des assureurs-vie du Québec*, [1992] 1 R.C.S. 449 ; *Ontario Hydro c. Ontario (C.R.T.)*, [1993] 3 R.C.S. 327 ; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463 ; *Hunt c. T & N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289 ; *Téléphone Guèvremont c. Régie des télécommunications du Québec*, [1994] 1 R.C.S. 878 ; *R.J.R.-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 ; *Husky Oil Operations Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453 ; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213 ; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322 ; *Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437 ; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783.

48. *Renvoi relatif à la Constitution du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 793 ; *Renvoi relatif à la modification de la Constitution du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 753.

49. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

gains en faveur de la décentralisation devant la Cour suprême. Cette exception est d'autant plus spectaculaire qu'elle s'oppose à la tendance générale de la Cour en matière de partage pendant ces 15 années, toujours centralisatrice pour les autres provinces, et qu'elle apporte, au plan qualitatif, un cran d'arrêt à trois des théories interprétatives les plus centralisatrices⁵⁰. Or, on le sait, cette période coïncide avec la montée du souverainisme au Québec, alors que le mouvement indépendantiste se cristallise à la fois dans la formation d'un parti politique qui devient l'opposition parlementaire, et dans des interventions extraparlémentaires qui ne récussent pas la violence. Après 1976, quand le Parti Québécois formera le gouvernement, avec toutes les conséquences que cette institutionnalisation a entraînées, la jurisprudence de la Cour redeviendra centralisatrice à l'égard du Québec comme du reste du Canada...

En revanche, et comme dans le cas des Autochtones, la Cour se montre infiniment plus accueillante à l'égard de l'autosuffisance économique des Québécois, accueillant la totalité de leurs réclamations en matière fiscale, qu'il s'agisse de valider la TVQ (analogue à la TVA européenne), la taxe sur les immeubles non résidentiels, ou des redevances perçues par la Régie des marchés agricoles⁵¹. Non seulement peut-on croire qu'il s'agit là, comme dans le cas des Autochtones, d'une concession liée aux compétences politiques et territoriales refusées, mais du fait que, compte tenu des particularités du partage des compétences fiscales entre les autorités fédérales et provinciales dans la Constitution canadienne, la Cour n'enlève pas à l'État fédéral l'assiette fiscale qu'elle ouvre aux provinces⁵².

Enfin, le traitement que la Cour réserve aux Québécois en ce qui a trait au territoire est encore identique à celui qu'elle a concédé aux Autochtones : tant qu'il s'agit de querelles interprovinciales, la Cour peut bien donner raison au Québec contre Terre-Neuve⁵³, mais cette ouverture trouve ses limites quand la souveraineté canadienne sur son territoire est en jeu, comme dans le cas du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

CONCLUSION

Pour résumer, les résultats de l'intégration judiciaire des valeurs des minorités politiques ont varié selon l'époque et, surtout, selon la minorité considérée. Malgré le bilinguisme, le bijuridisme, la territorialisation apparente

50. Pour une analyse plus détaillée, voir A. LAJOIE, P. MULAZZI et M. GAMACHE, *supra*, note 43.

51. *St. Catherines Milling & Lumber Co. c. R.*, *supra*, note 34 ; *Ontario Mining Co. c. Seybold*, *supra*, note 34 ; *R. c. Bonhomme*, *supra*, note 34 ; *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 34 ; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, *supra*, note 34 ; *Guerin c. R.*, *supra*, note 36 ; *R. c. Sioui*, *supra*, note 33 ; *R. c. Marshall*, *supra*, note 37.

52. L'assiette des taxes indirectes est exclusivement fédérale, et celle des taxes directes est accessible aux deux ordres de gouvernement, sans limite prévue de partage entre eux.

53. *Renvoi relatif à The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*, note 47.

du système judiciaire et la participation territoriale dans la nomination des juges, la conciliation des différences régionales n'a pas réussi dans les matières les plus importantes pour le Québec, c'est-à-dire les questions relatives au partage constitutionnel des compétences législatives et exécutives. Le motif de la Cour, depuis près d'un siècle et demi, en fut un de centralisation implacable, à l'exception de la période de 15 ans, entre 1960 et 1976, durant laquelle le Québec jouissait d'un rapport de force qu'il n'a jamais, depuis, su reproduire. Malheureusement, ce rapport de forces temporaire était érigé sur des actes de protestation dont la répétition ne saurait être souhaitée. Les résultats obtenus par les Autochtones ne sont pas meilleurs, sauf en ce qui concerne la reconnaissance identitaire, et leurs revendications territoriales et politiques ne cheminent que très lentement, par la négociation davantage que par la voie judiciaire.

L'observation de ces résultats pourrait mener à la conclusion que notre Cour suprême est partielle en raison du contexte politique ou pour toute autre raison et, conséquemment, a été incapable d'accueillir adéquatement les revendications de nos minorités. Je ne crois toutefois pas que ce soit le cas. Loin de constituer une exception, cela illustre à quel point les valeurs dominantes dans une société exercent une influence sur l'interprétation judiciaire ou même toute activité d'interprétation, que ce soit dans l'art, la littérature ou les sciences sociales, mais tout particulièrement dans le droit. C'est la conclusion à laquelle je suis parvenue lorsque j'ai compris que pour systématiser la conduite de la Cour, il fallait se référer aux théories relatives à l'ensemble des activités d'interprétation et ne pas se limiter à l'interprétation judiciaire.

Après l'étude de différentes approches suggérées dans *Jugements de valeurs*⁵⁴, j'ai choisi la perspective de l'herméneutique contemporaine. Dans cette perspective théorique, la production judiciaire du droit résulte de l'interaction entre, d'une part, un juge/interprète, muni d'un filtre personnel⁵⁵ et d'une grille d'analyse issue de ses valeurs personnelles⁵⁶, et, de l'autre, la communauté d'interprétation⁵⁷ à laquelle il appartient. Par ailleurs, la production judiciaire de droit résulte d'une norme qu'il interprète en contexte⁵⁸, par la voie d'une narration⁵⁹, sous l'influence de la « surdétermination⁶⁰ », exercée par les

54. A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1997.

55. K.E. BOULDING, *The Image*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1957 ; K.V.W. STONE, « The Post-War Paradigm in American Labor Law », (1981) *Yale L.J.* 1509.

56. L. HUNTER, « Bora Laskin and Labour Law: The Formative Years », (1984) 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 431.

57. S. FISH, *Respecter le sens commun*, coll. « La pensée juridique moderne », Paris, L.G.D.J., 1995.

58. P. RICCEUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », dans P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles/Aix-Marseille, Éditions Émile Bruylant/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

59. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986.

60. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1991.

« horizons⁶¹ » textuels et historiques tels qu'exprimés dans les attentes à la fois d'« auditoires⁶² » universel et spécialisé.

Pourtant, il ne suffit pas de comprendre que les juges, comme les interprètes dans tout autre domaine, donnent toujours un sens social aux interprétations. Il faut, en plus, apprécier leur position particulière dans la société. Leur rôle dans le domaine normatif leur impose des contraintes importantes, car, contrairement à l'interprétation littéraire ou artistique, le sens qu'ils donnent aux normes affecte la vie quotidienne de leurs destinataires. Ceux-ci ont, en conséquence, tendance à nier toute légitimité aux juges si l'interprétation ne coïncide pas avec leurs valeurs ou intérêts. Dans de telles circonstances, les juges peuvent intégrer les valeurs dominantes de la société sans porter atteinte à leur légitimité ou à la crédibilité de la cour à laquelle ils appartiennent, ni même à l'efficacité de leurs décisions. D'autre part, la Cour a, à l'occasion, défendu des valeurs minoritaires ou marginales, dans le cas de minorités non territorialisées⁶³, ainsi que des minorités territorialisées à caractère politique⁶⁴, par exemple, mais là encore, seulement lorsque ces valeurs n'allaient pas à contre-courant des valeurs dominantes.

Si nos conclusions sont justes, trois conditions doivent être réunies pour qu'une minorité politique voie ses valeurs intégrées au droit par la voie judiciaire :

- d'abord, les avantages à obtenir ne peuvent entrer en conflit avec des valeurs dominantes telles que la paix sociale et l'intégrité de l'État : aucun réel pouvoir politique ni aucun contrôle des terres ne sera accordé ;
- ensuite, les avantages demandés ne peuvent porter atteinte de façon substantielle à d'autres intérêts, particulièrement ceux de la majorité en matière économique ;
- enfin, le seuil d'empiétement de ces intérêts variera en fonction du rapport de force que chaque minorité saura établir à un moment précis.

61. H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, Paris, Éditions du Seuil, 1976.

62. C. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978.

63. A. LAJOIE, M.-C. GERVAIS, É. GÉLINEAU et R. JANDA, « When Silence Is No Longer Acquiescence: Gays and Lesbians under Canadian Law », (1999) 14 *C.J.L.S.* 101-126 ; *Id.*, « Les valeurs des femmes dans le discours de la Cour suprême du Canada », (2000) 34 *R.J.T.* 563 ; A. LAJOIE, « I valori delle minoranze sociali nelle giurisprudenza costituzionale delle Corte suprema del Canada », dans G. ROLLA (dir.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada fra universalità e diversità culturale*, Milan, Giuffrè, 2000.

64. A. LAJOIE, É. GÉLINEAU, I. DUPLESSIS et G. ROCHER, « L'intégration des valeurs des intérêts autochtones dans le droit canadien », (2000) 38 *Osgoode Hall L.J.* 143.

Par ailleurs, la territorialisation ne semble pas faire de différence, d'après nos résultats. Les revendications comparables d'autonomie politique et de contrôle des territoires mises de l'avant par le Québec, regroupant dans son territoire 85 % des Canadiens francophones, n'ont pas été accueillies plus favorablement que celle des Autochtones, pourtant regroupés dans trois territoires distincts et qui ne totalisent que 5,8 % de l'ensemble de leur population au Canada. La variable la plus significative apparaît comme le poids politique et un rapport de force favorable, bien plus que la territorialisation.

Étant donné que le poids de ces facteurs les met à l'abri de tout contrôle par la structure du pouvoir judiciaire, cette dernière ne peut jouer aucun rôle dans une réelle harmonisation, quel que soit le schéma de son organisation. Le bilinguisme et le bijuridisme dans les tribunaux ne peuvent affecter que l'expression des valeurs minoritaires dont la communauté d'interprétation dominante tolérera l'intégration dans le droit par voie judiciaire. Pour ce qui est de la participation dans la nomination des juges, elle ne soustrait pas les juges au contexte social dans lequel ils travaillent, orientés par les normes « implicites et inférentielles »⁶⁵ du groupe dominant dans la société. Seule la territorialisation du système judiciaire aurait une chance d'emporter une amélioration. Il faudrait, dans ce dernier cas, que le système soit autonome et ait pleine juridiction sur toutes les matières sujettes au règlement judiciaire, à tous les niveaux, y compris l'appel devant une cour suprême. Ce système devrait, de surcroît, assurer que l'arbitrage se fasse entièrement au sein de la communauté d'interprétation constituée par la minorité en cause et hors la portée des valeurs dominantes, bref une concession emportant une réelle décentralisation que peu d'États-nations normalement constitués seraient susceptibles d'accepter... Pour le dire autrement : les sociétés ont les juges qu'elles méritent, ils ne peuvent être meilleurs ou pires qu'elles, ils en sont seulement le miroir. L'intégration des valeurs minoritaires dans une société relève de sa culture politique tout entière.

65. R.A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », (1986) 18:1 *Sociologie et sociétés* 47.

Chapter 13

The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity

Jean LECLAIR*

Abstract

This paper is an examination of the Supreme Court of Canada's interpretation of federalism since constitutional repatriation in 1982. It argues that the lure of centralist efficiency is overpowering a fundamentally important part of our federal order: regionalism. The author contends that changes made by the Court to certain fundamental concepts of Canadian constitutional law now provide Parliament with greater latitude than before in the exercise of its legislative powers.

According to the author, these changes are disturbing because they are structured so as to preclude consideration of the legitimate concerns of regional polities. Furthermore, he argues that the Court has reinforced the central government's power to regulate the economy, including intraprovincial matters affecting trade, by resorting to highly functional

Résumé

Ce texte se veut un examen de l'interprétation qu'a donnée la Cour suprême du Canada du fédéralisme depuis le rapatriement de la Constitution en 1982. On y soutient que l'attrait de l'efficacité centralisatrice occulte un aspect éminemment important de notre système fédéral, le régionalisme. L'auteur affirme que les changements apportés par la Cour à certains concepts fondamentaux du droit constitutionnel canadien munissent le Parlement d'une latitude plus vaste qu'auparavant dans l'exercice des pouvoirs législatifs.

Selon l'auteur, ces changements sont préoccupants, car ils sont structurés de façon à écarter des considérations régionales légitimes. Plus encore, il déclare que la Cour a renforcé les pouvoirs du gouvernement central de réguler l'économie, incluant des questions provinciales ayant un impact sur le com-

* Professor of Law, Université de Montréal. This paper has also been published at (2003) 28 Queen's L.J. 411. The author wishes to thank Tsvi Kahana and Donna Greshner for their useful comments.

tests that emphasize economic efficiency over other criteria. This, he claims, makes it more difficult to invoke legitimate regional interests that would lead to duplication, overlapping, and even in the eyes of some, inefficiency.

The author then focuses on the Court's treatment of environmental protection in an attempt to show the tension between the Court's desire to use a functional approach and the need to recognize regional interests.

*Finally, through an examination of recent case law, the author attempts to demonstrate that the Court's dominant perspective remains functional despite the Courts' endorsement of a more community-oriented understanding of federalism in the *Quebec Secession Reference*. The author contends that if the Court chooses to proceed in this manner, it will alienate regional polities and may encourage them to choose more radical means of asserting their differences. Further, the author argues that strict adherence to the functional effectiveness approach will undermine the very values that federalism is meant to promote.*

merce, en se référant à des tests hautement fonctionnels qui mettent l'accent sur l'efficacité économique plus que sur tout autre facteur. Ceci, prétend-il, rend plus difficile d'invoquer les intérêts régionaux qui nous mèneraient à la duplication, au chevauchement et même, aux yeux de certains, à l'inefficacité.

L'auteur insiste ensuite sur le traitement réservé par la Cour à la protection de l'environnement afin de mettre en lumière les tensions existant entre le désir de la Cour d'utiliser une approche fonctionnelle et la nécessité de reconnaître les intérêts régionaux.

*Finalement, par un examen de la jurisprudence récente, l'auteur tente de démontrer que la perspective principale de la Cour demeure fonctionnelle, malgré l'approbation d'une conception du fédéralisme plus axée sur la communauté dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*. L'auteur soutient que si la Cour choisit de procéder de cette façon, elle va piquer les groupements régionaux et ainsi les encourager à choisir des moyens radicaux d'affirmer leurs différences. Plus encore, l'auteur affirme que l'adhésion stricte à l'approche favorisant l'efficacité fonctionnelle va à l'encontre des valeurs que le fédéralisme veut promouvoir.*

THE SUPREME COURT OF CANADA'S UNDERSTANDING OF FEDERALISM

Parmi les vices inhérents à tout système fédéral, le plus visible de tous est la complication des moyens qu'il emploie. Ce système met nécessairement en présence deux souverainetés. Le législateur parvient à rendre les mouvements de ces deux souverainetés aussi simples et aussi égaux que possible, et peut les renfermer toutes les deux dans des sphères d'action nettement tracées; mais il ne saurait faire qu'il n'y en ait qu'une, ni empêcher qu'elles ne se touchent en quelque endroit.

Le système fédératif repose donc, quoi qu'on fasse, sur une théorie compliquée, dont l'application exige, dans les gouvernés, un usage journalier des lumières de leur raison.

– Alexis de Tocqueville¹

INTRODUCTION

This article is about positive law and, more precisely, about the case law on the division of powers developed by the Supreme Court of Canada since constitutional re-patriation in 1982. My aim is to demonstrate that this case law rests on two normative understandings of federalism that are sometimes in tension with one another. The dominant understanding focuses mainly on functional effectiveness. Put bluntly, it is a simple inquiry into which level of government can best get the job done. This emphasis has led the Court to strengthen the powers of the central government. The Court has equated efficiency with centralism, and has thus favoured the national polity over regional ones. Nevertheless, the Court has not altogether abandoned concerns for the community dimension of federalism, which looks to how “individuals choose to aggregate themselves into political communities,”² and which calls for a judicial inquiry into the deeper and more substantive set of values that underlie Canadian federalism. When division of powers issues have been addressed in this way, the legitimate interests of regional communities have stood a much better chance of being recognized. However, as I will try to show, this latter approach has not prevailed. Uniformity and efficiency have clearly been given the upper hand over community concerns. As a consequence, the regional communities' diverse interests have not been paid all the attention they deserved.

Federalism implies the recognition of spheres of autonomy for the provinces and for the central government. It calls for a form of decentralization that is not just an instrumental strategy or mechanism designed to achieve a desirable national goal. It involves a collective right to be different. In the

1. A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (Paris: Gallimard, 1961) at 253.

2. E.L. RUBIN, “The Fundamentality and Irrelevance of Federalism” (1997) 13 Ga. St. U. L. Rev. 1009 at 1017.

words of Edward Rubin and Malcolm Feeley, federalism entails “the right of states to act independently, in furtherance of goals the national government does not share.”³ Consequently, as the great Canadian statesman and constitutionalist Pierre Elliot Trudeau said, federalism allows “each government to look after its share of the common good as it sees fit.”⁴

In a celebrated article entitled “Criteria for Choice in Federal Systems,”⁵ Richard Simeon correctly emphasized that “federalism is not an end in itself . . . [It] is valued or criticized because it is felt to promote (or constrain) other important values [such as liberty or pluralism], and is believed to have certain kinds of effects.”⁶ Simeon explained that federalism can be evaluated and criticized from three different perspectives.⁷ First is the perspective of community: “what implications do different forms of federalism have for different images of the ideal or preferred community with which people identify and to which they feel loyalty?”⁸ Second is the perspective of democratic theory: how can federalism promote democracy? And third is the perspective of functional effectiveness: what model of federalism will “enhance or frustrate the capacity of government institutions to generate effective policy and respond to citizen needs?”⁹ As Simeon convincingly demonstrates, each perspective can serve to promote either centralism or regionalism because, even under the second and third perspectives, prior conceptions of community are determinative of the issue. Rubin and Feeley express the same idea when they state that “[d]etermining the identity of the polity to which one speaks necessarily precedes resolution of questions about the desires or interests of its citizens.”¹⁰ Furthermore, as others have shown, there is nothing inherently conservative in decentralization, nor anything inherently progressive in centralism.¹¹ I will

-
3. E.L. RUBIN and M. FEELEY, “Federalism: Some Notes on A National Neurosis” (1994) 41 U.C.L.A. L. Rev. 903 at 913.
 4. P.E. TRUDEAU, *Federalism and the French Canadians* (Toronto: Macmillan, 1968) at 80.
 5. R.E. SIMEON, “Criteria for Choice in Federal Systems” (1983) 8 Queen’s L.J. at 131-132.
 6. *Ibid.* at 132.
 7. For other interesting studies on the “value” of federalism, see D. WEINSTOCK, “Building Trust in Divided Societies” (1999) *The Journal of Political Philosophy* 287; and by the same author, “Vers une théorie normative du fédéralisme,” online: <www.ciff.on.ca/Reference/documents/bg_papers/docbg_weinstk_f.html>; W.J. NORMAN, “Towards a Philosophy of Federalism” in J. BAKER, ed., *Group Rights* (Toronto: University of Toronto Press, 1994) at 79-100; B. FREIDMAN, “Valuing Federalism” (1997) 82 *Minn. L. Rev.* 317; A.E. HOWARD, “The Values of Federalism” (1993) 1 *New Eur. L. Rev.* 143.
 8. *Supra*, note 5, at 133.
 9. *Ibid.*
 10. RUBIN and FEELEY, *supra*, note 3, at 949.
 11. See A. NOËL, “Is Decentralization Conservative? Federalism and the Contemporary Debate on the Canadian Welfare State”, in R. YOUNG, ed., *Stretching the Federation: The Art of State in Canada* (Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, Queen’s University, 1999) at 195-225; *contra*: R. HOWSE, “Federalism, Democracy, and Regulatory Reform: A Sceptical View of the Case for Decentralization”, in K. KNOP, eds., *Rethinking Federalism: Citizens, Markets, and Governments in a Changing World* (Vancouver: University of British Columbia Press, 1994) at 273-293.

now try to demonstrate that the Supreme Court's vision of federalism is generally premised—whether explicitly or not—on a functional effectiveness perspective, and moreover, on one that favours centralization as opposed to decentralization. The mere fact that it promotes the interests of the national polity does not make this approach illegitimate. What is troubling, however, is that this approach is generally not counterbalanced by a serious consideration of the legitimate concerns of the regional polities. In other words, the Court's approach appears to be one-sided. But, as we will see, the picture is not all that bleak.

In Part A, I will try to demonstrate that changes made by the Court to certain fundamental concepts of Canadian constitutional law now provide Parliament with greater latitude than before in the exercise of its legislative powers. These changes are disturbing because they are so structured as to preclude consideration of the legitimate concerns of regional polities. Furthermore, the Court has reinforced the central government's power to regulate the economy, including intraprovincial matters affecting trade, by resorting to highly functional tests that emphasize economic efficiency over other criteria. This makes it more difficult to assert legitimate regional interests, which would lead to duplication, overlap, and in the eyes of some, inefficiency. Finally, I will try to demonstrate that, in general, the Supreme Court's defence of national interests is always more vigorously articulated than its vindication of provincial concerns, even in situations where the Court trades its functional effectiveness approach for a more community oriented one.

In Part B, in order to show that the Court is not altogether oblivious to the centripetal consequences of its approach, I will describe the various ways in which it has addressed the issue of environmental protection. Finally, an examination of recent case law will show that although the Supreme Court endorsed a more community-oriented understanding of federalism in the *Quebec Secession Reference*,¹² its dominant perspective remains functional.

Some will object that changes to constitutional doctrine will have no impact on the political order unless they are in harmony with the wider political culture and that a study of this sort is of no value. I disagree. As Simeon rightly emphasizes, constitutional doctrine does have an impact, and it operates at different levels. In his words:

[C]onstitutional doctrines have important educative values. They privilege some concepts of sovereignty, legitimacy, representation and the like over others and thus make them easier to defend or harder to attack. At a more empirical level,

12. *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 [*Quebec Secession Reference*].

they entrench some kinds of interests over others, and structure the incentives within which political actors work.¹³

A. THE SUPREME COURT OF CANADA'S FUNCTIONAL APPROACH TO FEDERALISM

1. The Centripetal Potential of Judge-made Constitutional Law Concepts

To claim that the Supreme Court has set out to divest the provinces of their autonomy would be absurd. Indeed, through the combined use of the double aspect doctrine and a restrictive definition of inconsistency, on which I will say more later, the Court has allowed the provinces to regulate matters of local public order, such as domestic securities,¹⁴ business hours in retail stores,¹⁵ “insider trading,”¹⁶ public nudity,¹⁷ and the question of compulsory treatment for public health purposes.¹⁸ The Court has even recognized a greater role for provinces in certain aboriginal matters,¹⁹ and it has given a broad interpretation to provincial taxing powers.²⁰ Nonetheless, important changes made by the Court to certain fundamental concepts have reinforced Parliament’s ability to legislate on matters that fall within its jurisdiction.²¹

13. SIMEON, *supra*, note 5 at 135. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, “The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives About Law, Democracy, and Identity” (1999) 23 *Vt. L. Rev.* 793 at 818 (“As a rhetorical tool, law may very well serve as a springboard for the creation of new beliefs or as a support to already existing beliefs about these issues”).
14. *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494 [*Global Securities*].
15. *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 [*Edwards Books*].
16. *Multiple Access v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161 [*Multiple Access*].
17. *Rio Hotel v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59 [*Rio Hotel*].
18. *Schneider v. R.*, [1982] 2 S.C.R. 112 [*Schneider*].
19. *Kitkatla Indian Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 149 [*Kitkatla*].
20. *Ontario Home Builders’ Assn. v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929 [*Ontario Home Builders’ Assn.*].
21. Some of the critiques formulated in this article have already been expressed by a great many authors, not all of them Quebecers: J. FRÉMONT, “La face cachée de l’évolution contemporaine du fédéralisme canadien”, in G.A. BEAUDOIN *et al.*, ed., *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles - Federalism for the Future: Essential Reforms* (Montreal: Wilson & Lafleur, 1998) at 45-58; V. LOUNGNARATH, “Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la fédération canadienne”, (1997) 57 *R. du B.* 1003; G. OTIS, “La justice constitutionnelle au Canada à l’approche de l’an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ?”, (1995) 27 *R.D. Ottawa* 261; K. SWINTON, “Federalism Under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada”, (1992) 55:1 *Law & Contemporary Probs.* 120 [SWINTON, “Federalism Under Fire”] and by the same author, “Courting Our Way to Economic Integration: Judicial Review and the Canadian Economic Union”, (1995) 25 *Can. Bus. L.J.* 280; D. GRESCHNER, “The Supreme Court, Federalism and Metaphors of Moderation”, (2000) 79 *Can Bar Rev.* 47-76; H. BRUN, “L’évolution récente de quelques principes généraux régissant le partage des compétences entre le fédéral et les provinces”, in

First and foremost among these Court-made changes was the clear preference given to the aspect doctrine over the classical “watertight compartments” approach to exclusivity²²—one which emphasizes regulatory segregation instead of overlap. According to the aspect doctrine, “a law which is federal in its true nature will be upheld even if it affects matters which appear to be a proper subject for provincial legislation (and vice versa).”²³ Thus, if statutory provisions in pith and substance relate to a matter within Parliament’s exclusive jurisdiction, “the inquiry is at an end, for *it would then be immaterial that they also affect matters of property and civil rights.*”²⁴ Although this approach and its corollary, the double aspect doctrine, have undeniable advantages in terms of flexibility, they allow courts to forego the essential task of trying to define what is at the core of each exclusive head of power. This could be worrisome for provinces, because the real beneficiary of the aspect doctrine is the federal government. Except for the residual power and the power over the “general regulation of trade,” federal heads of constitutional power are not as broadly worded as those of the provinces, especially the all-encompassing “property and civil rights” power. Under the aspect doctrine, the impact of federal legislation on provincial jurisdiction is judged to be immaterial, so the legitimate provincial interests at stake in a particular case are not even discussed. In the words of Justice Beetz, the aspect and double aspect doctrines must be invoked with great caution because there is a “risk that these two fields of exclusive powers [ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*] will be combined into a single, more or less concurrent, field of power governed solely by the rule of paramountcy of federal legislation.”²⁵ Again, if provincial and federal fields of power are held to be concurrent, courts need not even address valid provincial interests.

Nevertheless, the aspect doctrine does not reign supreme, because neither the exclusivity principle nor the ancillary power doctrine has been totally relegated to the past. The notion of exclusivity has found its way back into the case law through the concept of “interjurisdictional immunity.” As the case law demonstrates, this concept benefits only the central government because it immunizes core federal competencies—the “basic, minimum and unassailable content” of a particular head of power²⁶—from the effect of otherwise valid

Congrès annuel du Barreau du Québec (1992), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Montreal, 1992, 23-29; M. PATENAUDE, “L’interprétation du partage des compétences à l’heure du libre-échange”, (1990) 21 R.D.U.S. 1. See also B. RYDER, “The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations”, (1991) 36 McGill L.J. 308.

22. According to the text of the *Constitution Act, 1867*, ss. 91 and 92, Parliament’s and the provinces’ powers are mutually exclusive.

23. *General Motors v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 at 670 [*City National Leasing*].

24. *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273 at 1286 [emphasis added] [*Whitbread*].

25. *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 at 766.

26. *Ibid.* at 839.

provincial laws. Consequently, “[w]here a provincial statute trenches upon exclusive federal power in its application to specific factual contexts, the statute must be read down so as not to apply to those situations.”²⁷ Since this concept does not apply in reverse to protect provincial competencies,²⁸ one has to conclude that the Court sees the basic, minimum and unassailable content of provincial heads of power as never having to be defined or even protected. This implies that there are no provincial interests deserving of the kind of protection afforded to national interests.

As for the ancillary power doctrine, the *City National Leasing* case rekindled its dwindling light. Although the Court stressed that “[b]oth provincial and federal governments have equal ability to legislate in ways that may incidentally affect the other government’s sphere of power,”²⁹ the federal government is once again the main beneficiary, because the provinces’ power over “property and civil rights” is already broad enough to encompass what might otherwise require an ancillary power.³⁰ According to the test developed in *City National Leasing*, an encroachment’s justifiability depends on its meeting a variable “test of ‘fit.’”³¹ By “fit,” the Court refers to “how well the provision is integrated into the scheme of the legislation and how important it is for the *efficacy* of the legislation.”³² The emphasis is no longer on whether the challenged provision is necessarily incidental to the exercise of a particular power—a test that requires the establishment of some nexus between the provision in question and the purpose of the power itself—but on whether that provision is essential for the efficacy of the legislative scheme. Again, the Court reneges on its duty to define the scope of what was meant to be exclusive.³³

Emphasizing efficiency also makes impossible the use of the technique of “reading down,” which seeks to strike a balance between the national and provincial interests at stake. When a statute is “read down,” it is held to apply only to fact situations that fall within the jurisdiction of the particular level of

27. *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437 at para. 81 [*Ordon Estate*].

28. *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3 at 68 [*Friends of the Oldman River*]; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327 at 380-381 [*Ontario Hydro*].

29. *City National Leasing*, *supra*, note 23 at 670.

30. *Global Securities*, *supra*, note 14 (establishes this point).

31. *City National Leasing*, *supra*, note 23 at 668.

32. *Ibid.* [emphasis added].

33. See *City National Leasing*, *supra*, note 23. In this case, Parliament enjoyed the best of all worlds. The challenged federal legislative scheme was upheld on the basis of the aspect doctrine, so there was no need to justify the incidental effects of the statute. As for the challenged provision, it was upheld on the strength of an ancillary power test solely concerned with efficiency. For a more thorough critique of this aspect of *City National Leasing*, see J. LECLAIR, “L’impact de la nature d’une compétence législative sur l’étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la *Loi constitutionnelle de 1867*”, (1994) 28 R.J.T. 661, 714-717 [hereinafter LECLAIR, “Nature d’une compétence”].

government that adopted it. The statute is not rendered void, but its reach is shortened. Focusing on efficiency prevents recourse to “reading down,” because a provision is either efficient or it is not.

Finally, in examining the validity of provisions adopted under Parliament’s bankruptcy³⁴ and banking³⁵ powers, the Supreme Court, in the American style, invoked the “field pre-emption approach”³⁶ rather than the “express contradiction”³⁷ test normally used to determine federal paramountcy in Canadian constitutional law. In other words, a valid provincial law risks being pre-empted by federal legislation, not only where dual compliance is impossible,³⁸ but also where the Court finds that the central government has already occupied the legislative field. If applied consistently, the field pre-emption doctrine could render inoperative a great number of provincial laws that have valid spillover effects in areas of federal jurisdiction. In *Bank of Montreal v. Hall*, the Court held that in cases where Parliament, in the exercise of its power to regulate a particular matter, enacted a “complete code,” there is no room left for the operation of provincial legislation.³⁹ Again, such a technique makes it more difficult to address the concerns of the provinces.⁴⁰

2. The Judicial Reinforcement of the Central Government’s Power to Regulate the Economy

Judicial reinforcement of the central government’s powers, particularly those concerned with the economy, must be added to the doctrinal changes

-
34. *Husky Oil Operations v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 413 [*Husky Oil*].
35. *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *M & D Farm v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961.
36. In *Gade v. National Solid Wastes Mgmt. Assn.*, 112 U.S. 2374 (1992) at 2383, the Supreme Court of the United States declared: “Absent explicit pre-emptive language, we have recognized at least two types of implied pre-emption: field pre-emption, where the scheme of federal regulation is so pervasive as to make reasonable the inference that Congress left no room for the States to supplement it, ... and conflict pre-emption, where compliance with both federal and state regulations is a physical impossibility, ... or where state law stands as an obstacle to the accomplishment and execution of the full purposes and objectives of Congress.” [Internal quotation marks and citations omitted.]
37. P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (Scarborough: Carswell, 1996) at para. 163.
38. *Smith v. R.*, [1960] S.C.R. 776 at 800. “When compliance with one law [the provincial one] involves the breach of the other [the federal one].”
39. *Bank of Montreal v. Hall*, *supra*, note 35 at 155.
40. Iacobucci J., speaking for the dissenters in *Husky Oil*, *supra*, note 34 at para. 120, explained the rationale of the “express contradiction” test in the following terms: “The rationale behind this restrictive use of paramountcy is self-evident: governmental regulation in Canada operates through a complex web of federal and provincial legislation. The regimes structuring many areas of public policy, such as bankruptcy, actively involve both levels of government. To this end, barring a situation where obeying the enactment of one level places a citizen in disobedience of the legislation of the other level, an attempt must be made to read overlapping provincial and federal legislation in a complementary manner.”

described above. Again, we see the importance given to efficiency in the resolution of division of powers issues.

The reinforcement of the central government's power was made possible by the judicial introduction of highly functional tests emphasizing efficiency to determine the scope of some federal heads of power. Most of these changes occurred in the field of economic regulation. This is not surprising, as federal subject matters are primarily economic in nature,⁴¹ and the changes were also concomitant with Canada's signing of the *Canada—U.S. Free Trade Agreement*⁴² (FTA). It would be naïve to think that the Supreme Court of Canada's recognition of greater federal power over the economy is pure coincidence, rather than a step taken deliberately by the Court to enable Parliament to meet its international responsibilities and ensure their implementation.

The FTA, the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) and the World Trade Organization (WTO) have greatly constrained the ability of both Parliament and the provinces to establish economic and cultural policies. These constraints are "constitutionalized" in the sense that a political party could not change them, even if armed with a democratic mandate to do so. As Stephen Clarkson has shown, the advent of these trade treaties has already changed the relationship between the central and provincial governments.⁴³

Since the end of the 1980s, the Supreme Court of Canada has adapted its understanding of federalism to these new political realities. It has progressively set the table, so to speak, for the FTA and NAFTA feast. Whether the political actors will avail themselves of these new powers is another question. I am not arguing that the Supreme Court is pursuing a neo liberal agenda, but simply that the Court has made it possible for the central government to implement national economic policies of any ideological flavour, at both the national *and* the intraprovincial levels. I will now discuss two ways in which the Court's jurisprudence has strengthened the federal authority over economic regulation.

(i) *The Liberal Interpretation of Parliament's Enumerated Powers*

First, each time the opportunity has arisen, the Court has given a generous interpretation to Parliament's enumerated powers. Many federal areas of jurisdiction have been interpreted broadly. Among them are interprovincial undertakings,⁴⁴ local undertakings functionally integrated with a primary

41. See s. 91 of the *Constitution Act, 1867*.

42. 22 December 1987, Can. T.S. 1989 No. 3

43. S. CLARKSON, *The Multicentered State. Canadian Government under Globalizing Pressures* (2000); online: <www.library.utoronto.ca/envireform/publications/stephen-clarkson/multi-centered-state.html>.

44. *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225 [*Alberta Government Telephones*]; *Téléphone Guèvremont v. Québec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 S.C.R. 878 [*Téléphone Guèvremont*].

interprovincial undertaking,⁴⁵ works declared to be to the advantage of the entire nation,⁴⁶ criminal law,⁴⁷ maritime law,⁴⁸ bankruptcy,⁴⁹ fisheries,⁵⁰ and exports.⁵¹ Most, if not all, of the decisions in those areas involved purely technical⁵² or functional tests⁵³ that have great centripetal potential.

At first glance, unlike the other federal heads of power just mentioned, the criminal law power is not aimed at the regulation of the economy. Nevertheless, it should be recalled that both the *Imperial Tobacco*⁵⁴ and *Hydro-Québec*⁵⁵ cases dealt essentially with the regulation of intraprovincial commercial and industrial activities. The Court concluded that the criminal law power allowed

45. *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322 [*Westcoast Energy*].

46. *Ontario Hydro*, *supra*, note 28.

47. *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199 [*Imperial Tobacco*]; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213 [*Hydro-Québec*]; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783.

48. *ITO-International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752 [*ITO*]; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683 [*Chartwell*]; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779 [*Monk Corporation*]; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210 [*Bow Valley*]; *Ordon Estate*, *supra*, note 27.

49. *Supra*, note 34.

50. *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569, [2002] S.C.J. 17 No. 21 [*Ward*].

51. *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159.

52. *Téléphone Guèvremont*, *supra*, note 44 at 879, provides an example of the kind of reasoning that is typical in cases involving interprovincial undertakings falling under Parliament's exclusive jurisdiction. The one paragraph decision states bluntly: "Téléphone Guèvremont Inc. is an interprovincial work and undertaking within the legislative authority of the Parliament of Canada by virtue of ss. 92(10)(a) and 91(29) of the *Constitution Act, 1867* by reason of the nature of the services provided and the mode of operation of the undertaking, which provides a telecommunication signal carrier service whereby its subscribers send and receive interprovincial and international communications..."

53. In *Westcoast Energy*, *supra*, note 45 at para. 49, the Court has developed a new and much more invasive test to determine whether an undertaking is functionally integrated to a primary federal undertaking. The test now focuses on whether there exists a "common management" between the two undertakings: "In order for several operations to be considered a single federal undertaking for the purposes of s. 92(10)(a), they must be functionally integrated and subject to common management, control and direction." In the words of the dissenting judge, McLachlin J. (as she then was), at para. 145: "To adopt such a simple test would eviscerate provincial jurisdiction over local works and undertakings and would seriously deform the Constitutional division of powers. Applied to a sophisticated, economically integrated society, it would bring a vast array of provincial works into federal jurisdiction." These six last-mentioned cases all dealt with admiralty matters. In each of them, the Court adopted the same reasoning. It held that once a matter was qualified as "maritime" on the basis of a very pragmatic test, i.e., whether "the subject-matter under consideration in any case [is] so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law" (*ITO*, *supra*, note 48 at 774), it fell under *exclusive* federal jurisdiction. This approach has two consequences. First, it guarantees the uniformity of Canadian maritime law. Second, it makes an ancillary application of provincial law next to impossible. For a critique of the Court's approach, see LECLAIR, "Nature d'une compétence", *supra*, note 33 at 696-714.

54. *Supra*, note 47.

55. *Ibid.*

the central government to regulate matters that had long been held to fall under the provinces' exclusive power over intraprovincial trade and commerce.⁵⁶ In *Canada (Attorney General) v. Canadian National Transportation Ltd.*,⁵⁷ the Court recognized that Parliament is exclusively competent to legislate respecting the prosecution of any federal law offence, whether or not the offence is dependent on the criminal law power. The case involved the federal power to initiate prosecutions under the federal *Combines Investigation Act*,⁵⁸ which is economic legislation *par excellence*. The Court was undoubtedly influenced by economic considerations, namely the perception that the efficiency of the Act would be reduced if its enforcement depended on provincial prosecutions.⁵⁹

Although unrelated to the interpretation of Parliament's enumerated powers, it is important to recall that the Court has also recognized the constitutionality of Ottawa's spending power,⁶⁰ as well as that of the provinces.⁶¹ It is self-evident that the federal spending power has been repeatedly used to indirectly regulate matters coming within provincial heads of power. Furthermore, in *obiter*, the Court has also let it be known that if certain conditions are met a full treaty power might be ascribed to Parliament.⁶²

(ii) The “Provincial Inability Test”: A Federal Trojan Horse

This leads to the second and most important area of change in the Court's approach to economic regulation. In the preceding paragraphs, I described the expansion of spheres of federal economic power that are of rather limited scope. Some of those powers—over bankruptcy and banking, for instance—constitute exceptions to the provinces' general authority in matters of private law.⁶³ None of those powers allow for broad federal intervention in the field of commerce, especially at the intraprovincial level. However, the situation changed radically with the Court's decision in the *City National Leasing*⁶⁴ case, coincidentally rendered two years after the FTA was signed.

56. For an analysis of these decisions, see J. LECLAIR, “The Supreme Court, the Environment, and the Construction of National Identity”, (1998) 4 R. études const. 372 [LECLAIR, “Environment”] and “Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en matière de droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement”, (1996) 27 R.G.D. 137 [LECLAIR, “Virtualités”].

57. [1983] 2 S.C.R. 206 [*Canadian National Transportation*]. See also *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284 [*Wetmore*].

58. R.S.C. 1970, c. C-23.

59. I am grateful to Donna Greschner for suggesting this argument.

60. *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525.

61. *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 250.

62. *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134 [*Vapor Canada*].

63. See J. LECLAIR, “La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre”, (1992) 33 C. de D. 535 at 541-548.

64. *City National Leasing*, *supra*, note 23.

Until *City National Leasing*, the trade and commerce power had been interpreted to allow the central government to regulate interprovincial and international trade, and to regulate intraprovincial transactions only to the extent that it was necessarily incidental to the effective regulation of interprovincial and international trade.⁶⁵ In *City National Leasing*, building upon an earlier judicial gloss⁶⁶ on a very laconic statement made by the Privy Council more than a hundred years before,⁶⁷ a unanimous Court recognized Parliament's power over the regulation of "general trade and commerce affecting Canada as a whole."⁶⁸ This new power enabled Parliament, under certain conditions,⁶⁹ to adopt legislation "concerned with trade as a whole rather than with a particular industry."⁷⁰ What it conferred on the central government was jurisdiction over both the interprovincial and the intraprovincial aspects of trade. Thus, in *City National Leasing*, a federal law regulating competition was held to be *intra vires*, even though it encroached upon the provinces' jurisdiction over intraprovincial competition. Of the five criteria that enable a court to determine if a matter falls under the head of "general regulation of trade," two deserve mention:

[T]he legislation should be of a nature that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting; and ... the failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country.⁷¹

-
65. *Caloil Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1971] S.C.R. 543.
66. Laskin C.J.'s *obiter* in *Vapor Canada*, *supra*, note 62 at 156-165 and the dissenting opinion of Dickson J. (as he then was) in *Canadian National Transportation*, *supra*, note 58 at 267-268.
67. In *Citizen's Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 [*Parsons*], Sir Montague Smith recognized that s. 91(2) conferred on Parliament, not only a power over interprovincial and international trade regulation, but also over the "general regulation of trade affecting the whole dominion."
68. *City National Leasing*, *supra*, note 23 at 657.
69. See *infra*, note 80.
70. *City National Leasing*, *supra*, note 23 at 661.
71. *Ibid.* at 663. Apart from these two requirements and the fact that the legislation must be concerned with trade as a whole rather than with a particular industry, two more requirements need to be satisfied (at 661): "First, the impugned legislation must be part of a general regulatory scheme. Second, the scheme must be monitored by the continuing oversight of a regulatory agency." Dickson J., at 662, specifies that these requirements all "serve to ensure that federal legislation does not upset the balance of power between federal and provincial governments"; "[e]ach of these requirements is evidence of a concern that federal authority under the second branch of the trade and commerce power does not encroach on provincial jurisdiction. By limiting the means which federal legislators may employ to that of a regulatory scheme overseen by a regulatory agency, and by limiting the object of federal legislation to trade as a whole, these requirements attempt to maintain a delicate balance between federal and provincial power" (at 661). Finally, he adds the following caveat: "the five factors provide a preliminary check-list of characteristics, the presence of which in legislation is an indication of validity under the trade and commerce power. These indicia do not, however, represent an exhaustive list of traits that will tend to characterize general trade and commerce legislation. Nor is the presence or absence of any of these five criteria necessarily determinative" (at 662).

Under the functional approach adopted in *City National Leasing*, the Court is faced with the unenviable and highly subjective task of determining if and when a particular economic matter is of national importance.⁷² Some argue that areas such as capital markets, product standards, and the environment might be caught in the federal government's jurisdictional net.⁷³ The double aspect doctrine would enable the provinces to regulate the very same matters in the exercise of their own exclusive powers.⁷⁴ However, the paramountcy rules, especially the recently adopted field pre-emption doctrine, will ensure the pre-eminence of federal legislation in the event of conflict. More ominous for the provinces, this power over economic matters of national importance might enable Parliament to bring the FTA and NAFTA into Canadian domestic law, even in areas of provincial jurisdiction. Indeed, the very purpose of this new power is to allow the regulation of intraprovincial commerce. In *City National Leasing*, Québec had argued that the regulation of competition, in its intraprovincial dimension, did not fall within federal jurisdiction, and thus the Act should be read down so that the impugned section would only apply to interprovincial trade. The Court rejected this argument, saying that the Act was not only meant to cover intraprovincial trade, but that it had to do so if it was to be effective.⁷⁵ The Court went on to say: "Because regulation of competition is so clearly of national interest and because competition cannot be successfully regulated by federal legislation which is restricted to interprovincial trade, the Québec argument must fail."⁷⁶

The "provincial inability" test had been invoked a year earlier in *Crown Zellerbach*, an important case involving the "national concern" doctrine. According to that doctrine, when a subject matter is judicially found to have a "national dimension," it thereafter falls within Parliament's *permanent* and *exclusive* jurisdiction,⁷⁷ pursuant to the residual power set out in the opening words of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The main virtue of the doctrine is that the power it confers extends to both the interprovincial and intraprovincial aspects of the new subject matter.

72. SWINTON, "Federalism Under Fire", *supra*, note 21 at 133: "The judicial perspective has shifted from the conceptual (that is, is this a problem with a situs outside the territorial reach of the legislature which might wish to regulate it?) to the functional (is this a problem affecting the national interest, even if much of the regulation will fall within a province?). Once we shift to the functional, we face the perennial problem of criteria for national importance."

73. R. HOWSE, *Economic Union, Social Justice, and Constitutional Reform: Towards a High but Level Playing Field* (North York, Ont.: York University Centre for Public Law and Public Policy, 1992) at 57-58.

74. *City National Leasing*, *supra*, note 23 at 682.

75. *Ibid.* at 681; see also 692-693.

76. *Ibid.*

77. *Re Anti-inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373 at 444, 461; *Johannesson v. West Saint. Paul (Rural Municipality)*, [1952] 1 S.C.R. 292 at 311-312; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401 at 433; and *Hydro-Québec*, *supra*, note 47 at para. 67, 115.

In *Crown Zellerbach*, the Court breathed new life into the “national concern” doctrine. Contrary to what was believed earlier, it was held to apply not only to new matters that did not exist at Confederation, such as aeronautics and radio-communications, but also to matters “which, although originally matters of a local or private nature in a province, have since, in the absence of national emergency, become matters of national concern.”⁷⁸ For a matter to qualify as a “national concern,” it “must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution.”⁷⁹ In determining if a matter has attained the required degree of “singleness,” Le Dain J., speaking for the majority,⁸⁰ said that one had to consider “what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter.”⁸¹

As a result, both *City National Leasing* and *Crown Zellerbach* resort to a very vague criterion: “provincial inability.” What does that mean? Jurisdictional or political inability? What is the measure of the “success” to which the Court refers?⁸² What evidence is required to establish such inability? In *City National Leasing*, the need for uniformity in competition law was established on the basis of the opinions of Peter Hogg, Warren Grover, and the leading economist, A.E. Safarian.⁸³ Is this sufficient? Is a finding of provincial inability enough to lay the basis for coextensive federal-provincial jurisdiction, as in the case of general regulation of trade, or for exclusive federal jurisdiction, as in the case of the national dimension doctrine? Some claim that the provincial inability test has introduced a principle of subsidiarity in Canadian law. I disagree. The subsidiarity principle was initially introduced to limit the powers of European institutions⁸⁴ in the exercise of concurrent powers.⁸⁵ However, in Canada, in the context of Parliament’s power over matters deemed to be of national interest, the provincial inability test serves to expand the Central

78. *Crown Zellerbach*, *supra*, note 77 at 432.

79. *Ibid.*

80. Dickson C.J. and McIntyre, Wilson J.J. concurred with Le Dain J.; Beetz, Lamer and La Forest J.J. dissented. Justice La Forest wrote the dissenting opinion.

81. *Crown Zellerbach*, *supra*, note 77 at 432.

82. *City National Leasing*, *supra*, note 23 at 663.

83. *Ibid.* at 678-689.

84. See J. RIDEAU, *Le droit des communautés européennes*, coll. “Que sais-je?”, Paris P.U.F., 1995, p. 12-13. However, as mentioned by D.J. EDWARDS, “Fearing Federalism’s Failure: Subsidiarity in the European Union”, (1996) 44 Am. J. Comp. L. 537 at 543 (“[t]he paradox of subsidiarity, a principle that aims to limit the federal powers of the EC, is that it is contained in a Treaty that aims to further the creation of a European federation. Subsidiarity reveals the fear that in Europe federalism possesses the same centripetal tendencies that some perceive it to have in the United States”).

85. The principle of subsidiarity only applies in the interpretation of concurrent powers: P.-A. FÉRAL, “Le principe de subsidiarité dans l’Union européenne”, (1996) 112 Rev. D.P. & S.P. 203 at 213, 216.

government's *exclusive* jurisdiction over *intraprovincial* matters.⁸⁶ If the principle of subsidiarity has a place in Canadian constitutional law, that place, as we will see later, lies elsewhere.

Whatever I may think of the functional tests developed in *City National Leasing* and *Crown Zellerbach*, I do not question the fact that they enable Parliament to implement some of the legislation made mandatory by Canada's international commitments. The extent to which Parliament can do that is still a matter for debate. Some authors go as far as to claim that some form of "commandeering" by Parliament would be permissible.⁸⁷

3. The Court's Diverging Approaches to the Defence of National and Regional Interests

I will now critically assess the changes in Canadian constitutional jurisprudence that I have just discussed. By way of introduction, I will underline how the Privy Council's presumably more formal approach to federalism had the virtue of forcing courts to define what lay within the exclusive purview of the provincial polities. The "functional effectiveness" perspective allows courts to elude this important responsibility. I will then try to demonstrate that, in general, the Supreme Court's defence of national interests is always more vigorously articulated than its vindication of provincial concerns, even in situations where the Court trades its functional effectiveness approach for a more community oriented one.

(i) *The Neglected Virtues of "Formalism"*

As I said earlier, the double aspect and the ancillary power doctrines enable courts to forego the task of defining the exclusive core of provincial jurisdictions. Forcing courts to assess and define a jurisdiction's exclusive core will not lead to an objective and universal truth about the appropriate balance of powers in the Canadian federation. However, from a provincial perspective, it is certainly a better solution than letting courts develop purely functional tests that are confined to measuring efficiency. As Barry Friedman has said with respect to American federalism, "formalism may have been an illusion, but it was one that permitted the courts to hold certain state functions immune from national intervention."⁸⁸ This accurately describes the Canadian experience as

86. *Crown Zellerbach*, *supra*, note 77. For a critical analysis of the national dimension doctrine, see J. LECLAIR, "Droit constitutionnel – partage des compétences – Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, c. 20 – La théorie des dimensions nationales : une boîte à phantasmes – *Canada (Procureur général) c. R.J.R.-MacDonald Inc.*", (1993) 72 Can. Bar Rev. at 524-538.

87. M.A. LUZ, "NAFTA, Investment and the Constitution of Canada: Will the Watertight Compartments Spring a Leak?", (2000-2001) 32 Ott. L. Rev. 35 at 84.

88. FRIEDMAN, *supra*, note 7 at 371.

well. In 1966, Jean Beetz, an academic at the time, was referring to exactly the same thing when he made the following comments:

Enfin le juriste québécois ne peut que se troubler devant l'attitude de certains juristes canadiens qui ou bien se contentent de critères surtout quantitatifs pour déterminer la validité des lois dont la constitutionnalité est mise en doute ou bien prennent plaisir à souligner le degré considérable d'intuition qui entre en jeu dans l'interprétation judiciaire de la constitution. L'attitude de ces juristes constitue peut-être une description fidèle du processus d'interprétation constitutionnelle, mais lorsque l'on s'y complait, elle peut provoquer une confusion entre la science politique et le droit, et entraîner une démission de l'esprit d'analyse et une renonciation à la conceptualisation, tous deux indispensables à la fécondité du droit. Or, d'un point de vue québécois, le droit ... est indispensable à la sauvegarde de l'identité collective du Québec.⁸⁹

Formalism may no longer be *à la page*, but it remains true that the legitimate concerns of the provinces have to be addressed seriously and cannot be hidden behind the veil of efficiency. Furthermore, was formalism ever as "formal" as some claim it was? The Privy Council's decisions on the division of powers in Canada have been chastised as the epitome of formalism, but a careful reading of two of the most important of those decisions, the *Parsons*⁹⁰ case and the *Labour Conventions Reference*,⁹¹ demonstrate that intertwined with textual arguments are normative arguments based on a community perspective. In the *Labour Conventions Reference*, the Privy Council had to determine whether the Federal government, under its residual power, could legislate for the purpose of fulfilling treaty obligations that dealt with matters falling within the exclusive purview of the provinces. The Court held that it could not, and that the determination of which level of government had the power to implement a treaty must respect the line drawn by the division of powers. In so holding, the Court said:

No one can doubt that this distribution is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in the inter-provincial compact to which the *British North America Act* [now the *Constitution Act, 1867*] gives effect. If the position of Lower Canada, now Québec, alone were considered, the existence of her separate jurisprudence as to both property and civil rights might be said to depend upon loyal adherence to her constitutional right to the exclusive competence of her own Legislature in these matters. Nor is it of less importance for the other Provinces, though their law may be based on English jurisprudence, to preserve their own right to legislate for themselves in respect of local conditions which may vary by as great a distance as separate the Atlantic from the

89. J. BEETZ, "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867" in P.-A. CRÉPEAU and C.B. MACPHERSON, eds., *L'avenir du fédéralisme canadien* (Toronto: University of Toronto Press, 1965) at 121.

90. *Supra*, note 67.

91. *Canada (Attorney General) v. Ontario (Attorney General)*, [1937] A.C. 326 (Canada P.C.) [*Labour Conventions Reference*].

Pacific. It would be remarkable that while the Dominion could not initiate legislation, however desirable, which affected civil rights in the Provinces, yet its Government not responsible to the Provinces nor controlled by Provincial Parliaments need only agree with a foreign country to enact such legislation, and its Parliament would be forthwith clothed with authority to affect Provincial rights to the full extent of such agreement. Such a result would appear to undermine the constitutional safeguards of Provincial constitutional autonomy.⁹²

Whether this decision is good or bad is not important here. What does matter is the fact that the Privy Council clearly recognized that a historically informed approach to the division of powers required the assessment of normative arguments of community.⁹³

(ii) *The Court's Vigorous Defence of National Interests*

The changes made by the Supreme Court of Canada, in matters of commerce, are not purely cosmetic. It is one thing for courts to claim that the division of powers over the economy is not in tune with the realities of our

92. *Supra*, note 91 at 351-352.

93. In *Parsons, supra*, note 67, it was argued that insurance contracts fell within the jurisdiction of Parliament and not under "property and civil rights." The Privy Council rejected the argument, concluding that the words "civil rights" were "sufficiently large to embrace, in their fair and ordinary meaning, rights arising from contract" at 110. At 110-111, the Court developed the following argument: "The provision found in s. 94 of the *British North America Act*, which is one of the sections relating to the distribution of legislative powers, was referred to by the learned counsel on both sides as throwing light upon the sense in which the words "property and civil rights" are used. By that section the parliament of Canada is empowered to make provision for the uniformity of any laws relative to "property and civil rights" in Ontario, Nova Scotia, and New Brunswick, and to the procedure of the Courts in these three provinces, if the provincial legislatures choose to adopt the provision so made. The province of Quebec is omitted from this section for the obvious reason that the law which governs property and civil rights in Quebec is in the main the French law as it existed at the time of the cession of Canada, and not the English law which prevails in the other provinces. The words "property and civil rights" are, obviously, used in the same sense in this section as in s. 92(13), and there seems no reason for presuming that contracts and the rights arising from them were not intended to be included in this provision for uniformity. If, however, the narrow construction of the words "civil rights," contended for by the appellants were to prevail, the dominion parliament could, under its general power, legislate in regard to contracts in all and each of the provinces and as a consequence of this the province of Quebec, though now governed by its own Civil Code, founded on the French law, as regards contracts and their incidents, would be subject to have its law on that subject altered by the dominion legislature, and brought into uniformity with the English law prevailing in the other three provinces, notwithstanding that Quebec has been carefully left out of the uniformity section of the Act. It is to be observed that the same words, "civil rights," are employed in the Act of 14 Geo. 3, c. 83, [the Quebec Act of 1774] which made provision for the Government of the province of Quebec. Sect. 8 of that Act enacted that His Majesty's Canadian subjects within the province of Quebec should enjoy their property, usages, and other civil rights, as they had before done, and that in all matters of controversy relative to property and civil rights resort should be had to the laws of Canada, and be determined agreeably to the said laws. In this statute the words "property" and "civil rights" are plainly used in their largest sense; and there is no reason for holding that in the statute under discussion they are used in a different and narrower one." Interestingly, many have argued that the Privy Council paid too much attention to the regional communities interests, to the detriment of legitimate concerns for economic efficiency.

times. But for the courts to radically shift the balance of power in favour of Parliament is another, especially when the test used is essentially concerned with economic efficiency. Such an approach is based on a very limited normative understanding of federalism. First of all, the Court's functional approach is based on the dubious premise that efficiency is synonymous with centralism and uniformity. Second, the test as formulated makes it difficult to introduce other kinds of normative arguments. It is premised on the idea that only economic arguments are pertinent when the scope of Parliament's power over commerce is at stake. The exclusion of the remedy of reading down, associated with the occupied field test of inconsistency, will likely preclude any need to discuss the diversity of social preferences. The Court should keep in mind that Canada is a political arena and not simply a market. Caution is also called for because, as the European experience demonstrates, high courts are quick to extend their jurisdiction over cultural and social policy matters under the guise of regulating issues of commerce.⁹⁴ Trade, as is well known, is "an ungovernable engine."⁹⁵ Third, even though the test is expressed in terms of efficiency, it is implicitly supported by a preference for the national community.⁹⁶ As Simeon puts it: "Terms like 'efficiency' and 'effectiveness' or even 'coordination' always contain the implicit 'for whom,' 'in whose eyes.'"⁹⁷ In *City National Leasing*, for example, the Court clearly favoured the national polity. Finally, if the Supreme Court wants to lead us along the American "commerce clause" path, some provinces will want to make sure that we also have an American style senate.

That being said, it would be a misrepresentation to claim that since 1982 the Supreme Court has always promoted centralism on the basis of efficiency alone. At times, the Court has justified on more than just a formal level,⁹⁸ the

94. See C.H. KOCH, Jr., "Judicial Review and Global Federalism", (2002) 54 *Admin. L. Rev.* 491; N. FENNELLY, "Legal Interpretation at the European Court of Justice", (1997) 20 *Fordham Int'l L.J.* 656; and K.A. SWARTZ, "Powerful, Unique, and Anonymous: The European Court of Justice and its Continuing Impact on the Formation of the European Community", (1994) 3 *S. Cal. Interdisciplinary L.J.* 687.

95. FRIEDMAN, *supra*, note 7 at 375.

96. And one could add, for the international community. In *Ordon Estate*, *supra*, note 27 at para. 79 (see also paras. 102 and 116), the Court justified the Parliament's exclusive jurisdiction over maritime law in the following terms: "When applying the above framework in the maritime law context, a court should be careful to ensure that it considers not only the social, moral and economic fabric of Canadian society, but also the fabric of the broader international community of maritime states, including the desirability of achieving uniformity between jurisdictions in maritime law matters. Similarly, in evaluating whether a change in Canadian maritime law would have complex ramifications, a court must consider not only the ramifications within Canada, but also the effects of the change upon Canada's treaty obligations and international relations, as well as upon the state of international maritime law."

97. SIMEON, *supra*, note 5 at 149.

98. A "formal" reasoning is one in which federalism is approached from a purely abstract and "neutral" perspective. Provinces are conceived as interchangeable autonomous bodies having no specific characteristics. Formalism implies a reasoning based essentially on references to precedents and textual arguments of a legal or constitutional nature. Such an approach, for example, is not infused by any historical perspective.

need for federal intervention. For example, in the *Black*⁹⁹ decision on the interpretation of s. 6(2)(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,¹⁰⁰ which guarantees to every citizen and permanent resident the right to pursue a livelihood in any province,¹⁰¹ Justice La Forest invoked history and the framers' intention to justify a vision of Canada in which political nationality and a national economy went hand in hand:

A dominant intention of the drafters of the British North America Act (now the Constitution Act, 1867) was to establish "a new political nationality" and, as the counterpart to national unity, the creation of a national economy... The attainment of economic integration occupied a place of central importance in the scheme... The creation of a central government, the trade and commerce power, s. 121 and the building of a transcontinental railway were expected to help forge this economic union. The concept of Canada as a single country comprising what one would now call a common market was basic to the Confederation arrangements and the drafters of the British North America Act attempted to pull down the existing internal barriers that restricted movement within the country.¹⁰²

La Forest J. reiterated his faith in the centrality of this common citizenship in *Hunt*,¹⁰³ where the Court not only imposed constraints on a province's ability to interfere with litigation in other provinces, but also explicitly acknowledged the central government's power under the trade and commerce clause to legislate on the recognition and enforcement of foreign judgments.¹⁰⁴ The importance of the *Hunt* decision also lies in the fact that the restriction on the territorial reach of provincial legislation was said not to be based on a specific provision of the Constitution, but on a principle of comity (a sort of "full faith and credit clause"¹⁰⁵) flowing from a variety of constitutional provisions¹⁰⁶ and was said to be inherent in the federalist core of the Canadian Constitution.¹⁰⁷

-
99. *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591 [*Black*].
100. Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [Charter].
101. Subject to the s. 6(3) reasonable residency requirements for the receipt of publicly provided services and laws of general application operative in a province.
102. *Black, supra*, note 99 at 608-609.
103. *Hunt v. T & N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289 at 322-323 [*Hunt*]. On the potentially centralizing effects of this decision, see V. BLACK and A.W. MacKAY, "Constitutional Alchemy in the Supreme Court: *Hunt v. T & N plc*", (1995) 5 N.J.C.L. 79; and R. WISNER, "Uniformity, Diversity and Provincial Extraterritoriality: *Hunt v. T & N plc*", (1995) 40 McGill L.J. 759 at 771-775.
104. *Hunt, supra*, note 103 at 326.
105. The Constitution of the United States of America, art. IV, § 1 ("Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records and judicial Proceedings of every other State").
106. La Forest, J. enumerates the following factors as proof of the framer's intention "to create a single country" and a national economy: "(1) common citizenship, (2) interprovincial mobility of citizens, (3) the common market created by the union as reflected in ss. 91(2), 91(10), 121 and the peace, order and good government clause, and (4) the essentially unitary structure of our judicial system with the Supreme Court of Canada at its apex": *Hunt, supra*, note 103 at 322.
107. For a critical analysis of the recourse to unwritten constitutional principles, see J. LECLAIR, "Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles", (2002) 27 Queen's L.J. 389.

In his concurring opinion in *Ontario Home Builders' Assn.*,¹⁰⁸ La Forest J. insisted, yet again, on the importance of preserving the “national economic entity the framers had sought to create”¹⁰⁹ when addressing a division of powers issue. In that case, a unanimous Court upheld the constitutional validity of Part III of Ontario’s *Development Charges Act*,¹¹⁰ which authorized the province’s public and separate school boards to impose “education development charges” on buildings that resulted from new development. In what could be qualified as a major provincial victory, a majority of the Court concluded that, although the education development charges were *indirect* taxation contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, they were nevertheless *intra vires* the province as ancillary to a valid regulatory scheme enacted under s. 92(9), which gives provinces the exclusive right to legislate in relation to “Shop, Saloon, Tavern, Auctioneer, and other Licences in order to the raising of a Revenue for Provincial, Local, or Municipal Purposes.” Iacobucci J., speaking for the majority, stated that s. 92(9) allowed for indirect taxation, as long as its purpose was strictly limited, as it was here, to defraying the costs of the regulatory scheme established under the challenged statute.

Although La Forest J. agreed in the result, his concurring judgment imposed limits on the potential reach of the provinces’ power to tax. Contrary to Iacobucci J., he thought that the development charge was *intra vires* “as tax on land, a type of tax that has always been regarded as a quintessential example of a direct tax.”¹¹¹ La Forest J. disagreed with the characterization of regulatory charges as an indirect tax, and argued that to approach the problem as Iacobucci J. did would deprive the distinction between taxation and regulation of virtually all meaning. He stressed that allowing the provinces to levy only direct taxes was based on “an important component of the constitutional arrangements agreed upon by the framers of the Constitution in 1867.”¹¹² The “primary, if not the only” reason why s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867* prohibited indirect taxation by the provinces was that “the direct effect of their taxation measures must be confined within their territory . . . since an indirect tax, while being technically levied initially ‘within the province’ as contemplated by s. 92(2), could ultimately be borne by persons outside the province.”¹¹³ Furthermore, such indirect taxes “have serious implications for interprovincial and international trade as well as generally on the national economic entity the framers had sought to create.”¹¹⁴ Allowing provincial legislatures to tax indirectly through legislation disguised as regulatory schemes, La Forest J. held, would fly in the face of the 1867 constitutional compromise.¹¹⁵

108. *Supra*, note 20.

109. *Ibid.*, at para. 140.

110. R.S.O. 1990, c. D.9.

111. *Ontario Home Builders' Assn.*, *supra*, note 20 at para. 126.

112. *Ibid.*, at para. 124.

113. *Ibid.*, at para. 134.

114. *Ibid.*, at para. 140.

115. *Ibid.*, at para. 124.

Finally, in *Hydro-Québec*, the Court justified a liberal interpretation of the criminal law power on the basis that its purpose was to protect “the fundamental value[s] of our society,”¹¹⁶ of which the protection of the environment was one.¹¹⁷ In both *Hydro-Québec* and *Black*, federalism was approached from a community perspective and both decisions show partiality toward the national community.

In short, the Supreme Court of Canada has sometimes justified the need for federal intervention on more than just a formal level.¹¹⁸ However, one would have wished to see such eloquence harnessed more often in favour of interests other than the national interest. For instance, in *Chartwell*, why was the majority of the Court so indifferent to the spirit of the civil law tradition when it imposed a uniform Canadian maritime law of an essentially common law nature? Whether the Court likes it or not, two legal traditions do coexist in Canada. The Court’s reasoning is all the more disappointing when one remembers, for instance, that Colbert’s *Ordonnance de la marine* influenced the development of English admiralty law.¹¹⁹ In *Alberta Government Tele-*

-
116. *Hydro-Québec*, *supra*, note 47 at para. 127 (La Forest J. speaking for the majority). At para. 154, La Forest J. recognized Parliament’s role in “protecting the basic values of Canadians regarding the environment through the instrumentality of the criminal law power.”
117. I have argued elsewhere (LECLAIR, “Environment,” *supra*, note 56) that, in recognizing very extensive powers to the Federal Parliament in matters such as the protection of health (*Imperial Tobacco*, *supra*, note 47) and the protection of the environment (*Hydro-Québec*, *supra*, note 47), on the basis of its criminal law power, two highly sensitive issues for all Canadians, the Court participates in a process of legitimation of the Canadian state and in the construction of national identity. Not only do protection of health and protection of the environment represent two values perceived by many as traditionally and typically “Canadian” values, but they also have the singular quality of enabling us to transcend the issues which constantly divide us (language, ethnic origin, etc.). They are matters on which we can all agree. Thus, they operate as symbols of what being a Canadian really means. According extensive legislative responsibility over such matters to the central government reinforces its legitimacy, because by legislating over matters which are important to the average Canadian, the central government will bring itself closer to the people, and gain more visibility. Furthermore, the Court itself strengthens its own legitimacy in upholding legislative initiatives which meet with popular approval. Johanne Poirier has argued that in multinational polities, orders of governments are eager to regulate what she refers to as the field of social protection (“domaine de la protection sociale” at 138) because, among other things, this exercise of normative power legitimizes the public institutions of all the governments involved: J. POIRIER, “Pouvoir normatif et protection sociale dans les fédérations multinationales” (2001) 16 C.J.L.S. 137 at 157-158.
118. In addition, in its admiralty case law, the Supreme Court has taken great care to emphasize the need for and the benefits flowing from a uniform Canadian maritime law: see in particular *Whitbread*, *supra*, note 24 and *Ordon Estate*, *supra*, note 27.
119. A. BRAËN, *Le droit maritime au Québec* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1992) at 38. The Court’s line of reasoning has been severely criticized in Québec: see LECLAIR, “Nature d’une compétence,” *supra*, note 33 at 696-714; G. LEFEBVRE, “Droit maritime – Compétence de la Cour fédérale – Contenu de l’expression ‘Droit maritime canadien’: *The Monk Corporation v. Island Fertilizers Limited*”, (1992) 71 Can. Bar Rev. 166; G. LEFEBVRE and N. TAMARO, “La Cour suprême et le droit maritime : la mise à l’écart du droit civil québécois est-elle justifiable?”, (1991) 70 Can. Bar Rev. 121; A. BRAËN, “L’arrêt

phones and *Téléphone Guèvremont*, the Court decided that telecommunications was the exclusive preserve of the federal government. No attempt whatsoever was made to justify such a conclusion in other than purely technical terms. What about the legitimate concerns of the provinces with respect to the implementation of their cultural policies?

The broad interpretation of Parliament's powers described above enables it to legislate with apparent legitimacy over matters that did not previously fall within its jurisdiction. The federal government has often intervened in provincial areas of jurisdiction such as education, social welfare, and health with the avowed intention of gaining visibility. When Ottawa has done so, it was not acting under one of its enumerated powers, but was instead resorting to the use of its spending power. Encroaching upon the provinces' exclusive fields of jurisdiction in such a fashion has never been considered, at least in Québec, as a legitimate method of federal intervention. This explains the importance of the Court's decisions expanding Parliament's authority under its *enumerated* and *residual* powers. These fields of jurisdiction provide the central government with an apparently *legitimate* stepping stone, enabling it to deal with social matters that have traditionally been held to fall under the provinces' exclusive jurisdiction.

It is not the forcefulness of the arguments in favour of national interests, nor the expansion of Parliament's powers that I find disturbing. Rather, it is the Court's lack of concern for the legitimate interests of the regional polities that taints its reasoning, and therefore, its conclusions.

(iii) *The Court's Weak Defence of Regional Interests*

My final comment has to do with the manner in which the Supreme Court addresses provincial concerns. To claim that the Court vindicates provincial interests in a purely formal manner would also be an exaggeration. If cases involving the equality provision of the Charter¹²⁰ are excluded, normative arguments of community have been invoked in at least three decisions in which the validity of provincial legislation was upheld. First in the *Multiple Access* case, where mere duplication of valid provincial and federal legislation was held not to constitute an "express contradiction"¹²¹ triggering federal paramountcy. The Court had this to say about the cost of such duplication:

ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc., ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec", (1987) 32 McGill L.J. 386; and G. TREMBLAY, "L'application du droit provincial en matière de droit maritime après *Succession Ordon*", (1999) 59 R. du B. 679.

120. *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254 at 290; *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995 at 1029.

121. HOGG, *supra*, note 37.

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

I would say that duplication is ... “the ultimate in harmony.” The resulting “untidiness” or “diseconomy” of duplication is the price we pay for a federal system in which economy “often has to be subordinated to ... provincial autonomy” (Hogg, at p. 110).¹²²

In *Schneider*,¹²³ the second of the three decisions, the Court unanimously held that British Columbia’s *Heroin Treatment Act*¹²⁴ was *intra vires*. It concluded that the treatment of heroin dependency, as distinct from the traffic in narcotic drugs, was not a matter falling within the federal peace, order and good government power. After describing the uniqueness of British Columbia’s problem with respect to heroin use, Dickson J. stated that the problem of heroin dependency was “largely a local or provincial problem and not one which has become a matter of national concern.”¹²⁵ Finally, in *Kitkatla*, the constitutional validity of British Columbia’s *Heritage Conservation Act*¹²⁶ was challenged because it allowed for the alteration or destruction of native heritage property. A unanimous Court confirmed the validity of the legislation on a normative argument of community (that is to say, the dual nature of native culture):

The Act considers First Nations’ culture as part of the heritage of all residents of British Columbia. It must be protected, not only as an essential part of the collective material memory which belongs to the history and identity of First Nations, but also as part of the shared heritage of all British Columbians.¹²⁷

It remains true that *Multiple Access*, *Schneider* and *Kitkatla* are exceptions.¹²⁸ Generally, even in cases where provincial legislation has been upheld (or held applicable to a federal undertaking),¹²⁹ the Court’s approach to

122. *Multiple Access*, *supra*, note 16 at 190.

123. *Schneider*, *supra*, note 18.

124. S.B.C. 1978, c. 24.

125. *Schneider*, *supra*, note 18 at 131-132.

126. R.S.B.C. 1996, c. 187.

127. *Kitkatla*, *supra*, note 19 at para. 45.

128. *Edwards Book*, *supra*, note 15 (it could also be said not to be based on a purely formal approach).

129. For example, see *Rio Hotel*, *supra*, note 17; *Global Securities*, *supra*, note 14; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *O’Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Canadian Pacific Airlines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581. This formalism is even more pronounced in two important cases where provincial legislation was held inapplicable: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 227 and *Westcoast Energy*, *supra*, note 45. In *Ontario Home Builders’ Assn.*, *supra*, note 20, as compared to La Forest’s concurring opinion, the majority’s reasoning is quite formal. At para. 146, La Forest J. even throws the following fling at his colleague Iacobucci: “Determining the constitutional validity [of a provincial tax] purely on the basis of pure technicalities or formalistic approaches must be avoided. One should not lose sight of the underlying reason why provinces are confined to having recourse to direct means of taxation. At the end of the day, this approach has the merit of focusing the constitutional analysis on substance rather than on form and furthering the constitutional values of the prohibition imposed on provinces regarding indirect taxation as they stand in a modern Canada.”

provincial polities is either very formal or is based once again on a criterion of efficiency.¹³⁰ And in those three cases, the Court's reference to normative arguments is extremely cursory. The longest and most powerful arguments on the importance of protecting local interests are still to be found in dissenting¹³¹ or concurring¹³² judgments.

Since no provincial field of jurisdiction is immune to federal intervention,¹³³ a much more serious defence of the interests of regional communities is required. Let us not forget that all provincial "victories" dealt with legislation on matters having a double aspect,¹³⁴ which means that the decisions

-
130. *Global Securities*, *supra*, note 14. *Ontario Hydro*, *supra*, note 28 is an unusual case. Even though a provincial law was held inapplicable to a federal work, a majority of the Court nevertheless did express some concern for the interests of the provinces. At issue was the scope of Parliament's unilateral power to declare works for the general advantage of Canada. Justice Iacobucci (Sopinka and Cory JJ. concurring), said the following: "This Court recognized the primacy of the balance between federal and provincial powers in *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, where the Court held that a substantial measure of provincial consent was required by convention before the Canadian Constitution could be amended. The majority held that the reason for the convention was the federal principle (at pp. 905-6): 'The federal principle cannot be reconciled with a state of affairs where the modification of provincial legislative powers could be obtained by the unilateral action of the federal authorities.' Parliament's jurisdiction over a declared work must be limited so as to respect the powers of the provincial legislatures but consistent with the appropriate recognition of the federal interests involved." (at 404) Justice La Forest, with whom L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. concurred, disagreed: "It was argued that the declaratory power must be read narrowly to make it conform to principles of federalism. There is no doubt that the declaratory power is an unusual one that fits uncomfortably in an ideal conceptual view of federalism. *But the Constitution must be read as it is, and not in accordance with abstract notions of theorists.* It expressly provides for the transfer of provincial powers to the federal Parliament over certain works. ... There is no authority supporting the view that the declaratory power should be narrowly construed. Quite the contrary. It might, I suppose, have been possible to interpret s. 92(10)(c) so as to confine it to works related to communications and transportation such as those specifically listed in s. 92(10)(a) and (b) but the courts, including this Court, have never shown any disposition to so limit its operation ..." (at 370, emphasis added). As for Lamer C.J., although he agreed with Iacobucci J.'s reasoning, he disagreed with the latter's application of the principle to the facts at issue (at 339-340). Consequently, even though provincial interests were taken into consideration, the provincial law was nonetheless held inapplicable.
131. J. La Forest (with Beetz and Lamer JJ.) in *Crown Zellerbach*, *supra*, note 77; J. McLachlin, in *Westcoast Energy*, *supra*, note 45; J. Dickson in *Wetmore*, *supra*, note 57.
132. C.J. Lamer, J. McLachlin and J. L'Heureux-Dubé, in *Chartwell*, *supra*, note 48.
133. Interjurisdictional immunity does not benefit the provinces: see *Friends of the Oldman River*, *supra*, note 28.
134. See *Global Securities*, *supra*, note 14; *Edwards Books*, *supra*, note 15; *Multiple Access*, *supra*, note 16; *Rio Hotel*, *supra*, note 17; *Kitkatla*, *supra*, note 19 and *Schneider*, *supra*, note 18. In *Multiple Access*, *ibid.*, at 173, even though Ontario's *Securities Act* was upheld and declared applicable to a federal corporation, Dickson J. insisted, in *obiter*, on Parliament's ability to regulate the securities market if it chooses to do so: "I should not wish by anything said in this case to affect prejudicially the constitutional right of Parliament to enact a general scheme of securities legislation pursuant to its power to make laws in relation to interprovincial and export trade and commerce." See also *Global Securities*, *ibid.* at para. 46.

did not restrict the central government's latitude. Moreover, paramountcy only benefits federal legislative interventions. So, at the very least, more attention should be paid to the legitimate interests of the regional communities, even if they do not prevail. This is especially so where the federal intervention is based on Parliament's residual power. When dealing with a *residual* power, the Court should first discuss the possible reasons for giving a certain power to the provinces; only in the absence of any such reasons would the Court be justified in finding that Parliament has the authority to legislate.¹³⁵

In conclusion, when normative arguments have been invoked before the Supreme Court, the perspective of community has not been totally absent from the judgments,¹³⁶ but it has not been embraced with as much enthusiasm as the normative perspective of functional effectiveness.

In the preceding pages, I have tried to demonstrate how the Supreme Court of Canada has promoted unity by changing some fundamental concepts of constitutional law, and by expanding the powers of the central government. In the next section, I will try to show that despite its centralist tack, the Court is not blind to the centripetal potential of some of its decisions.

B. THE TENSION RESULTING FROM THE NEED TO ADDRESS FEDERALISM ISSUES FROM A COMMUNITY PERSPECTIVE

As we will now see, tension often arises between the Court's desire to resort to a criterion of efficiency—one that favours centralism—and the need to address federalism from the perspective of community—an approach which forces it to recognize some form of decentralization. The subject of environmental protection provides a good example of this tension¹³⁷.

In dealing with the protection of the environment, the Court has chosen two successive avenues, both of which have led to an enhancement of Parliament's authority to regulate the environment. However, while the first drastically limited the provinces' ability to deal with the subject, the second recognized their legitimate interest in it.

In *Crown Zellerbach*, the constitutional validity of Parliament's *Ocean Dumping Control Act*¹³⁸ was challenged. The Court upheld the legislation on the ground that marine pollution had become a matter of national concern, so as

135. I am grateful to Tsvi Kahana for suggesting this argument.

136. Whether the constitutionality of provincial or federal legislation is challenged.

137. For a thorough discussion of this issue, see LECLAIR, "Virtualités" *supra*, note 56. This article was referred to approvingly by La Forest J., in *Hydro-Québec*, *supra*, note 47, para. 118.

138. S.C. 1974-75-76, c. 55 repealed and replaced by Part VII, section 3 of the *Canadian Environment Act*, S.C. 1999, c. 33.

to bring it within the jurisdiction of Parliament under the residual power in the opening words of section 91 of the *Constitution Act, 1867*. As mentioned earlier, under the “national concern” doctrine, if a subject matter is judicially characterized as having a “national dimension,” it falls thereafter under Parliament’s *permanent* and *exclusive* jurisdiction.¹³⁹

The invasive potential of this power did not escape the notice of the dissenters in *Crown Zellerbach*. According to La Forest J., allowing judges to conceptualize a matter as being of national concern is fraught with danger. It enables courts to consider separate areas of activity, some within provincial legislative capacity and some within Parliament’s, to be a single indivisible matter of national interest lying within exclusive federal jurisdiction, “thereby incidentally removing them from provincial jurisdiction or at least abridging the provinces’ freedom of operation.”¹⁴⁰ Justice La Forest was of the opinion that “environmental protection, [is] all-pervasive, and if accepted as [an] ite[m] falling within the general power of Parliament, would radically alter the division of legislative power in Canada.”¹⁴¹ More precisely, the recognition of such a broad exclusive power in Parliament would “effectively gut provincial legislative jurisdiction”¹⁴² and would “involve sacrificing the principles of federalism enshrined in the Constitution.”¹⁴³

Although this decision could have had dramatic consequences, if it had been interpreted as allowing for the regulation of all matters having some connection to environmental protection, its compass was later restricted to the problem of marine pollution.¹⁴⁴ In subsequent cases,¹⁴⁵ the Court reacted against what it labelled the “enthusiastic adoption of the ‘national dimensions’¹⁴⁶ doctrine.” Protection of the environment, said the Court, is not the exclusive preserve of either Parliament or the provinces, but has a double aspect. Consequently, both levels of government can address it. The extent of their power to intervene will be determined according to the particular nature of their respective heads of power: “since the nature of the various heads of power under the *Constitution Act, 1867* differ, the extent to which environmental concerns may be taken into account in the exercise of a power may vary from one power to another.”¹⁴⁷ In *Hydro-Québec*, for example, La Forest J., for the majority, concluded that the *Canadian Environmental Protection Act*¹⁴⁸ was

139. *Crown Zellerbach*, *supra*, note 77.

140. *Ibid.*, at 452-453.

141. *Ibid.*, at 453.

142. *Ibid.*, at 454-455.

143. *Ibid.*, at 455.

144. *Friends of the Oldman River*, *supra*, note 28 at 64; and *Hydro-Québec*, *supra*, note 47 at paras. 115-116.

145. *Ibid.*

146. *Hydro-Québec*, *supra*, note 47 at para. 116.

147. *Friends of the Oldman River*, *supra*, note 28 at 67; see also *Hydro-Québec*, *supra*, note 47 at paras. 114-117.

148. R.S.C. 1985 (4th Supp.), c. 16 [the Act].

validly enacted under federal criminal law power, because it prohibited the introduction of toxic substances into the environment except on specified terms and conditions. As such, it pursued a legitimate public objective—the protection of the environment. According to *La Forest J.*, the “stewardship of the environment” is one of “the fundamental value[s] of our society,” of the same order as the protection of human life or health, which the criminal law power aims to protect.¹⁴⁹

Contrary to the “national concern” doctrine, which confers an exclusive and permanent jurisdiction over new federal matters, allowing Parliament to regulate the protection of the environment through its criminal law power does not preclude the possibility of shared environmental jurisdiction. Under the criminal law power, Parliament can only prohibit evils that go against certain fundamental values, such as the protection of health and the protection of the environment. On the other hand, if a province pursues an objective falling within its constitutional jurisdiction, it can regulate the very same activity or conduct. In so doing, it is not enacting criminal legislation. Thus, “the use of the federal criminal law power in no way precludes the provinces from exercising their extensive powers under s. 92 to regulate and control the pollution of the environment either independently or to supplement federal action.”¹⁵⁰ The double aspect doctrine, combined with the “express contradiction” test of inconsistency, thus enables Parliament to establish minimal standards of environmental protection that the provinces may exceed in the exercise of their own powers.¹⁵¹ The combined use of these constitutional doctrines has enabled the Court to devise a mechanism that closely resembles the European principle of subsidiarity.¹⁵² In the words of *La Forest J.*, such an approach “afford[s] both levels of government ample means to protect the environment while

149. *Hydro-Québec*, *supra*, note 47 at para. 43.

150. *Ibid.*, at para. 131.

151. According to the “express contradiction” test of inconsistency, there is no conflict between a—valid—provincial law and a less severe—valid—federal law, because it is possible to obey both in respecting the more severe of the two: *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5.

152. This, at least, appears to be the conclusion of a majority of the Supreme Court’s judges in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241. In the context of a case having to do with the extent of a municipality’s power to regulate the environment, *L’Heureux-Dubé J.*, speaking for the majority, had this to say at para. 3: “The case arises in an era in which matters of governance are often examined through the lens of the principle of subsidiarity. This is the proposition that law-making and implementation are often best achieved at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity. *La Forest J.* wrote for the majority in *R. v. Hydro-Québec*, at para. 127, that ‘the protection of the environment is a major challenge of our time. It is an international problem, one that requires action by governments at all levels’ (emphasis added). His reasons in that case also quoted with approval a passage from *Our Common Future*, the report produced in 1987 by the United Nations’ World Commission on the Environment and Development. The so-called ‘Brundtland Commission’ recommended that ‘local governments [should be] empowered to exceed, but not to lower, national norms’ (at 220).”

maintaining the general structure of the Constitution.”¹⁵³ Canadian constitutional doctrine, therefore, does not dictate centralist solutions. Choosing avenues that lead to the undermining of legitimate regional interests is a deliberate choice.

Finally, one could ask whether the *Quebec Secession Reference*¹⁵⁴ has signalled a change from the formal to the normative in division of powers issues. In this decision, the Court willingly abandoned formalism for a more informed or contextualized understanding of the Canadian constitutional order: an understanding in which history, for example, played a part; one in which Québec's specificity was said to have been a determining factor in the adoption of a federal regime in 1867¹⁵⁵; and one in which “[t]he protection of [Aboriginal and treaty] rights ... reflects an important underlying constitutional value.”¹⁵⁶ The *Quebec Secession Reference* also tried to unearth the fundamental values that infuse Canada's constitutional order.¹⁵⁷

Unfortunately, the recent *Ward* and *Kitkatla* cases show no radical departure from the Court's pre-*Quebec Secession Reference* reasoning. At issue in *Ward* was whether the regulation prohibiting the sale of blueback seal pelts, under which Mr. Ward had been charged, fell within the legislative competence of the federal government over fisheries. Marshall J., speaking for a majority of the Newfoundland Court of Appeal,¹⁵⁸ had concluded that it did not. He held that it was not enough simply to argue, as the Attorney General for Canada had done, that the prohibition was promulgated for socio-economic purposes or for the common good. A more contextualized approach to the division of powers was required. Marshall J. recalled that:

[T]he management and control of ... fishing grounds and the conservation of their resources, which is the *raison d'être* of this province's existence, is of primordial importance. Any doubt on that score is quickly dispelled on a random journey through outport communities where boarded-up homes and rotting hulls, left in the wake of the westward exodus which has followed depletion of ground fish stocks, are in full evidence today.¹⁵⁹

This led him to conclude:

While the power over seacoast and inland fisheries, like all federal powers enumerated under s. 91 of the Constitution Act, 1867, applies equally to all

153. *Hydro-Quebec, supra*, note 47 at para. 116.

154. *Supra*, note 12.

155. *Ibid.*, at para. 59.

156. *Ibid.*, at para. 82.

157. I have previously examined the Court's approach to federalism: J. LECLAIR, “Impoverishment of The Law by The Law: A Critique of The Attorney General's Vision of The Rule of Law and The Federal Principle”, (1998) 10 Const. Forum Const. 1.

158. *Ward v. Canada (Attorney General)* (1999), 182 D.L.R. (4th) 172 (Nfld. C.A.).

159. *Ibid.*, at para. 15.

THE STATES AND MOODS OF FEDERALISM

provinces, it obviously does not impact equally on all of them. To a landlocked province, for example, that power's seacoast component would obviously have no direct import. On the other hand, to the tenth province, its impact has been profound since its whole economic, social and cultural being is linked to the sea and its resources. Thus, any legislative measure whose true nature and character is aimed at conservation of any aspect of the offshore fishery is not only within the competence of the federal government, but is critical to the immediate and long term interests of this Province.¹⁶⁰

Justice Marshall eventually found the challenged federal provision *ultra vires*. The Supreme Court of Canada overruled his decision without mentioning his powerful and careful reasoning, stating flatly that the prohibition was enacted "to preserve the economic viability of not only the seal fishery, but the Canadian fisheries in general"¹⁶¹ and that such purpose could be pursued by Parliament. Justice Marshall might have been wrong, but his opinion deserved attention. The Court is duty bound to develop a vision of federalism that embraces both the virtues of uniformity and those of diversity.

A different type of problem arose in the *Kitkatla* case, where British Columbia's *Heritage Conservation Act*¹⁶² was found *intra vires* even though it specifically referred to aboriginal artefacts. That case was concerned with whether provincial legislation on the protection of cultural heritage property could apply to culturally modified trees (CMTs). The Court had to decide whether a provincial statute, which referred explicitly to Aboriginal peoples, could survive a constitutional challenge. Justice LeBel, speaking for a unanimous Court, first emphasized that "culture" had a double aspect and that "[c]onsequently, particular cultural issues must be analyzed in their context, in relation to the relevant sources of legislative powers."¹⁶³ The statute was found to be *intra vires* the province, because it did not single out Aboriginal people for more severe treatment. It was essentially concerned with "the use and protection of property in the province,"¹⁶⁴ and it "struck an appropriate balance between native and non-native interests,"¹⁶⁵ "between the need to preserve the past while also allowing the exploitation of natural resources today."¹⁶⁶ As noted above, the Court's approach was not entirely formal, because its foundation was the recognition of the dual nature of native culture.

Nevertheless, having concluded that the complainants had not submitted compelling evidence to back up their claim that there was a relationship between the CMTs and Kitkatla culture, the Court avoided the task of reconcil-

160. *Ibid.*, at para. 17.

161. *Ward*, *supra*, note 50 at para. 24.

162. R.S.B.C. 1996, c. 187

163. *Kitkatla*, *supra*, note 19 at para. 51.

164. *Ibid.*

165. *Ibid.*, at para. 62.

166. *Ibid.*, at para. 65.

ing its aboriginal rights case law with its approach to federalism issues.¹⁶⁷ The “particular weaknesses”¹⁶⁸ of the factual context also led the Court to hold that the complainants had failed to establish that the challenged statute affected their “indianness.”¹⁶⁹ As a result, they could not successfully invoke the interjurisdictional immunity doctrine to shield themselves from the application of the provincial legislation. Thus the Court concluded as follows:

Heritage properties and sites may certainly, in some cases, turn out to be a key part of the collective identity of people. In some future case, it might very well happen that some component of the cultural heritage of a First Nation would go to the core of its identity in such a way that it would affect the federal power over native affairs and the applicability of provincial legislation.¹⁷⁰

What is problematic in this case is the fact that Aboriginals are treated as mere “matters” over which provinces and the central government can legislate. The fundamental premise that underlies the recognition of special constitutional rights for the Aboriginal peoples of Canada—that is, the recognition of their existence as autonomous political entities—was nowhere to be seen in *Kitkatla*. Not only were Aboriginal peoples relegated to the status of “legislative matters,” but they also bore the responsibility of protecting Ottawa’s exclusive jurisdiction against provincial encroachment. In *Kitkatla*, the Attorney General for Canada intervened in support of British Columbia.¹⁷¹ The complainants themselves had to establish that the challenged statute affected their “indianness.” Federalism issues concerning Aboriginals were thus addressed as issues of fact and not as issues requiring the reconciliation of clashing sovereignties. The end result in *Kitkatla* might be reasonable, but the reasoning failed to take into account the important changes consequent upon the 1982 entrenchment of the rights of Aboriginal peoples.¹⁷²

CONCLUSION

There is no perfect model of federalism. Nevertheless, the Supreme Court is duty bound to address both the centripetal and centrifugal virtues of federalism. Only then will it be able to maximize the benefits of our federal system. For a start, better account should be taken of the historical embeddedness of Canadian federalism, of Canada’s regional diversity, and of the constitutional

167. *Ibid.*, at paras. 70, 48-50. In so doing, the Court also underlined that s. 8 of the challenged statute specifically mentioned that the Act did not apply to any aboriginal heritage object or site which was the subject of an established aboriginal right or title (at para. 71).

168. *Ibid.*, at para. 50.

169. *Ibid.*, at para. 75.

170. *Ibid.*, at para. 78.

171. *Kitkatla*, *supra*, note 19 at paras. 72-73.

172. For a more normative approach to federalism issues concerning aboriginal rights, see J. LECLAIR, “Aboriginal Rights as Seen Through the Prism of Federalism”, December 2002 [unpublished, on file with the author].

recognition of the collective rights of its Aboriginal peoples. This might not lead to definitive answers, but at least the discussion would be about values, about our differing understandings of community, and not just about abstract concepts. Taking serious account of those values might be a way of cultivating the trust of the various communities that make up our national polity. Listening is a form of recognition, albeit a small one, and at the very least, their voices would be heard. Such an approach might dissuade them from choosing more radical means of asserting their difference. It might even lead the Court to recognize the need for a limited form of asymmetry. Finally, the virtues of efficiency should not be overstated. In Friedman's words, "[i]t seems odd to test a system designed to some extent to defeat efficiency solely against efficiency's metric."¹⁷³

The task of developing a structured and normative understanding of the role of provinces—and Aboriginal nations—in our constitutional system is a daunting one. However, if the courts fail in that task, federalism will be in peril, and most significantly, the values that it promotes will be jeopardized.¹⁷⁴

173. FRIEDMAN, *supra*, note 7 at 388.

174. For a much more enthusiastic assessment of the Court as umpire of Canadian federalism, see A.W. MacKAY, "The Supreme Court of Canada and Federalism: Does/Should Anyone Care Anymore?", (2001) 80 Can. Bar Rev. 241.

Chapter 14

Cartographers of the New Constitutional Settlement: The United Kingdom's Top Courts and Devolution*

Richard CORNES**

Abstract

This paper considers the role of the Appellate Committee of the House of Lords and the Judicial Committee of the Privy Council (“the top courts”) in charting the evolution of the British Constitution in the face of the dynamics released by the Human Rights Act 1998, and the devolution statutes of the same year. In the Human Rights Act 1998, Parliament has invited the judges into areas of decision-making in which previously Parliament’s voice had been, if not the only one, certainly the dominant one.

The devolution statutes establish new democratic institutions in Scotland, Wales, and (when operating) in Northern Ireland which will also necessarily

Résumé

Ce texte étudie le rôle du Comité d’appel de la Chambre des Lords et du Comité judiciaire du Conseil privé (les « hautes cours ») en dressant un portrait de l’évolution de la Constitution britannique au regard des dynamiques créées par la Human Rights Act 1998, et par les lois de dévolution de la même année. En adoptant la Human Rights Act 1998, le Parlement a invité les juges à s’immiscer dans des sphères de décisions où la voix du Parlement avait auparavant été, si ce n’est la seule, la voix dominante.

Les lois de dévolution ont créé quant à elles de nouvelles institutions démocratiques en Écosse, au Pays de Galles et (quand elles seront fonctionnelles) en

* This chapter develops a paper entitled “Devolution and the role of the Law Lords” delivered at the McGill International Colloquium on Federalism, Montreal, November 8-10 2002. The chapter also draws upon an analysis of devolution and plans for the introduction of regional assemblies in the English regions, in R. CORNES, “Devolution and England—What Is on Offer?” in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, eds., *The Multi-Layered Constitution* (Oxford: Hart, 2003).

** Lecturer in Public Law, School of Law, University of Essex, Barrister and Solicitor of the High Court of New Zealand.

challenge Westminster's traditional hegemony over legislative policy-making. Already the top courts have been asked to decide cases which raise fundamental questions about the nature of the devolved institutions, and the manner in which the European Convention on Human Rights should be implemented in the three legal systems which constitute the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

The chapter sets out a tentative view (given the limited number of cases decided so far) that the top courts are developing two complementary themes which will underpin the new constitutional settlement, and potentially provide the framework for a new balance between Westminster and the devolved institutions: first the Union theme, arising from the Privy Council's devolution jurisdiction which may allow it to assure the uniform application of European Convention rights around the United Kingdom, thus laying the basis for a common civic identity for the Union; and second, a devolution theme, arising from the Law Lords observations about the constitutional status of the devolution Acts.

Irlande du Nord, institutions qui sont nécessairement appelées à remettre en cause l'hégémonie traditionnelle qu'avait Westminster dans le processus de création des politiques publiques. Déjà, les hautes cours ont été sollicitées afin de trancher des affaires qui posent des questions fondamentales sur la nature de ces institutions, et à propos de la manière dont devrait être mise en œuvre la Convention européenne des droits de l'homme dans les trois systèmes juridiques que sont le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

Ce texte trace les grandes lignes (étant donné le peu de décisions rendues jusqu'à présent dans ces domaines) du développement par les cours de deux thèmes complémentaires qui sous-tendent désormais le règlement des litiges d'ordre constitutionnel, et qui pourraient potentiellement servir de base à un nouvel équilibre entre Westminster et les institutions déléguées : premièrement le thème de l'Union, résultat de la compétence du Conseil privé en matière de dévolution qui permet une application uniforme des droits prévus à la Convention européenne au Royaume-Uni, ce qui pourrait former la base d'une identité civique commune au sein de l'Union ; deuxièmement, le thème de la délégation, qui naît des commentaires des « Law Lords » à propos du statut constitutionnel des lois de dévolution.

INTRODUCTION

Canadians will recall the role the Privy Council, led by London-based Law Lords such as Walker, Haldane, Sankey, and Aitkin, played in the early days of their federation.¹ Australians, when they came to frame their constitution, looking to the Canadian experience with the Judicial Committee, and understanding the importance of the judicial arm in shaping a new constitutional order, did all they could to make their own institution, the High Court

1. See e.g. the discussion in L. ZINES, *Constitutional Change in the Commonwealth* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) at 75-113.

of Australia, the final authority on questions involving the Australian Constitution; and that Court has played a central, and at times, controversial role in the shaping of the Australian federation.² Both countries have in common the lesson from their history that the drafting of the constitutional provisions is only the beginning of the constitution-making process, and that once the constitution comes into effect, one of the institutions that will play a significant role in developing the system is the court of final appeal.

Now the United Kingdom is experimenting with devolution of power to new elected bodies in Scotland, Wales, at times Northern Ireland, and possibly in time the English regions; and, like in Canada and Australia, the UK's top courts (the Appellate Committee of the House of Lords and the Judicial Committee of the Privy Council) will play a role in working out how this new territorial division of power will operate in practice.³ Thus far however, in comparison to federal systems where the important cases in which the courts have played a role in influencing the federal settlement have tended to be ones concerning conflict of competencies, it seems on the early evidence that the UK top courts' most significant role in influencing the development of the devolution settlement will be in devolution cases involving human rights questions.⁴

2. The story of the Australian framers' negotiations with the Imperial government in London, and subsequent steps in the first decade of the operation of the High Court, to give it the pre-eminent role in constitutional (though not general common law) matters is discussed in D. SOLOMON, *The Political High Court* (Sydney: Allen & Unwin, 1999) at 22-23 and 165-180.
3. Since the chapter was drafted reforms were announced to the structure and operation of the top courts. On July 13, 2003, the newly established Department for Constitutional Affairs published a consultation paper entitled, *Constitutional Reform: A Supreme Court for the United Kingdom* (London: Department of Constitutional Affairs, 2003). This paper sets out the Government's proposals to remove the Lords of Appeal in Ordinary from the House of Lords and establish a stand-alone Supreme Court of the United Kingdom. The new court may also take on the devolution issue jurisdiction of the Privy Council. If the court has the same jurisdiction as the current top courts then the underlying thesis of this chapter still applies: i.e., that that court will have a central role to play in charting the country's constitutional destiny. If the new court has any less jurisdiction (there have been calls in Scotland to reduce the range of cases coming to London) then that contention would need to be reconsidered. For reasons of lack of time and space this issue cannot be taken further here. For two Scottish perspectives, see: A. O'NEILL, "The Judging of Democracy: The Devolutionary Settlement and the Scottish Constitution", c. 2 in A. Le SUEUR, ed., *Building the UK's New Supreme Court: National and Comparative Perspectives* (Oxford and New York, Oxford University Press, 2004); and J. CHALMERS "Scottish Appeals and the Proposed Supreme Court", (2004) 8:1 *Edinburgh L. Rev.* 4.)
4. To date, the intergovernmental arrangements put in place seem to have kept conflicts between the UK governments away from the courts: see generally R. CORNES, "Intergovernmental Relations in a Devolved United Kingdom: Making Devolution Work" in R. HAZELL, ed., *Constitutional Futures: A History of the Next Ten Years* (Oxford: Oxford University Press, 1999); R. RAWLINGS, "Concordats of the Constitution" (2000) 116 *Law Q. Rev.* 257; and for a recent analysis, J. POIRIER, "The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective" [2001] 505 *P.L.* 134. On the role of a top court, rights jurisprudence and federalism see R.F. NAGEL, *The Implosion of American Federalism* (Oxford: Oxford University Press, 2002), in which he presents a trenchant critique of the "nationalisation" of rights in the USA, with, in his analysis, a corrosion of the federal principle as social policy is centralised via US Supreme Court decisions.

So far the top courts have heard and decided only 13 devolution cases;⁵ the extent to which we can draw firm conclusions about their approach to the devolution settlement is necessarily limited. The thesis I am about to put forward is, therefore, a tentative one. That caveat aside, I think we can discern at least the beginnings of two important themes. These two themes, which complement each other, have the potential to be the foundation stones of a new constitutional settlement in the United Kingdom.

First is the “Union theme.” This entails the creation of a new basis for the Union between Scotland, Wales, England and, until it votes to rejoin the Republic, Northern Ireland. This theme is concerned with countering the potentially centrifugal tendencies of the devolution process.⁶ The top courts’ role in respect to this theme arises because of the Judicial Committee’s new “devolution issue” jurisdiction (which will be discussed in Part B below), and the Committee’s wide approach to the term “devolution issue” in the devolution Acts.⁷ This new jurisdiction, because of its reach into Scottish criminal cases, provides the top courts with the opportunity to create a uniform UK human rights jurisprudence; and this jurisprudence I suggest has the potential to be the anchor of a new civic identity for the Union, giving the Union a character with which all people within the UK can identify. In this respect, the top courts role with regards to devolution resembles that of Pierre Trudeau’s Charter strategy; although it should be stressed that whereas in Canada the strategy was explicit, it is far from clear that anyone expected the Law Lords devolution issue jurisdiction to have this potential.

Balancing the Union theme in the early cases is the “devolution theme.” This theme is about affirming the constitutional status of the devolution Acts.

-
5. “Devolution cases” refers to all cases arising from one of the devolution Acts (the *Scotland, Government of Wales, and Northern Ireland Acts*, all of 1998). Within this all encompassing class, there is a smaller group of cases which raise “devolution issues”—a term defined in all three of the Acts. The Judicial Committee of the Privy Council has a new role as the court of final appeal in relation to devolution issues; the Appellate Committee of the House of Lords remains the final court of appeal for all other devolution cases. The significance of the “devolution issue” jurisdiction is dealt with greater detail in Part B below. The devolution cases are listed below at nn. 47, 48, and 61.
 6. This is not the place for a wider discussion of the Union or the potential desirability of more radical reform—e.g., with the constituent nations becoming loosely associated, independent nations within what MacCormick calls the “European Commonwealth,” linked perhaps by arrangements similar to those linking the Nordic Council countries. For the purposes of this chapter, I assume for the moment the ongoing existence of the Union as it is reformed by the 1997 devolution settlement. See N. MacCORMICK, *Questioning Sovereignty—Law, State and Nation in the European Commonwealth* (Oxford: Oxford University Press, 1999); R. CORNES, “Devolution and England—What is on offer?” in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, eds., *The Multi-Layered Constitution* (Oxford: Hart, 2003); M. KEATING, *Plurinational Democracy—Stateless Nations in Post-Sovereignty Era* (Oxford: Oxford University Press, 2001); and A.G. GAGNON and J. TULLY, eds., *Multinational Democracies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).
 7. The term “devolution Acts” refers to the *Scotland Act 1998, Government of Wales Act 1998, and Northern Ireland Act 1998*.

At the heart of this theme is the possibility that the constitutional status of the top courts, according to these Acts, will provide the basis for an argument in due course that not only political, but also legal, sovereignty has been transferred to the devolved institutions (see Part C below). These two themes, or foundation stones, not only affirm the new order as it stands today, but have the potential to spur further development; securing a new model of Union between Scotland, Wales, England and Northern Ireland in which the devolved institutions eventually become acknowledged sovereign partners with Westminster. The extent to, and direction in which, these themes evolve is, for the moment at least, largely in the hands of the top courts.

The chapter's argument will proceed as follows. Part A provides a brief history of the Union prior to 1997. Part B contains a discussion of the Union theme. It starts with a review of the institutional history of devolution since 1997. It then moves on to discuss the argument that devolution is an example of the growth of territorial identity politics within the United Kingdom. The final two sections in Part B explain how the Judicial Committee has come to have a role in setting out a framework for a Union identity, based on a set of common civic principles which are applied by the Judicial Committee on a uniform basis throughout the United Kingdom's three constituent legal systems (England & Wales, Scotland and Northern Ireland).

Part C then turns to the devolution theme. Whereas the Union theme is about the top courts' role in strengthening the Union, the devolution theme arises from the cases in which the Law Lords have said things which confirm the constitutional position of the devolution Acts. While it is also early days in relation to these cases, and there is still the potential for divergence, it will be argued that the Law Lords are likely over time, as a result of comments, such as those in *Re Northern Ireland Human Rights Commission* and *Robinson v. Secretary for Northern Ireland*, about the constitutional status of the devolution Acts, to provide the basis for an argument that in the new Union, Westminster is no longer supreme, but rather shares power with the new legislatures.⁸

A. THE UNION BEFORE 1997

The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland is a state formed by accretion, and loss, over time of a number of different elements.⁹

8. *Re Northern Ireland Human Rights Commission*, [2002] H.R.L.R. 35 (H.L.); *Robinson v. Secretary of State for Northern Ireland*, [2002] UKHL 32 [*Robinson*].

9. For the following discussion, I rely on O. HOOD PHILLIPS and P. JACKSON, *Constitutional and Administrative Law* (London: Sweet & Maxwell, 2001) at paras. 2-002 to 2-005; S. de SMITH and R. BRAZIER, *Constitutional and Administrative Law* (London: Penguin, 1998) c. 3; Vernon BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom* (Oxford: Oxford University Press, 1999) c. 1; and C. ASHTON and V. FINCH, *Constitutional Law in Scotland* (Sweet & Maxwell: Edinburgh, 2000).

It has existed in its current form (i.e., before devolution, and not considering the days of Empire) as a union of England, Scotland, Wales and Northern Ireland since 1922 when the southern counties of Ireland left to form, eventually, the Republic of Ireland in 1949. Of its remaining constituents, England and Wales are the oldest partners, Wales being incorporated (in effect annexed) into the Kingdom of England by the *Statutum Walliae* in 1284. In 1542, the *Laws in Wales Act* unified the legal systems of the two nations, and in 1830 the judicial systems were unified; thus, Wales is a part of the combined jurisdiction of England & Wales.¹⁰

The union of Scotland with England and Wales came next. James VI of Scotland acceded to the English throne on the death of Elizabeth I in 1603, thus achieving a personal union of the Crowns. True union was not effected though until the negotiation, by Commissioners appointed by the Scottish and English Parliaments respectively, of the *Treaty of Union* in 1707; subsequently given effect to by *Acts of Union* passed by the Scottish and English Parliaments respectively. Unlike in respect of Wales, the Treaty had the effect of preserving a separate legal system in Scotland. It was subsequently decided that appeals in civil matters from Scotland could go to the Appellate Committee of the House of Lords. In recognition of the Appellate Committee's Scottish role, a constitutional convention has developed that, now, two of the twelve Lords of Appeal in Ordinary should come from Scotland; and when the top courts hear Scottish cases, it is usual for one or both the Scottish Law Lords to take part.¹¹ As we will see in Parts B, 3 and 4 below, until the *Scotland Act 1998*, all criminal matters used to end at the High Court of Justiciary, the Scottish criminal appeal court, thus allowing Scottish criminal law to develop entirely separately from the criminal law of the other two UK legal systems (England & Wales, and Northern Ireland), both of which use the Appellate Committee of the House of Lords as their final court of appeal in all matters.

Finally, we turn to Ireland. For hundreds of years, it was a subordinate Kingdom of the English (subsequently British) Crown. Formal union was effected by the *Union with Ireland Act 1800*, which established the state of Great Britain and Ireland. The union was like that with Scotland in its terms, but not in the way it was brought about. Whereas Scotland and England had negotiated their joining, the Acts passed by the Irish and Great British Parliaments in 1800 were passed as a result of instructions from the Crown. In 1922, all but six northern counties formed the Irish Free State (with dominion status comparable

10. For historical material on courts in Wales, see W.R. WILLIAMS, *The History of the Great Sessions in Wales 1542-1830* (Brencock: 1899).

11. The twelve salaried Law Lords, technically "Lords of Appeal in Ordinary," are the permanent judges of the United Kingdom's top courts. A number of other persons with judicial qualifications are also qualified to sit on an *ad hoc* basis. On membership of the Judicial Committee, see Part B, 3 below.

to that enjoyed by, e.g., New Zealand and Canada) pursuant to the *Irish Free State (Agreement) Act of 1922*. Between 1920 and 1972, the six northern counties (i.e. Northern Ireland) governed themselves within the Union with their own Parliament (and executive) at Stormont and their own legal system. As with Scotland, a convention has now developed that at least one of the 12 Law Lords should come from Northern Ireland. In 1972, self-rule was suspended in the North by the *Northern Ireland (Temporary Provisions) Act*; the *Belfast Agreement* and *Northern Ireland Act of 1998*, and the institutions established under them (discussed in the next Part), are of course the latest attempt to return government to Northern Ireland and to achieve peace.

Before moving on to the substance of the argument, a comment needs to be made about two key characteristics of the nature of the Union prior to 1997, which are relevant to the two themes outlined in the introduction. First is the sovereignty (or supremacy) of the Westminster Parliament. At its strongest, the Diceyan notion of sovereignty holds that Westminster is not bound even by the terms of the *Treaty of Union*.¹² The second feature is the natural dominance of England, the population of which makes up approximately 85 % of the Union. The size of England within the Union has led to, among other things, a tendency for the identity of the Union to be conflated with the identity of England, to the continual annoyance of the Scots and Welsh in particular—the dynamic is obviously different in Northern Ireland. As Bernard Crick notes in discussing English identity, “the English are now very prone to mistake patriotism for a strong nationalism and to forget that the United Kingdom is a multi-national state.”¹³ This has left little or no opportunity to develop a distinct and separate concept of a Union identity, in either political or legal terms. There is in the UK no strongly developed notion of a “Union jurisdiction” in the sense that there is of a federal jurisdiction in, for example, Canada or Australia.

The devolution process, and the two themes noted in the introduction, has significant implications for both these facets of the pre-1997 Union. The devolution theme, discussed in Part C, has the potential to lead over time to a transfer of both political and legal sovereignty to the new devolved institutions, thus ending Westminster’s historic hegemony. Meanwhile the Union theme, to which we turn next, has the potential to build a separate civic identity for the Union.

12. See *infra* note 64 for the argument put forward by a Scottish constitutional lawyer’s perspective that Westminster is in fact bound by the terms of what is, after all, its founding document.

13. B. CRICK, “The English and the British” in B. CRICK, ed., *National Identities—The Constitution of the United Kingdom* (Oxford: Blackwell, 1991) at 90, 96. See also K. KUMAR, *The Making of English National Identity* (Cambridge (UK) and New York: Cambridge University Press: 2003).

**B. THE “UNION THEME”—BUILDING A NEW UNION IDENTITY
BASED ON CIVIC PRINCIPLES AS A COUNTERWEIGHT
TO DEVOLUTION**

1. A Brief Survey of the New Institutions

In September 1997 (within five months of the 1997 general election), referendums were held on the Labour government’s proposals for devolved government in Scotland and Wales.¹⁴ Both countries voted for devolution (and, in Scotland, a minor tax varying power), though in Wales the majority was slight, a meagre 1%. The following year, the *Scotland, Government of Wales, and Northern Ireland Acts* were all passed; all are ordinary Acts (there are in fact no other sort) of the Westminster Parliament. Northern Ireland was then the first to elect its new legislature with polls held on June 25, 1998.¹⁵ On May 6, 1999 Scotland and Wales followed; with elections to the first Scottish Parliament in 300 years,¹⁶ and the first elected national assembly for Wales ever.¹⁷

Of the three devolved institutions so far established, the new Scottish Parliament has the greatest degree of power. The *Scotland Act 1998* grants the new Parliament the power to pass what it calls “Acts of the Scottish Parliament,” i.e., terminology which suggests that, in some way the instruments are to be viewed as “primary.”¹⁸ A similar general grant of power is also made to the Scottish Executive.¹⁹ Both general grants are then subject to specific restrictions.²⁰ The restrictions are the classic set of functions retained in federal systems, e.g., foreign affairs and defence. These “big ticket” exclusions are supplemented by a very detailed set of more specific exceptions—it is in relation to these that Craig and Walters raised an early alarm about the potential for conflict over the boundaries of the Parliament’s powers.²¹

14. Outlined in two earlier white papers: *Scotland’s Parliament* Cm. 3658 (1997); and *A Voice for Wales* Cm. 3719 (1997).

15. As a result of the *Belfast Agreement* (also referred to as the “Good Friday Agreement”) of Easter 1998; see *The Agreement reached in the multi-party negotiations* Cm. 4292 (1998).

16. The Parliament has 129 members elected on a proportional electoral system. The Executive is led by a First Minister who is elected by the Parliament, appointed by the Queen, and who in turn nominates other Ministers for endorsement by the Parliament prior to being appointed by the Queen.

17. The Assembly has 60 members elected on a proportional electoral system. Those 60 elect one of their number as First Secretary; the First Secretary then appoints up to 8 other Assembly Secretaries and to them is delegated power by the Assembly. The *Government of Wales Act* used the term “Secretaries.” However, in perhaps an early example of the “ratchet up” effect of devolution, the term First Minister and Minister is now being used in Wales, mirroring the terminology in Scotland and Northern Ireland. There has been no amendment to the Act to reflect the changed usage.

18. *Scotland Act 1998* (U.K.), 1998, c. 46, s. 28 [*Scotland Act*].

19. *Ibid.*, s. 53.

20. See N. BURROWS, *Devolution* (London: Sweet & Maxwell, 2000) at 65-68.

21. P. CRAIG and M. WALTERS, “The Courts, Devolution, and Judicial Review” [1999] P.L. 274. To date, no such disputes have arisen.

The *Northern Ireland Act 1998* creates a legislative body along the lines of the Scottish Parliament with general legislative authority, subject to certain reservations.²² The 108-member Assembly is elected on a proportional basis. The most intriguing feature of the Northern Ireland scheme is the form of the Executive. It is a forced coalition, with the executive departments being distributed between the Assembly parties based on the number of seats held in the Assembly. Furthermore, the First and Deputy First Ministers are in effect equal in authority; they must stand as joint candidates, and in order for their election to be effective, must gain the majority support of both the identified nationalist, as well as unionist, members of the Assembly.²³ Currently, the First Minister is drawn from the moderate unionist party and the Deputy from the moderate nationalist party.²⁴ The entire scheme requires equal power-sharing at all levels. It is well-known that the devolution process in Northern Ireland has regularly been thrown into turmoil by difficulties in the peace process, an issue which will not be addressed here.

The devolution settlement in Wales is extraordinarily complex.²⁵ It is also significantly less generous than the Scottish and Northern Irish schemes. Unlike Scotland, Wales does not enjoy a general delegation of legislative power subject only to specific exceptions. The Assembly has been delegated executive decision making authority in specific subject areas—there are no “Acts of the Welsh Assembly.” Powers previously exercised by the Secretary of State for Wales under a range of statutes are now exercised by the Assembly. Where Scotland has general power, the Assembly has power only in those specific areas delegated to it by Westminster statutes, past and future. The initial transfer of powers was accomplished by the *Wales (Transfer of Functions) Order 1999* (UK), a huge and detailed document. A significant weakness of the Welsh scheme, and one likely to lead to tension, is the Assembly’s lack of general primary legislative authority. If it wants to act in a novel area, it has to persuade Westminster to pass a statute empowering it.²⁶

22. *Northern Ireland Act 1998*, 1998, c. 47, s. 5. See also B. HADFIELD, “The Nature of Devolution in Scotland and Northern Ireland—Key Issues of Responsibility and Control” (1999) 3 Ed. L. Rev. 3.

23. The election process for the First and Deputy First Ministers (FM/DFM) was the subject of dispute in *Robinson v. Secretary of State for Northern Ireland*, *supra*, note 8, discussed in text accompanying note 78, *infra*, in Part C, 4, below.

24. At the time of writing (Oct., 2003), the devolved government in Northern Ireland was again in suspension as a result of difficulties in the peace process. Elections were to be held in November 2003.

25. The Law Society, making submissions to the National Assembly’s operational review in 2001, made the startling comment that it was becoming increasingly difficult for lawyers to provide advice to clients as to exactly what the Assembly’s powers are. For the full report of the operational review, see online: <www.wales.gov.uk/subiassemblybusiness/procedures/assemblyreview.htm>. For discussion of the Welsh scheme, see R. RAWLINGS, “The New Model Wales” (1998) 25 J.L. and Soc’y 461.

26. Something which the Assembly has so far not had much luck in achieving. In 2001, the Assembly passed a resolution seeking four bills in the coming Westminster session: power to improve collaborative working, and responsibility in the National Health Service in Wales;

Although devolution does not re-establish a separate legal system in Wales, it seems likely that over time a distinct set of Welsh legal principles should develop, and that the law in Wales will gradually diverge from the law in England, at least in areas of devolved competence, not least because the Assembly operates bilingually, with all instruments drafted simultaneously in Welsh and English, and both texts being equally authoritative. If the National Assembly were to gain primary legislative power the process of divergence would be accelerated.²⁷ Lord Bingham, on being appointed Chief Justice showed his sensitivity to the new arrangements by being the first Chief Justice to make the point that he was Chief Justice of England *and* Wales.²⁸ Since devolution, the *Wales Law Journal* has been launched, joining the established *Cambrian Law Review*; and in addition to establishing a registry for the Administrative Court in Cardiff there have also been calls for a Welsh division of the High Court.²⁹ An argument is likely to be made in the context of establishing a United Kingdom Supreme Court that the new court should have a judge with a background in “legal Wales” just as the current top courts include two Law Lords from Scotland and one from Northern Ireland.

2. Devolution, the Growth of Identity Politics in the UK and the Unaddressed Question of a Union Identity

Thus far, the essence of the devolution programme has been the transfer of power from Westminster to governing institutions responsible for distinct territories within the United Kingdom. Those territories have been the historic nations of Scotland and Wales, and the province of Northern Ireland. In 1998, De Smith and Brazier, presumably writing prior to the Belfast Agreement of that year, spoke of devolution with specific reference only to Scotland and Wales.³⁰ Likewise, Eric Barendt in his *Introduction to Constitutional Law* implicitly contrasts devolved power, the power transferred to local

providing greater cohesion in the education, training, and careers systems in Wales; giving the Assembly authority to approve census forms for use in Wales; and making St. David's Day a holiday in Wales. See U.K., N.A.W., *Official Record* (13 March 2001). In the event, only one of the Assembly's wishes were included in the Queen's Speech (concerning the NHS in Wales), and even that was subsequently subsumed in an English NHS bill.

27. For discussion of reform of the National Assembly see the work of the Richard Commission online: <www.richardcommission.gov.uk> (last visited 5 Sept. 2003). The Richard Commission, due to report in 2004, is considering, among other things, whether the Assembly should have competencies and powers more like those of the Scottish Parliament.
28. See The Hon. Mr. Justice Thomas, “Legal Wales: Its Modern Origins and its Role after Devolution” in T. WATKIN, ed., *Legal Wales: Its past, Its Future* (Cardiff: The Welsh Legal History Society, 2001) at 113, 165.
29. Lord Carlisle of Berriew QC, “The Evolution of Devolution” (2002) 2 *Wales L.J.* 86, 91. See also: R. RAWLINGS, “Quasi-legislative Devolution: Power and Principles” (2001) 52 *Northern Ireland Law Quarterly* 54, and his 2002 O'Donnell Lecture, “Towards a Parliament: 3 Faces of the National Assembly for Wales”.
30. S. de SMITH and R. BRAZIER, *Constitutional and Administrative Law*, 8th ed. (London: Penguin, 1998) at 63.

government, and federalism.³¹ Bogdanor notes that “the setting-up of the Scottish Parliament and the Welsh Assembly ... imply that the United Kingdom is becoming a *union of nations*, each with its own identity and institutions ...”³² In 2002, Bradley and Ewing wrote that “[i]n the United Kingdom, devolution has come to mean the vesting of legislative and executive powers in elected bodies in *Scotland, Wales and Northern Ireland*.”³³ Hood Phillips and Jackson simply define devolution as the “delegation of central government powers” without specifying to what entity those powers are delegated; though in subsequent discussion, they deal only with Scotland, Wales, Northern Ireland and note that the *Regional Development Agencies Act of 1998* (which established eight regionally based appointed executive agencies in the English regions) could be viewed as a “first step towards regional devolution in England.”³⁴ The Scottish constitutional lawyer, Professor Noreen Burrows, in her book *Devolution*, states:

Devolution is the recognition in law of the national identities and national boundaries that exist inside the nation state that happens to be called the United Kingdom, but which could easily fall into a definition of a union kingdom.³⁵

In a footnote shortly after this quote, Burrows notes the following:

The creation of a mayor and Assembly in London does not fall into the definition of devolution used in this book. It is however another element in the process of decentralisation and modernisation.³⁶

Similarly, Hood Phillips and Jackson deal with the new institutions in London in their chapter on local government. In contrast, Hilaire Barnett opens her discussion of regional and local government observing that, “historically, the oldest form of devolved power has been to local government”; however she then goes on to discuss devolution to Scotland, Wales and Northern Ireland as distinct from the organisation of local government.³⁷ Finally, MacCormick notes that devolution is an example of the “politics of identity.”³⁸

31. See E. BARENDT, *An Introduction to Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 1998) c. 3.

32. BOGDANOR, *supra*, note 9 at 287.

33. A.W. BRADLEY and K.D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 13th ed. (Harlow: Longman, 2003) at 42 [emphasis added].

34. See HOOD PHILLIPS and JACKSON, *supra*, note 9 at 83, 105.

35. *Supra*, note 20 at 189 [emphasis added].

36. *Ibid.* at Burrows’ own note 5.

37. H. BARNETT, *Britain Unwrapped—Government and Constitution Explained* (London: Penguin, 2002) at 216-263.

38. See MacCORMICK, *supra*, note 6 (who argues “there is a new diffusion of power [within the United Kingdom] that answers to the growth, all over the world, of what can justly be called the politics of identity” at 193); and B. HADFIELD, “The United Kingdom as a Territorial State” in V. BOGDANOR, ed., *The British Constitution in the Twentieth Century* (Oxford University Press for the British Academy: 2003).

There remain two components of the pre-1997 Union which have yet to be addressed directly, though both are directly affected by devolution. The first is England, while the second is the nature and future of the Union itself. There is not sufficient space to go into the current plans for England here, so I will be brief.³⁹ If devolution were about the transfer of power to the constituent *national* units of the United Kingdom, then the next national unit to receive a Parliament of its own would be England. However, apart from a few romantics in the Campaign for an English Parliament (and William Hague, the former leader of the Conservative Party), no one would seriously contemplate such a move. England, with a Parliament of its own, would inevitably destabilise the Union (which on one view has always been about masking England's natural dominance). What the government has proposed in its white paper on devolution to England, *Your Region Your Choice: Revitalising the English Regions*, is a break from the "national identity criterion" in favour of a series of regionally based "assemblies" in England.⁴⁰ The proposals are at least consistent with the principle that devolution is about recognition of territorially based identities and may also be consonant with the attitudes of most people within England. A recent poll for the BBC revealed that more people identified with their local community, or region (36%), than England (with which 27% identified), Britain (with which 22% identified), or Europe/the world, what the BBC termed "cosmopolitan" (which attracted just 13%).⁴¹

However, regardless of what happens to England, there remains the question of the Union: what is it after all this reform? What will all this territorial identity politics mean for the Union? What is left for an identity for the Union? The top courts' role in the devolution settlement places them in a position to frame the answers to these questions. Canadians, whether they be Canadian federalists or Quebec sovereigntists, will be familiar with the notion of using civic principles as a means of building and securing a national identity. Pierre Trudeau launched the Charter on Canadian society at least as much to undercut the perceived ethnic exclusiveness of Quebec's national identity as to better protect the individual liberties of all Canadians. While in recent years, Quebec itself has used "civic" mechanisms in order to try to build a national identity that is inclusive in the civic sense, rather than exclusive in the ethnic sense.⁴²

39. For further detail, see R. CORNES, "Devolution and England—What Is on Offer?" in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, eds., *The Multi-Layered Constitution* (Oxford: Hart, 2003).

40. *Your Region Your Choice: Revitalising the English Regions* Cm. 5511 (2002). The white paper was followed by passage of the *Regional Assemblies (Preparations) Act 2003*. On June 16, 2003 the Government announced that referenda on establishing regional assemblies in three northern English regions would be held in late 2004. See "Prescott go-ahead to devolve regions", *Guardian*, June 16, 2003.

41. "English want regional assemblies", *BBC News* (21 March 2002) online: BBC News <http://news.bbc.co.uk/1/hi/english/uk_politics/newsid_1883000/1883944.stm>. Though as I argue in "Devolution and England—What Is on Offer", *supra*, note 40, other aspects of the white paper mean that what is being offered the English regions does not amount to devolution, but merely decentralisation, or local government on a grand scale.

42. On the wisdom of the Québec government's approach, see Leigh OAKES, "French—a language for everyone in Québec?" (2004) 10 *Nations and Nationalism* 539.

In the next section, I argue that the Law Lords' devolution issue jurisprudence—especially their new ability to unify the application of the European Convention on Human Rights in criminal cases across the United Kingdom—has the potential to open up a new space for a Union identity, building a Union based on civic values to counter-balance the territorial identity logic of the devolution process;⁴³ a “UK Charter strategy” in which the Union will be not one simply of nations, but of nations, regions and people bound together by adherence to a common set of civic principles. My argument proceeds in two parts. First, in 3, I explain the institutional background and how it is that the Judicial Committee, with Scottish judges figuring prominently, has come to have this new Union wide role. Then in 4, I discuss how the judges have chosen to develop and use this new role.

3. The Devolution Programme: A New Role for the Judicial Committee and Implications for the UK's Legal Systems

The devolution Acts give the Judicial Committee of the Privy Council a new role in relation to “devolution issues.”⁴⁴ The term appears in all three Acts, though it is defined slightly differently in each.⁴⁵ Broadly (and this will be covered in more detail in the context of the early cases, discussed in the next section) a dispute about the competence to act (whether in the legislative or executive sphere) of one of the devolved institutions will be a devolution issue. It was thought improper for the Appellate Committee of the House of Lords (a committee after all of one of the potentially interested parties in such disputes) to be the final court of appeal, and so the Judicial Committee was chosen. The qualification requirement to sit on the Judicial Committee is holding, or having held, high judicial office in the UK or Commonwealth, not being over 75, and being a Privy Councillor. To ensure there would be sufficient judges available from the non-England & Wales jurisdiction, all of the senior Scottish judges (i.e., the judges of the Inner House of the Court of Session) were created Privy Councillors to allow them to sit on the Judicial Committee. For the purposes of hearing devolution issues, only UK judges may sit. In addition to the Scottish judges, all English and Welsh, and Northern Irish Court of Appeal judges are Privy Councillors.

43. There is insufficient space here to present a discussion of the nature of the identity within Scotland, Wales, Northern Ireland and England respectively. To avoid any confusion, I do not mean to imply that Scottish nationalism is ethnic in comparison to the posited civic Union identity. While of course there will be ethnic elements in a territorially-based identity, it is equally clear, for example, that the Scottish National Party (like the *Parti Québécois*) has framed its vision of an independent Scotland in Europe in significant part in civic terms, thus allowing the independence project to be inclusive of all people living within Scotland, rather than of concern only to those of Scottish descent. See N. MacCORMICK, *supra*, note 5, especially c. 11; and M. KEATING, *Nations Against the State—The New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia and Scotland*, 2nd ed. (Hampshire: Palgrave, 2001).

44. A role which may in the future be transferred to a new United Kingdom Supreme Court. See *supra* note 3.

45. For a full discussion, see BURROWS, *supra*, note 19, c. 6.

To further affirm the pre-eminent role of the Judicial Committee, the Appellate Committee is directed in the devolution Acts that if a case before it appears to raise a devolution issue, it should refer the issue to the Judicial Committee unless it thinks it more appropriate that it deal with it.⁴⁶ Further, the Judicial Committee binds all other courts, including the Appellate Committee, in respect of devolution issues; which, given the practice of composing the Judicial Committee with at least two, and sometimes three (out of a court of five) non-English & Welsh judges (the Scottish judges being most prominent) has had the effect of placing the Scottish judges in a leadership position in the devolution cases.

One final note on the Judicial Committee's new jurisdiction; although it may be extensive, it is still a jurisdiction limited by the definition of devolution issue. There will be disputes arising from devolution, and we will discuss two from Northern Ireland in section 4 below, that do not come within the statutory definition. The matter was elaborated on by Lord Hope in a special leave application (decided by a Board of three Law Lords, two of them Scottish):

Mr. Gebbie said that the Judicial Committee was a constitutional court and that the amendment issue was a constitutional issue which ought to be considered by their Lordships' Board. ... But it is plain that the Judicial Committee can only act within the limits which have been set for it by the statute. An appeal can only be brought, or a reference made, to the Judicial Committee under Schedule 6 to the *Scotland Act 1998* if it raises a devolution issue. Some of the issues which fall within the description of devolution issues in paragraph 1 of the Schedule may well raise constitutional issues. But it does not follow that all issues which are of a constitutional nature are devolution issues within the meaning which is given to the expression by that paragraph.⁴⁷

In these cases, either the Scottish criminal appeal court (the High Court of Justiciary) in Scottish criminal matters, or, where there is an appeal to the House of Lords, the Appellate Committee, will remain the final court of appeal. Although even then it should be recalled that the practice is that when the Appellate Committee hears cases from Scotland at least one, if not both Scottish Law Lords will sit; thus re-enforcing the influence of the Scottish Law Lords over the development of devolution.

4. Securing a Role—The Scope of “Devolution Issue”

All but one of the first cases raising devolution issues concerned the application of human rights principles (i.e. the *European Convention on*

46. See e.g. *Scotland Act*, *supra* note 17, s. 32.

47. *Hoekstra v. HM Advocate No. 4*, [2001] 1 A.C. 216 (P.C.) [*Hoekstra*].

Human Rights, “ECHR”) in Scottish criminal cases; the one exception, *Anderson v. The Scottish Ministers* also involved Scottish criminal law and the ECHR, but in the context of a challenge to an Act of the Scottish Parliament.⁴⁸ These cases are remarkable because for the first time, they involved the Law Lords deciding Scottish criminal cases and in so doing, opened the way to developing a common UK approach to the application of ECHR principles. Furthermore, because of the lead position of the Scottish Law Lords, argues the Scottish advocate Aidan O’Neill QC, the common standard being adopted is one heavily influenced by Scottish legal principles.⁴⁹

The Law Lords’ opening to assert a wide jurisdiction over Scottish criminal cases was provided by the *Scotland Act* which, for the first time in the history of the Union, allows for appeals from the High Court of Justice in criminal cases, if they raise “devolution issues” as defined in the Act. Until the first cases came though the extent of the new jurisdiction had not, apparently, been appreciated, even by the Law Lords—as Lord Bingham said in evidence in 2001 to the Joint Parliamentary Committee on Human Rights:

When Scotland was united with England and Wales in 1707 it was clearly implicit in the Act of Union that there was no criminal appeal from Scotland to London There was originally a doubt as to whether there was even a civil appeal from Edinburgh to London, but it was very quickly established that there was and indeed extensive use of it was made to such an extent that there was very little time to hear English appeals! But what is important is that the Scots criminal system has always been self-contained and has had no English input at all. One of the anomalous, and to me surprising and unexpected, results of devolution is that for the first time one does have judges, Scots prominently among them but nonetheless judges, sitting in London ruling on questions relating to Scots criminal trials.⁵⁰

The question of the meaning of the term “devolution issue” in the *Scotland Act* first arose in *Montgomery*, a case concerning whether pre-trial publicity was a breach of the defendant’s Article 6 right to a fair trial.⁵¹ The finding on Article 6 is not of importance to us here (both courts found no interference), what is of interest is that in order for the Judicial Committee to

48. The devolution issue cases to date are: *Montgomery v. HM Advocate*, [2001] S.L.T. 37 [*Montgomery*]; *Hoekstra*, *supra*, note 45; *Brown v. Stott*, [2001] S.L.T. 59 [*Brown*]; *McIntosh v. HM Advocate*, [2001] 2 All E.R. 638 (P.C.); *Follen v. HM Advocate*, [2001] 1 W.L.R. 1668 (P.C.); *Buchanan v. McLean*, [2002] S.C. 1 (P.C.); *Millar v. Procurator Fiscal (Elgin)*, [2001] S.C.C.R. 741 (P.C.); *Anderson, Reid and Doherty v. The Scottish Ministers*, [2002] S.C. 63 (P.C.) [*Anderson*]; *Mills v. HM Advocate*, [2002] 3 W.L.R. 1597 (P.C.); *HM Advocate v. R.*, [2003] S.L.T. 4 (P.C.) [*R*]; and *Procurator Fiscal, Kirkcaldy v. Kelly*, [2003] J.C.J. No. 80 (P.C.) [*Kelly*].

49. See A. O’NEILL, *supra*, note 3.

50. Lord Bingham of Cornhill, evidence to the Joint Committee on Human Rights, 26 March 2001.

51. See *Montgomery*, *supra*, note 48.

have jurisdiction, it was necessary for the Law Lords to accept that every criminal prosecution in Scotland, from start to finish, was an “act of the Lord Advocate”; the Lord Advocate being the member of the Scottish Executive who is ultimately responsible for all prosecutions in Scotland. As a member of the Scottish Executive, the Lord Advocate is caught by section 57(2) of the *Scotland Act 1998*, which provides that “a member of the Scottish Executive has no power to ... do any act ... so far as the ... act is incompatible with any of the Convention [ECHR] rights.”

The Law Lords in *Montgomery* did not find it necessary to decide the matter. However, Lord Hoffman, along with Lords Slynn and Nicholls (none of them Scottish), expressed doubt as to whether Parliament’s intent when passing the *Scotland Act* was really to turn the Judicial Committee into an almost *de facto* new level of appeal in Scottish criminal cases. Briefly, Hoffman’s tentative view was that, in the context of a trial, it was the court’s (and not the prosecutor’s) obligation to see that the Convention rights were complied with. If this were so, then as the decision of a Scottish criminal court in an ordinary criminal case does not come within the definition of “devolution issue” in the *Scotland Act 1998*, the final court of appeal in Scottish criminal cases raising Convention rights would remain the Scottish High Court of Justiciary. If Hoffman were right, then the Judicial Committee would have no role in Scottish criminal cases raising human rights points and a divergent approach to Convention rights could arise in Scotland.

The Judicial Committee returned to the issue, and answered it, in *Brown*, where Lords Bingham and Steyn, sitting with three Scottish judges (i.e., a majority) endorsed Lord Hope’s view, initially set out in *Montgomery*, and now expanded in *Brown*, that the peculiar status of the Lord Advocate as “master of the instance” did in fact justify a finding that he (or she) along with the court was responsible for seeing that an accused’s Convention rights were not breached.⁵² In O’Neill’s view:

The unspoken concern of the Scots lawyers on the ... Committee seemed to be that if the Lord Advocate could not be said to have fair trial responsibilities under Article 6, then no appeal would lie to the Privy Council and there would be no space for it to guarantee a uniform UK wide interpretation for Convention rights in matters of both criminal as well as civil law. The result of this could well [have been] the development of a peculiarly Scottish Convention rights jurisprudence.⁵³

The distinctive approach of the Scottish Law Lords continues to be evident in the two most recent devolution issue cases, *HM Advocate v. R* and

52. See *Brown*, *supra*, note 48.

53. A. O’NEILL, “Notes from a small country: Scotland’s Constitution and the impact of the European Convention on Human Rights”, (2002) (copy on file with author) at para 3.19.

Procurator Fiscal, Kirkcaldy v. Kelly.⁵⁴ In *HM Advocate v. R* (in which the Committee was made up of three Scottish Law Lords and two English and Welsh ones), *R* who was accused of indecent behaviour towards children sought to have the prosecutions against him halted on the basis that his right under Article 6(1) of the European Convention to a “fair and public hearing within a reasonable time” had been breached. The Crown had accepted that there had been a breach of the “reasonable time” requirement in relation to the charges, and so the argument focussed on the issue of remedy. As in *Brown*, *R* relied on section 57(2) of the *Scotland Act 1998*, saying that once it was established that his Article 6(1) right to trial within reasonable time was breached, the Lord Advocate simply had no power to proceed with the prosecution.

The Crown asserted, *inter alia* that the decision to continue to prosecute was not an “act” within section 57(2)—a challenge to the decisions of the Judicial Committee in *Montgomery* and *Brown*—and also that *R* was in fact arguing that Article 6(1) provided a corresponding right *not to be tried* after a reasonable time, and that Article 6(1) in fact contained no such promise. On the matter of whether the continuation of the prosecution was an “act,” the Committee was unanimous in holding it was; thus reaffirming its broad devolution role. However, on the central matter of whether the prosecution could proceed, the Law Lords split three to two. Lords Steyn and Walker, the non-Scots on the Committee, would have allowed the prosecution to go ahead arguing that the majority’s decision, that continuation of the prosecution was simply *ultra vires* the Lord Advocate by virtue of section 57(2), was a disproportionately generous (or harsh, depending on your point of view) remedy. The minority thought the Article 6(1) breach could be otherwise remedied, and that in any event the breach did not necessarily lead to *R* not receiving a fair trial. By comparison, the Scottish majority (Lords Hope, Rodger, and Clyde) reasoned that the scheme of the *Scotland Act* did not allow for the sort of balancing of interests that the minority sought to carry out and that section 57(2) operated as a guillotine to any continuation of a prosecution by the Lord Advocate once it was established that he has breached the accuser’s Article 6(1) rights.

The split between the two sides is revealed starkly in the judgments of Lords Steyn and Rodger. First, Lord Steyn:

18. A characteristically elegant observation of L’Heureux-Dubé J in *R v O’Connor* [1995] 4 SCR 411 is relevant. She said, p 461, (para 69):

“It is important to recognize that the Charter has now put into judges’ hands a scalpel instead of an axe—a tool that may fashion, more carefully than ever, solutions taking into account the sometimes complementary and sometimes opposing concerns of fairness to the individual, societal interests, and the integrity of the judicial system.”

54. See *Kelly*, *supra*, note 48.

The moral authority of human rights in the eyes of the public must not be undermined by allowing them to run riot in our justice systems. In working out solutions under the *Scotland Act 1998* and the *Human Rights Act 1998* courts in Scotland and England should at all times seek to adopt proportionate remedies. In my view there is nothing in the open-textured language of section 57(2), read in context, which rules out the application of such an approach in this case.

19. Counsel for the appellant argued that once a reasonable time has elapsed there is a continuing breach if the prosecution is not dismissed. Accordingly, he submits that the continuation of such a prosecution is incompatible with a Convention right. This will not do. The past breach of the reasonable time guarantee may in no way endanger the fairness of the trial. And such further time as is needed to complete the trial may also not imperil the fairness of the trial. Indeed the court could order expedition. In these circumstances the analysis asserting a continuing breach, giving rise on its own to a breach of a Convention right, is not correct.⁵⁵

Lord Rodger, rejecting Lord Steyn's implicit plea to modify the effects of the *Scotland Act 1998* so as not, in his view, to bring the application of Convention rights into disrepute, replied:

In enacting a constitutional settlement of immense social and political significance for the whole of the United Kingdom, Parliament has itself balanced the competing interests of the Government of the United Kingdom, of the Scottish Executive, of society and of the individuals affected. Having done so, Parliament has decided that members of the Scottish Executive should have no power to do acts that are incompatible with any of the Convention rights. In this case that means that the Lord Advocate has no power to continue the prosecution on charges 1 and 3. If this is to use an axe rather than a scalpel, then Parliament has selected the tool. Your Lordships' Board cannot re-open the exercise that Parliament undertook and re-balance the competing interests for itself. Rather, it must loyally give effect to the decision of Parliament on this sensitive matter, even if—or perhaps especially if—there are attractions in a different solution in the case of unreasonably long prosecutions.⁵⁶

We turn then to the most recent devolution issue case, *Kelly*.⁵⁷ This case concerned the question of the Article 6(1) compatibility of the structure and procedure of district courts in Scotland, though because of the similarities between the Scottish district courts and the magistrate courts in England & Wales, the case had implications for both jurisdictions. Scottish district courts, which deal with a significant number of lower level criminal matters, operate

55. *R, supra*, note 48 at paras. 18-19.

56. *Ibid.* An identical issue has arisen in England and Wales (see *Attorney General's Reference (No. 2 of 2001)*, [2001] 1 W.L.R. 1869 (C.A.)). The decision of the Appellate Committee of the House of Lords, which sat with an exceptionally large committee of nine Law Lords, was awaited at time of writing.

57. See *supra*, note 48.

with a non-legally qualified justice of the peace (acting voluntarily), assisted by a legally qualified clerk; the justice of the peace is legally, however, the sole decision-maker. The clerks do not have security of tenure, being ordinary employees of the local authority. The allegation made by Kelly was that the participation of such a clerk would breach his right to a hearing before an “independent and impartial” tribunal.

All five Law Lords held that the district court system, with its use of legal clerks was Article 6(1) compliant. However, while all five judges were in agreement as to the overall disposition of the case, they split on the detail of guidance to be given to district courts about the use of clerks. Once again, the split was between the two English & Welsh Law Lords on the one side, and the two Scottish Law Lords, joined this time by the Northern Irish Law Lord, on the other. Lord Hope, noting the practice direction in respect of how clerks in a comparable position in magistrate courts in England & Wales should carry out their tasks, set out in paragraph 69 of his judgment detailed directions on how clerks in Scotland should provide legal advice to the district court. Lords Rodger and Hutton both endorsed paragraph 69 of Hope’s judgment, while Lord Bingham endorsed only paragraph 71, which simply stated the holding that there was no breach of Article 6(1); Lord Bingham said nothing on the directions in paragraph 69. Lord Hoffman, however, seemed to think the paragraph 69 guidance to be at the least unnecessary, if not simply ill advised.

These last two cases bring out a sub-theme in the Union theme being discussed in this part. This sub-theme concerns the increasingly prominent role of the Scottish Law Lords. While there is not space in this chapter for a detailed discussion of this issue, some final comments by way of conclusion to this section are appropriate before we turn to Part C. As will have become apparent in the preceding discussion, because of the way the top courts operate, the non-English & Wales jurisdiction judges, especially the two Scottish Law Lords, have found themselves in a *de facto* leadership role in relation to devolution issues. This provides them with an institutional opportunity, not only to seek UK-wide uniformity in the application of Convention principles, but uniformity on the basis of a distinctively Scottish approach to legal reasoning.⁵⁸ This has implications for the future about the structure and operation of the top courts, which cannot be dealt with here; but Canadians might like to contemplate how the Supreme Court of Canada would be viewed across the federation if the three Québec judges had a similar lead role in relation to unifying the application of the Charter along distinctively civil law lines.⁵⁹

58. See O’NEILL, *supra*, note 3, and *supra*, note 53.

59. Issues of structure in light of the reform announcements over the summer of 2003 (see above at note 3) will be dealt with in a book on the UK’s top courts, to be published by Oxford University Press in 2005. On the effect of the devolution jurisdiction on the manner in which judgments are communicated, see R. MUNDAY, “Judicial Configurations—Permutations of the Court and Properties of Judgment” (2002) C.L.J. 612 at 620-21.

Although English lawyers (practitioners and academics alike) tend to be both disinterested and ignorant of the operation of the legal system in Scotland (even as extended to a UK level by the devolution settlement), the current arrangements have even started to cause comment south of the border. Munday, analysing the mode of judgment in the Judicial Committee’s devolution issue cases, implies that the deference—he calls it “delicacy”—being shown by the non-Scottish judges to the Scottish judges is “hopelessly misplaced” when one recalls that one of the purposes of the Judicial Committee’s devolution role was to allow it to act as a *UK court* (i.e., not a special addition to the Scottish legal system), ensuring a uniform approach to “devolution issues” across the UK.⁶⁰ Munday will no doubt take heart from Lord Steyn’s dissent in *R*; while his Lordship’s view did not prevail it is early evidence of a change in the dynamics of the relationship between the Scottish and non-Scottish Law Lords. However, until there is some significant re-thinking of the way the top courts operate when dealing with devolution cases—which although coming from Scotland, have UK-wide application—it seems that any new civic identity for the Union could well be one with a distinctly Scottish complexion.

C. THE “DEVOLUTION THEME”—SECURING THE CONSTITUTIONAL STATUS OF THE DEVOLUTION ACTS

Introduction

In the previous part we looked at how the Law Lords new devolution issue jurisdiction in the Privy Council provides them with the opportunity to unify the application of human rights principles in the criminal law of England & Wales, Northern Ireland and Scotland, thus potentially opening up the possibility of a new, distinct Union identity based on civic principles which would balance the allegedly centrifugal tendencies of devolution. In this part, we turn to consider three cases, one a “devolution issue” case, the other two arising from a devolution Act, but not coming within the definition of devolution issue, in which I suggest we can see the top courts developing principles which over time could secure the constitutional position of the devolved institutions.⁶¹ This part begins with a discussion of the “status quo,” i.e., what the constitutional nature of devolution currently is, including how it differs from federalism. I turn then to the three cases.

1. Devolution of Federalism: Legal Versus Political Sovereignty

On the strict Diceyan view of the constitution (in which the Westminster Parliament is sovereign), it is clear, as Bogdanor puts it, that “[c]onstitutionally,

60. MUNDAY, *ibid.* at 625-26.

61. *Anderson, supra*, note 48; *Re Northern Ireland Human Rights Commission, supra* note 8; and *Robinson v. Secretary of State for Northern Ireland, supra*, note 8. On “devolution issue” as a defined term, see above in *Hoekstra, supra*, note 47.

devolution is a mere delegation of power from a superior body to an inferior” and that devolution involves the creation of an elected body, *subordinate* to Parliament.⁶² The position is, in relation to Scotland, for example, made clear by section 28(7) of the *Scotland Act 1998* which stipulates that “[t]his section [which sets out the Parliament’s scope of authority] does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland.” Lord Rodgers, now a Lord of Appeal in Ordinary, at the time the most senior Scottish judge, said in an early case concerning the new Parliament in the Inner House of the Court of Session, that “[it] is a body which, *like any other statutory body*, must work within the scope of [its] powers. If it does not do so, then in an appropriate case the court may be asked to intervene and will require it to do so.”⁶³ The mark of a federal system, in which each of the governments enjoys a constitutionally entrenched sovereign scope of authority, is apparently lacking in devolution.

I say “apparently” because quite apart from the traditional (English) view not accounting for the cogent arguments concerning the binding nature of the Treaty and Acts of Union, put forward by Scottish constitutional lawyers, a bare statement of Westminster’s continuing legal sovereignty, without qualification, would be a misleading description of the constitutional nature of the contemporary devolution settlement.⁶⁴ This is so because the technical retention of *legal* sovereignty is only half of the picture. Arguably the more important part of the picture, because it is the operational part, is the *political reality* that power to make decisions in certain areas has been transferred to the new devolved institution. Westminster no longer has more than a residual, perhaps at times partnership, role to play in those areas which have been devolved.⁶⁵ As Bogdanor points out, “politically ... devolution places a powerful weapon in the hands of the Scots and the Welsh.” While

62. BOGDANOR, *supra*, note 9 at 287-288.

63. *Whaley v. Watson*, [2000] S.C. 340; [2000] S.C.L.R. 279 [emphasis added].

64. See discussion of the constitutional nature of the union between Scotland and England in HOOD PHILLIPS and JACKSON, *supra* note 9 at paras. 4-006 to 4-009; and N. MacCORMICK, “Does the United Kingdom have a Constitution? Reflections on *MacCormick v. Lord Advocate*” (1978) 29 N. Ir. Legal Q. 1. Briefly, MacCormick’s argument is that the Scottish and English Parliaments’ negotiations to form a Union (embodied in the *Treaty of Union 1707*, and given effect to by endorsing statutes in each of the national Parliaments) created a new Parliament of Great Britain that is bound by the terms by which it came into being—i.e., it is bound by the terms of the *Treaty of Union*. This is, of course, a contradiction of the (Scottish lawyers would say, English) doctrine of the sovereignty of Parliament. On sovereignty, see generally J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1999); and P. CRAIG, “Public Law, Political Theory and Legal Theory” [2000] P.L. 211.

65. Though Westminster has in fact continued to legislate for Scotland in devolved areas with the acquiescence of the Scottish Parliament: see N. BURROWS, “Devolution: Lessons from Scotland?” (Paper presented to the SPTL Annual Conference in Glasgow, September 2001), in which Professor Burrows argued that Westminster has continued to be overly involved in legislating for Scotland. See also A. PAGE and A. BATEY, “Scotland’s Other Parliament: Westminster Legislation about Devolved Matters in Scotland since Devolution” [2002] P.L. 501.

“constitutionally, the Scottish Parliament will clearly be subordinate ... politically ... it will be anything but... The Scotland Act creates a new locus of political power.” Westminster in effect could not take power back from Scotland without an invitation from Scotland to do so. While legally it retains the power to do so, it is inconceivable that it would exercise it without Scotland’s consent except in extraordinary circumstances; “power devolved, far from being power retained, will be power transferred; and it will not be possible to recover that power except under “pathological circumstances.”⁶⁶ We turn next to discuss the cases in which I suggest it is possible to see the opening for an argument that the top courts are laying the foundations for a proposition that the devolution statutes, being in effect constitutions for Scotland, Wales and Northern Ireland, will in time result in the transfer of legal, as well as political, sovereignty to the new institutions.

2. Distinguishing the Devolved Institutions—Not Merely Local Government on a Grand Scale?

Anderson was the first challenge to the *vires* of an Act of the Scottish Parliament to reach the Judicial Committee. In it, the petitioners sought to argue that the *Mental Health (Public Safety and Appeals) (Scotland) Act 1999* was incompatible with their right to liberty under Article 5(e) of the *European Convention on Human Rights* and therefore outside of the Parliament’s competence.⁶⁷ Reviewing the case, Barry Winetrobe, a constitutional lawyer who worked in the Parliament when the Act in question was being passed, highlighted the issue of whether Acts of the Scottish Parliament should be reviewable on ordinary common law grounds—illegality and procedural unfairness, as the actions of a local authority, or minister would be—or whether a narrower approach was appropriate, on the basis that the instrument being reviewed was an “Act” of a “Parliament.”⁶⁸ Under what Winetrobe characterises as the narrow approach, the only grounds upon which an Act could be reviewed would be if it contravened one of the specific limitations set out in section 29 of the *Scotland Act*, which defines the legislative competence of the Parliament.⁶⁹ Winetrobe’s view was that “the Judicial Committee’s approach

66. See BOGDANOR, *supra*, note 9 at 291. Such “pathological circumstances” have unfortunately been seen in Northern Ireland where, in order to preserve the peace process, two Secretaries of State for Northern Ireland, exercising their powers under the *Northern Ireland Act 2000* have suspended devolved government three times to date.

67. *Supra*, note 48. For discussion of the cases, see Barry WINETROBE, “Scottish Devolved Legislation and the Courts” [2002] P.L. 31.

68. *Cf.* the approach taken by the Administrative Court to an instrument of the National Assembly for Wales in *R (on the application of South Wales Sea Fisheries Committee) v. National Assembly for Wales* [2001] E.W.H.C. Admin 1162 (Q.B.) (where the judge did apply all the ordinary grounds of judicial review).

69. Section 29(1) provides that “[a]n Act of the Scottish Parliament is not law so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament” and then goes on to stipulate the circumstances in which a provision would be outside of competence, which include contravening one of the rights provided in the *European Convention on Human Rights*.

to the reviewability of Scottish legislation appeared implicitly to be tending towards the narrow approach.”⁷⁰

While the question of the scope of available grounds of review of a Scottish Act was answered implicitly in *Anderson*, it has since been raised in a first instance judgment in Scotland. In *Trevor Adams v. Advocate General for Scotland and the Scottish Executive*,⁷¹ petitioners challenged the legality of the *Protection of Wild Mammals (Scotland) Act 2002* (outlawing hunting on horseback with hounds). The Lord Ordinary held:

What appears to me to be of significance is that the Scotland Act is clearly intended to provide a comprehensive scheme, not only for the Parliament itself, but also for the relationship between the courts and the Parliament. ... [the sections of the Act which set out the scope of the Parliament’s competence] are definitive of the extent of the court’s jurisdiction and of the procedure to be followed when a devolution issue is raised. It necessarily follows that traditional common law grounds of judicial review are excluded, and that there is no room for the implication of common law concepts in considering the competence of the Parliament.⁷²

The case is on appeal to the Inner House of the Court of Session (the Scottish civil appeal court). Given the passions the issue raises, it is conceivable that it could go on in time to the Judicial Committee in due course. Clearly, if the Judicial Committee confirms the lower court’s approach, then it will be true to say that primary devolved instruments (i.e., the Acts of the Scottish Parliament and the Northern Ireland Assembly), are closer in status to Westminster statutes, than they are for example, to the bylaws of a local authority. This would set at least Scottish legislation aside as a new class of legal instrument in the UK legal order.

3. Confirming the Constitutional Status of the Devolution Acts

As noted in *Hoekstra*, not all matters arising from the devolution statutes will be “devolution issues.”⁷³ The cases we turn to next arise from the Northern Ireland scheme. Neither are devolution issues. Like *Anderson* though they contain statements from the Law Lords which help to give us an insight into how they perceive the devolution Acts and the institutions they establish.

In *Re Northern Ireland Human Rights Commission*, the House of Lords was asked to overturn a 2-1 majority decision of the Northern Ireland Court of Appeal.⁷⁴ The case arose from the Human Rights Commission’s desire

70. WINETROBE, *supra*, note 67 at 36.

71. Outer House, Ct. Sess., 31 July 2002.

72. *Ibid.*, at para. 63 [emphasis added].

73. *Hoekstra*, *supra*, note 7; see also the discussion in Part 3 C.

74. *Re Northern Ireland Human Rights Commission*, *supra* note 8.

to intervene in a Coroner's inquest into the deaths arising from a bomb set off by dissident nationalist paramilitaries in Omagh on August 15, 1998. Although the Commission had appeared at an early hearing, when it sought to make a further appearance before the Coroner in late 2000 the Coroner ruled that the *Northern Ireland Act 1998*, under which the Commission was established, did not provide the Commission with a general power to intervene in legal proceedings and so accordingly, it could not appear before the Coroner. The Commission sought judicial review of the Coroner's ruling. It failed at first instance before the Lord Chief Justice, and also on appeal, although in the Court of Appeal it attracted the dissent of Kerr, J.

The Appellate Committee held in favour of the Commission by a vote of 4 to 1. The majority began by noting that neither the *Belfast Agreement* nor the *Northern Ireland Act* provided expressly that the Commission should have the power to intervene in cases raising human rights points, and that therefore the issue was whether the power to intervene was implicit, arising as necessarily incidental and consequential on its express powers.⁷⁵ The majority were content to hold that the Commission's general power to "promote the understanding of human rights law and practice and to review its effectiveness" carried with it an incidental power to make submissions to a court.⁷⁶ It seems clear, the majority reached this conclusion (as it is equally clear that the opposite conclusion was entirely open to them, as Lord Hobhouse's dissent attests) in order to contribute to its view of what the *Belfast Agreement* was seeking to achieve. Lord Slynn for example, said that "since the Act is 'for the purpose of implementing' the Belfast Agreement it is relevant to note the emphasis on the 'protection and vindication of the human rights of all' in paragraph 2 of the Declaration of Support in the Agreement before going on to note the provisions indicating that the Agreement had contemplated a strong Human Rights Commission with a proactive role in developing a more inclusive human rights culture in the troubled province."⁷⁷

The second non-devolution issue, devolution case, to reach the Appellate Committee was *Robinson*.⁷⁸ In it the Law Lords were faced with a challenge by a Unionist member of the Northern Ireland Assembly, to the actions of the Secretary of State for Northern Ireland in relation to (a) the election by the

75. On this point, the Human Rights Commission relied on the established common law principle that while a body established by statute generally only possessed those powers given to it by its statute, it may also have additional powers "incidental to or consequential upon" the express powers (which naturally would be a legal question for the court); see *A.G. v. Great Eastern Railway Company* (1880), 5 A.C. 473.

76. Lord Woolf also noted that in any event the granting of rights to third parties to intervene in cases remained generally (even assuming the capacity of the intervenor to appear) at the discretion of the court.

77. See *Re Northern Ireland Human Rights Commission*, *supra* note 8 at paras. 12-13 (speech of Lord Slynn).

78. *Supra*, note 8.

Northern Ireland Assembly of a First Minister and Deputy First Minister (FM/DFM) in November 2001, and (b) the setting of a date for new elections to the Assembly. Briefly, the background to the case was as follows. The Assembly has an obligation under section 16(8) of the *Northern Ireland Act* to elect the FM/DFM within six weeks of the election of the Assembly, or as in November 2001, six weeks of restoration of the devolved institutions following their suspension by the Secretary of State. Section 32(3) of the statute also requires the Secretary of State to call elections for the Assembly if no First Minister is elected within the six-week period prescribed by section 16(8). As noted above, in Part B, 1, the *Northern Ireland Act* requires that the candidates for the office of FM/DFM must receive the majority support of both the identified nationalist as well as unionist members of the Assembly.

The Assembly attempted an election just before the end of the six-week period, but because the Democratic Unionist Party (“DUP”—the less moderate of the two Unionist party in the Assembly), of which Mr. Robinson was member, did not vote for the motion, the motion failed—the two candidates not receiving the required cross-community support. In the next few days, however, after negotiations among the various parties, the Alliance Party, which had previously not designated itself either nationalist or unionist, designated itself unionist.⁷⁹ A few days later, a new election for the posts of the FM/DFM was held—outside of the six-week period—and the FM/DFM were successfully elected, the Alliance Party votes making up the necessary majority on the unionist side.

The Secretary of State, noting the Assembly’s failure to elect the FM/DFM within the six-week period, acknowledged his obligation to set a date for new elections. However, relying on the fact that section 32(3) contained no stipulation as to when the elections should be called, chose, as the date for new elections, the same date as that already set in the Act for the Assembly’s next ordinary elections. The DUP took their political argument with both the other members of the Assembly, and the Secretary of State, to court—launching a judicial review claim in which they sought to argue that: (a) the Assembly had no power to elect the two first ministers *outside of the six-week period*; and that (b) the intent of statute’s provisions, concerning the obligation on the Secretary of State to set a date for Assembly elections, in the event of the Assembly not electing a FM/DFM within the six-week period, was for early extraordinary elections to be held.

The first instance judge held against Robinson, as did a 2-1 majority in the NI Court of Appeal and a 3-2 majority in the Appellate Committee. What is

79. “Tactical bid to save NI devolution”, BBC News (3 November 2001); online: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/northern_ireland/1636647.stm>.

of interest for our purposes is the politically sensitive approach of the Law Lords in the majority to judicial review of the Assembly and the Secretary of State. The Senior Law Lord, Lord Bingham, indicated that a generous and purposive approach should be adopted, the *Northern Ireland Act* being “in effect a constitution.”⁸⁰ While Lord Hoffman characterised the Act as “a constitution for Northern Ireland framed to create a continuing form of government against the background of the history of the territory and of the principles [of the Belfast Agreement].”⁸¹ These comments illustrate that while the *Northern Ireland Act* may technically be an ordinary statute, the courts will take note of the political reality that a devolution statute is of special significance. So, ironically (given that once again devolution is suspended in Northern Ireland) it is in the context of the Northern Ireland devolution settlement that we have *obiter* comments about the constitutional status of a devolution Act which must be applicable to both the *Scotland* and *Government of Wales Acts*.

CONCLUSION

The Law Lords have confirmed for themselves a potentially significant role in shaping both the nature of the devolution settlement and the future form of the Union between Scotland, Wales, England and Northern Ireland. To date, this role has arisen not in respect of conflicts between devolved institutions and Westminster, but, for the most part, in the context of cases involving the application of the ECHR in criminal contexts. On the early evidence, the rights jurisprudence of the Judicial Committee in devolution issue cases, bolstered by the *Human Rights Act* jurisprudence of the Appellate Committee, has the potential to build a new civic identity for the Union, thus strengthening the Union. Complementing the jurisprudence of the Union theme is that of the devolution theme; as the Law Lords recognition of the special nature of the devolution Acts presents the long term possibility of securing the constitutional status of the devolved institutions.

Constitution-making is a dynamic and not always predictable process—perhaps even more so in the United Kingdom with its inherently flexible uncodified constitution—and so we must end with a note of caution. The two foundation stones of a new constitutional settlement posited in this chapter, the Union and devolution themes, are drawn from only a handful of cases. With each new case decided by the top courts—or in the future by a Supreme Court of the United Kingdom we will learn something new about the adventure the UK is embarking on; an adventure in which the Law Lords, and for the moment especially the Scottish Law Lords, will play the role of constitutional cartographers.

80. *Robindon, supra*, note 8 at para. 11.

81. *Ibid.*, at para. 25.

Chapitre 15

Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit

Johanne POIRIER*

Résumé

Les ententes intergouvernementales conclues entre composantes d'un État fédéral représentent des instruments incontournables de la pratique fédérale. Ces accords se comptent par centaines et couvrent la quasi-totalité des domaines de politiques publiques. Dans la majorité des régimes fédéraux, ils remplissent une variété de fonctions, y compris l'articulation de l'action des divers intervenants publics en raison de la répartition des compétences (coordination matérielle), l'élaboration de processus de collaboration (coopération procédurale) ou la mise en place d'organes communs (coopération organique). Les ententes intergouvernementales remplissent également une série de fonctions para-constitutionnelles qui reflètent les rapports de force et permettent parfois aux composantes d'une fédération d'aménager leurs rapports en marge des normes constitutionnelles.

Abstract

Intergovernmental agreements concluded between components of a federal state represent essential instruments of federal practice. There are hundreds of these agreements, covering almost every domain of public policies. In the majority of federal systems, they perform a variety of functions, among them: the articulation of action by various public authorities whose competences are interconnected or shared (substantive coordination); the elaboration of cooperative processes (procedural cooperation); and the creation of joint bodies (organic cooperation). Intergovernmental agreements may also assume a series of paraconstitutional functions that reflect the power balancing process characterizing federal systems, and which allow the federal entities to occasionally carry on relations outside the framework of constitutional norms.

* Centre de droit public, Université Libre de Bruxelles. L'auteure tient à remercier les professeurs James Crawford et Olivier Corten pour leurs commentaires judicieux, la professeure Andrée Lajoie pour ses éclaircissements sur la notion de « légicentrisme », de même que les participants au Colloque ayant donné lieu au présent ouvrage, pour des réactions aussi nombreuses que stimulantes.

L'auteure tente dans un premier temps de démontrer que les ententes intergouvernementales font partie du « destin fédéral » : il s'agit d'un instrument incontournable de la gouvernance dans les régimes fédéraux. De plus, il appert que ces ententes remplissent une similitude de fonctions dans diverses fédérations. La présente contribution a également pour objet de mettre en lumière le paradoxe suivant : au-delà de cette convergence de fonctions, les ententes intergouvernementales sont appréhendées de manière radicalement différente par le droit public de différentes fédérations. Enfin, dans une perspective plus large, l'auteur examine le phénomène des ententes intergouvernementales tel un instrument tiré de la boîte à outils des relations intergouvernementales qui nous permet ainsi de réfléchir à la culture juridique qui marque et distingue divers régimes fédéraux

The author first attempts to demonstrate that intergovernmental agreements are part of "federal destiny": they are essential instruments of governance in any federal system. The author also shows that such instruments play similar roles in various federations. However, a paradox presents itself: beyond this functional similarity, the public law understanding of intergovernmental agreements may radically differ in different federations. From a broader perspective, the author examines the phenomenon of intergovernmental agreements as an indicator of the distinct legal cultures that inform and distinguish different federal systems.

INTRODUCTION

Le fonctionnement des régimes fédéraux repose sur un large éventail de mécanismes de coopération, de partage d'informations et de ressources. L'articulation de l'action de différents ordres de gouvernement apparaît essentielle à la gestion efficace des affaires publiques. Cet impératif de collaboration affecte tant les systèmes fédéraux qui connaissent une répartition exclusive des compétences, que ceux au sein desquels le pouvoir normatif est partagé. Qu'un régime emprunte au « fédéralisme coopératif », « compétitif », « d'union », de « dissociation » ou de « confrontation »¹, il ne peut échapper à la fatalité de la coopération.

La coopération intrafédérale – ou les relations intergouvernementales, selon la formule utilisée dans les systèmes anglo-saxons – s'opère par le biais d'une variété de mécanismes, allant de conversations téléphoniques informelles entre fonctionnaires de divers ordres de gouvernement, à des instances plus structurées, tel le Comité de concertation en Belgique, ou les

1. F. DELPÉRÉE, « Le fédéralisme de confrontation », dans P. DELWIT *et al.* (dir.), *Gouverner la Belgique : clivages et compromis dans une société complexe*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 53-69.

Conférences des premiers ministres au Canada ou en Autriche. Ces relations peuvent être bilatérales, multilatérales, horizontales (entre entités constitutives) ou verticales (entre une ou plusieurs unités et le gouvernement central).

Les ententes intergouvernementales conclues entre composantes d'un État fédéral représentent l'un des dispositifs les plus formels et les plus répandus de la gouvernance fédérale. Il s'agit d'un instrument essentiel dans la boîte à outils des relations infrafédérales. L'expression « ententes intergouvernementales » est utilisée ici dans un sens large, et renvoie à tout accord formel entre l'État central et les unités constitutives d'une fédération, ou entre ces dernières².

Pour diverses raisons, notamment une hétérogénéité de désignations et des carences en termes d'archivage, il est particulièrement ardu de déterminer le nombre exact de ces ententes. Mais elles se comptent par dizaines, voire par centaines, dans chaque État fédéral³.

Des ententes sont conclues dans la majorité des domaines de politiques publiques. Pour ne prendre que des sujets qui sont abordés tout au long du présent ouvrage, des ententes intergouvernementales jouent un rôle dans le cadre :

- de la protection des minorités (notamment de la promotion du droit des minorités linguistiques) ;
- du fédéralisme fiscal – elles sont dès lors pertinentes à la réflexion sur l'autonomie des entités fédérées et à la notion d'égalité entre celles-ci ;
- de la participation des entités fédérées à l'élaboration de la politique extérieure d'une fédération ou à l'exécution – dans l'ordre juridique interne – des obligations internationales de cette fédération.

En somme, des ententes intergouvernementales s'immiscent dans une kyrielle de domaines de la pratique fédérale. Or ce mécanisme fort répandu – voire envahissant – de l'expérience fédérale n'a fait l'objet que de rares analyses doctrinales, notamment sous l'angle du fédéralisme comparé.

2. « Entente intergouvernementale » est une expression générique qui recouvre les accords administratifs, les conventions intercantionales en Suisse, les *convenios de colaboracion* en Espagne, les concordats au Royaume-Uni, les *interstate compacts* aux États-Unis, les accords de coopération en Belgique ou les ententes administratives au Canada.

3. Dans le contexte canadien, Katherine Swinton reconnaît aux ententes intergouvernementales le « don d'ubiquité » : K. SWINTON, « Law, Politics and the Enforcement of the Agreement on Internal Trade » dans M.J. TREBILCOCK et D. SCHWANEN (dir.), *Getting There: The Agreement on Internal Trade*, Toronto, C.D. Howe Institute, 1995, p. 196.

J'ai donc choisi d'aborder la problématique de la gouvernance fédérale par le prisme d'un outil : un peu comme on choisit d'analyser le phénomène de l'urbanisation et de l'industrialisation par le biais du développement du moteur à combustion. L'examen d'un élément relativement technique de la gouvernance fédérale permet de réfléchir aux fondements théoriques sur lesquels reposent différentes formes de régimes fédéraux. La méthode est donc une combinaison de recherche empirique et « micro », devant conduire à une analyse théorique et « macro ».

Dans la présente contribution, trois thèmes seront abordés :

- a) la diversité des fonctions remplies par les ententes intergouvernementales dans divers régimes fédéraux ;
- b) le statut juridique ou politique de ces ententes, et, donc, le rôle réservé au droit dans ces mécanismes de gouvernance fédérale ;
- c) les éléments de « culture juridique » susceptibles d'expliquer pourquoi des instruments qui remplissent des fonctions similaires sont appréhendés de façon radicalement différente par le droit public de divers régimes fédéraux.

A. LA DIVERSITÉ DES FONCTIONS REMPLIES PAR LES ENTENTES INTERGOUVERNEMENTALES DANS LA GOUVERNANCE FÉDÉRALE⁴

La pratique des ententes intergouvernementales varie évidemment en fonction de certaines caractéristiques d'un régime fédéral particulier. Ainsi, la tradition « confédérale » de la Suisse explique que les « conventions » (anciennement « concordats ») soient essentiellement conclues entre les cantons, et non pas entre ceux-ci et les autorités centrales⁵. La dépendance financière de plusieurs Communautés autonomes espagnoles par rapport au gouvernement de Madrid et la nature évolutive du « quasi-fédéralisme » espagnol expliquent, entre autres, le nombre très élevé d'ententes « verticales » conclues chaque

4. D'autres fonctions sont examinées dans Johanne POIRIER, « Implicit and Explicit Functions of Intergovernmental Agreements in Federal Regimes », à paraître dans *Actes de la Conférence : « Federalism : Ideas and Policies »*, Université de Barcelone, novembre 2001, [POIRIER, « Barcelone »] et J. POIRIER, « The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats from a Comparative Perspective », (2001) *P.L.* 134.

5. U. ABDERHALDEN, « La participation des parlements cantonaux à la conclusion de concordats intercantonaux », (1999) 2 *Bulletin de législation*, Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg, p. xxiii-xxix ; L. BOEGLI, *Les concordats intercantonaux : Quels enjeux pour la démocratie*, Lausanne, Institut de Hautes études en administration publique, 1998 ; A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Berne, Stämpfli Editions, 2000, p. 548 et s.

année en Espagne⁶. Au Canada, l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser – qui permet au gouvernement d'Ottawa d'intervenir dans des domaines relevant de la compétence législative des provinces – emprunte fréquemment la voie d'ententes « verticales »⁷. La répartition complexe des compétences en Belgique entre l'État central et deux types d'entités fédérées – les Communautés et les Régions – a entraîné la conclusion d'une série d'ententes (les « accords de coopération ») selon une géométrie particulièrement complexe⁸. Par ailleurs, il est permis de croire que les ententes verticales (entre le centre et les entités fédérées) seront moins répandues dans les régimes fédéraux qui intègrent le principe de « participation » – par le biais d'une chambre haute fédérale constituée de représentants des entités fédérées – ou du moins, des représentants directement élus par la population issue de ces entités. Ce serait évidemment le cas en Allemagne, en Suisse et aux États-Unis.

En dépit de cette diversité, il appert néanmoins que des ententes intergouvernementales ont des fonctions similaires dans le cadre de la gouvernance fédérale. L'on peut répartir ces fonctions en deux grandes catégories. Les fonctions « explicites » remplissent le rôle que les signataires leur reconnaissent officiellement. Les fonctions « latentes » ou « implicites » sont, par contre, moins transparentes, mais tout aussi significatives dans la gestion des relations entre composantes d'un État fédéral⁹.

1. Les fonctions « explicites » des ententes intergouvernementales

i) *La coordination matérielle*

Officiellement, les membres d'une fédération concluent des ententes afin d'articuler l'exercice de leurs compétences, que celles-ci soient exclusives

6. Plus de 500 *convenios de colaboracion* sont conclus chaque année : E. ALBERTI ROVIRA, « Relaciones de colaboracion con las comunidades autonomas », dans Instituto de Derecho, *Informe Comunidades Autonomas 1999*, Barcelone, 2000, p. 52-64.
7. Andrée Lajoie applique la théorie du « *regulating by contract* » de Daintith aux ententes fédérales-provinciales canadiennes : A. LAJOIE, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Thémis, 1984, p. 144 et s. ; T. DAINTITH « Regulating by Contract: The New Prerogative », (1979) 32 *Curr. Legal Probs.* 41. Pour une analyse critique de cette analogie, voir POIRIER, « Barcelone », *supra*, note 4.
8. On note ainsi un nombre important d'accords de coopération entre les entités « francophones » (la Communauté française, la Région wallonne et la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale). Par opposition, du côté flamand, les autorités « communautaires » exercent les compétences de la Région flamande. Les institutions flamandes n'ont ainsi pas besoin de l'instrument consensuel qu'est l'accord de coopération puisque la coopération est inhérente à l'arrangement institutionnel : art. 137 de la Constitution belge et art. 1 de la *Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980*, (M.B. 15.08.1980).
9. Il convient de préciser que j'utilise le terme « fonction » dans le sens de « rôle » ou « mission ». Par opposition, dans un article sur les « *interstate compacts* » américains, Patricia Florestano utilise le terme « fonction » davantage pour décrire un domaine d'activité publique : des « *compacts* » en matière d'environnement, ou de frontières entre états, par exemple : P. FLORESTANO, « Past and Present Utilization of Interstate Compacts in the United States », (1994) 24:4 *Publius. The Journal of Federalism* 13.

mais intimement liées, ou qu'elles soient partagées ou concurrentes. Les paramètres d'action de chacun des signataires sont ainsi fixés par le biais de ces ententes de « coordination matérielle ». Les ententes offrent alors une réponse à la question de savoir « qui fait quoi ? », ou « qui paie pour quoi ? ».

De telles ententes se comptent par centaines et interviennent dans la plupart des domaines de politiques publiques, allant de la gestion des ressources naturelles à la protection de l'environnement, du financement et de la gestion des programmes sociaux à la promotion du commerce intérieur, de la construction de routes à la promotion des langues minoritaires. Des ententes visent la reconnaissance de diplômes, la gestion conjointe de voies navigables, le traitement des adoptions d'enfants entre différentes entités fédérées ou la collecte de statistiques. Des ententes de cofinancement de projets conjoints sont fréquentes. De même, lorsqu'une fédération admet un « pouvoir de dépenser » dans un domaine ne relevant pas de la compétence législative du payeur, des ententes encadrent la manière dont cette intervention financière s'effectuera, et à quelles conditions.

Le principe général de ces ententes est de rationaliser l'exercice de compétences distinctes mais interreliées, de répartir les responsabilités lorsqu'une compétence est partagée ou concurrente, d'éviter les chevauchements, et, de manière plus générale, de coordonner les politiques publiques de différents membres d'une fédération.

ii) La coopération procédurale

Par ailleurs, les membres d'un système fédéral concluent également de nombreuses ententes afin de fixer des règles de bon voisinage, de partage d'information, de consultation, de mise sur pied d'organes conjoints, ou des mécanismes de résolution des différends. Cette fonction de « coopération procédurale » vise davantage la *manière* dont s'exercent les compétences des membres de la fédération.

De telles ententes sont particulièrement importantes dans le domaine des relations internationales d'une fédération ou de l'exécution de ses obligations internationales en droit interne¹⁰. Dans le cadre de l'intégration européenne, toutes les fédérations et quasi-fédérations européennes ont adopté des ententes visant notamment à prévoir la participation des entités fédérées à l'élaboration

10. Voir, par exemple, L'Accord intergouvernemental canadien relatif à l'Accord nord-américain dans le domaine du travail du 10 février 1997, en ligne : Direction des ressources humaines Canada <http://labour.hrdc-drhc.gc.ca/psait_spila/aicdt_ialc/nao/cia/index.cfm/do> (date d'accès : 20 février 2003).

de la position « nationale » devant les instances européennes, dans les domaines relevant de la compétence des entités fédérées¹¹.

Évidemment, de nombreuses ententes comportent des clauses de coordination matérielle, de même que des clauses de coopération procédurale. Par exemple, les parties à une entente peuvent déterminer quel ordre de gouvernement procédera à une certaine évaluation environnementale (lorsque les deux ordres de gouvernement ont vocation à procéder à une telle évaluation) et prévoir des mécanismes de partage d'informations ou de résolution d'éventuels litiges.

2. Les fonctions « latentes » des ententes intergouvernementales

Au-delà de ces fonctions d'harmonisation de l'exercice de compétences concurrentes ou complémentaires et de mise en œuvre de mécanismes de communication et de gestion conjointe, les ententes intergouvernementales remplissent également des objectifs distincts de ceux explicitement identifiés par leurs auteurs. Souvent, les fonctions « latentes » sont délibérées ou au moins comprises par les signataires, mais non pas reconnues publiquement. Il peut également s'avérer qu'une entente remplit une fonction que les parties – ou l'une d'entre elles – n'avaient pas envisagée au départ.

Ainsi, de multiples ententes remplissent des fonctions « paraconstitutionnelles » ou « d'ingénierie constitutionnelle ». Des ententes permettent de contourner la répartition formelle des compétences, et ce, en marge de la Constitution fédérale de l'État. Elles peuvent contribuer à maintenir un flou artistique autour de la répartition officielle des compétences. Elles représentent également des solutions de rechange à d'élusives réformes constitutionnelles ou à des transferts de compétences. Enfin, elles peuvent servir à compléter des réformes ou à les rendre effectives.

i) Le contournement de la répartition formelle des compétences

En Australie comme au Canada, les ressources naturelles qui se trouvent au large des côtes relèvent des compétences des autorités centra-

11. Dans le contexte de l'intégration européenne, voir les accords de coopération conclus au sein de la fédération belge reproduits dans (1994) *Rev. B.D.I.* Pour le Royaume-Uni, voir *Supplementary Agreement No. B to the 1999 Memorandum of Understanding between the United Kingdom Government, Scottish Ministers and the National Assembly for Wales*, SE/99/36, Oct. 1999, en ligne : <www.scotland.gov.uk/concordats>. Pour l'Espagne, une entente de 1992 institue une Conférence intergouvernementale relative aux relations avec l'Union européenne. Cet arrangement a été formalisé par une loi du Parlement central (Ley2/1997). Voir également l'entente de 1994 sur la participation des communautés autonomes aux affaires européennes par le biais de comités sectoriels : M. BARCELO et J. VINTRO (coord.), *Dret Public de Catalunya*, Barcelone, Cedecs Editorial, 2001, p. 520 et s. Pour la Belgique et l'Allemagne, voir A. SCHAUS, *L'exécution des obligations internationales dans l'État fédéral*, Thèse de doctorat, Université Libre de Bruxelles, 2001.

les¹². Pour diverses raisons, le gouvernement australien a préféré ne pas occuper tout le domaine qui est constitutionnellement le sien¹³. Ainsi, une entente intervenue en 1979 répartit les responsabilités entre les états et le gouvernement central dans ce domaine, en marge de la Constitution¹⁴.

Au Canada, les processus d'interdélégation de fonctions administratives d'un ordre de gouvernement à un autre reposent généralement sur une entente intergouvernementale, mise en œuvre par des législations parallèles¹⁵. Ainsi, le gouvernement fédéral a récemment confié aux provinces qui le souhaitent le soin d'émettre des contraventions et de procéder aux poursuites relatives à des infractions à des lois fédérales¹⁶. Ce type d'arrangement – exceptionnel au Canada où chaque ordre de gouvernement est doté de sa propre administration – rappelle le fédéralisme administratif qui caractérise la Suisse ou l'Allemagne¹⁷. En droit canadien, ces arrangements ne sont pas inconstitutionnels. Il n'en demeure pas moins que l'entente qui sous-tend un tel arrangement a pour fonction de réaménager *l'exercice* des compétences entre les membres de la fédération en dépit de la répartition officielle des compétences législatives et exécutives.

-
12. *New South Wales c. The Commonwealth* (1975), 135 C.L.R. 337 (HC) ; *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins (C.-B.)*, [1967] R.C.S. 792 ; *Renvoi sur le Plateau continental de Terre-Neuve (Hibernia)*, [1984] 1 R.C.S. 86.
 13. Nigel BANKES, « Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia », (1991) 29 *Alta. L. Rev.* 792 et « Constitutionalized Intergovernmental Agreements and Third Parties: Canada and Australia », (1992) 30 *Alta. L. Rev.* 524.
 14. L'entente n'est pas publiée, mais plusieurs lois ont été adoptées afin de la mettre en œuvre : M. HAWARD, « The Offshore », dans B. GALLIGAN *et al.* (dir.), *Intergovernmental Relations and Public Policy*, Sydney, Allen & Unwin, 1991, 109, p. 115 et s.
 15. Au Canada, la délégation de pouvoirs législatifs d'une assemblée parlementaire à une autre est inconstitutionnelle : *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1951] R.C.S. 31. Par contre, la Cour suprême du Canada a statué que la délégation de tâches exécutives ou administratives à un organe relevant d'un autre ordre de gouvernement ne contrevenait pas à la Constitution : *Re Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, [1978] 2 R.C.S. 1198 ; P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 19. À noter que la délégation parlementaire (d'un état au Commonwealth) est – par contre – autorisée en Australie : art. 51 (xxxvii) de la Constitution australienne.
 16. *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)*, 2001 CFPI 239.
 17. Dans les régimes fédéraux allemand et suisse, les Länder et les cantons administrent le droit fédéral : Philippe LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1998, n^o 218 ; R.E. GERMANN, *Administration publique en Suisse, vol. I : L'appareil étatique et le gouvernement*, Berne/Stuttgart/Vienne, Haupt, 1996, p. 32 et s. À noter que dans le Rapport de la Commission Séguin, l'expression « fédéralisme mandataire » est utilisée pour décrire ce type de fédéralisme « administratif » ou « exécutif » : QUÉBEC, *Rapport de la Commission d'enquête sur le déséquilibre fiscal*, Ann. 2, (Président : M. Yves Séguin) en ligne : Gouvernement du Québec <www.desequilibrefiscal.gouv.qc.ca> (date d'accès 20 mars 2003) [QUÉBEC, *Déséquilibre fiscal*], p. 27-28.

La fédération belge offre un autre exemple particulièrement édifiant du recours aux ententes intergouvernementales pour contourner une répartition des compétences jugée encombrante par les acteurs publics. En Belgique, l'éducation relève des Communautés, alors que la résorption du chômage et le placement des chômeurs sont de compétence régionale¹⁸. La Communauté française, responsable des écoles, n'avait pas suffisamment de fonds pour installer des ordinateurs dans celles-ci. La Région wallonne a souhaité conclure une entente afin, notamment, de financer l'achat d'ordinateurs pour les écoles de la Communauté française situées en territoire wallon. Le Conseil d'État, appelé à rendre un avis sur la légalité et la constitutionnalité des projets de normes de mise en œuvre de cet accord, a souligné que la Région outrepassait ses compétences¹⁹. Les avocats de la Région ont astucieusement suggéré que les compétences de la Région en matière de résorption du chômage l'autorisaient à intervenir puisqu'en offrant une meilleure formation aux élèves en amont, le chômage s'en trouverait diminué, à terme, en aval. Le Conseil d'État n'a pas été convaincu par l'argument. L'entente a néanmoins été signée, l'avis du Conseil d'État n'étant pas contraignant²⁰. Il est indubitable qu'une telle entente a pour effet de rajuster la répartition formelle des compétences²¹.

En somme, des ententes intergouvernementales peuvent moduler *l'exercice* de compétences, quoiqu'elles ne puissent pas formellement modifier la répartition de celles-ci. Elles peuvent également formaliser des arrangements particuliers, qu'ils soient ou non conformes à l'ordonnancement officiel du système fédéral en cause. En d'autres mots, les ententes intergouvernementales peuvent modifier le paysage constitutionnel, tout en évitant les amendements constitutionnels.

-
18. Le système fédéral belge repose sur une complexe répartition des compétences entre l'État fédéral et deux types d'entités fédérées – les Communautés et les Régions – dont les territoires se chevauchent mais ne correspondent pas totalement. Delpérée parle ainsi d'un « fédéralisme de superposition » : F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, p. 389 [DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*]. Voir aussi A. LECOURS, « Belgium » dans Forum of federations, *Handbook of Federal Countries*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002, 58, p. 61-62.
19. Conseil d'État, avis n° L.30.037-2 relatif à deux propositions de décrets portant assentiment à l'accord de coopération relatif au refinancement de la Communauté française par la Région wallonne, Doc. Parl., C.C.F., S.O., 1999/2000, n° 95-1, p. 17. La section de législation du Conseil d'État (un organe fédéral mais divisé linguistiquement) rend des avis consultatifs sur tous les projets de législation, qu'ils émanent des autorités centrales ou fédérées : *Loi coordonnées sur le Conseil d'Etat* du 12 décembre 1973 (M.B. 21.03.1974), art. 2. Ces avis ne sont pas contraignants et sont régulièrement ignorés.
20. En réponse aux objections du Conseil d'État, les parties ont simplement changé le titre de l'accord, sans en modifier le contenu. Ainsi un accord de coopération relatif au « Refinancement de la Communauté française par la Région wallonne » a fait place au « financement de la coopération dans le contexte des politiques croisées ».
21. Un tel arrangement pourrait faire l'objet d'un contrôle constitutionnel *a posteriori*. Mais il est peu probable que les parties soumettent aux tribunaux une entente qu'ils viennent de conclure. Quant aux tiers, ils doivent auparavant démontrer leur qualité pour agir. Ceci n'est pas impossible, quoique les tribunaux belges soient beaucoup plus réticents à reconnaître une qualité pour agir dans l'intérêt public aux tiers que ne le sont les tribunaux canadiens, par exemple.

ii) *Le maintien d'un flou artistique autour de la répartition des compétences*

Une entente intergouvernementale peut être rédigée de façon ambiguë afin de réaliser une collaboration dans un domaine de politiques publiques particulier, tout en permettant aux signataires d'adhérer à des interprétations distinctes de la situation constitutionnelle²². Ainsi, l'entente Canada-Québec en matière de main-d'œuvre n'est pas qualifiée de la même manière par les deux partenaires²³. Selon le gouvernement fédéral, une partie de cette entente vise à mettre en œuvre la loi fédérale sur l'Assurance-emploi. À une exception près, le gouvernement du Québec est plutôt d'avis que le domaine de politiques publiques concerné ne relève aucunement des compétences fédérales, mais plutôt des compétences provinciales relatives à l'éducation et à la politique de l'emploi pour lesquelles le Québec perçoit des fonds fédéraux par le biais du pouvoir de dépenser. En fait, la *Loi sur l'assurance-emploi* n'est même pas mentionnée dans l'entente Québec-Canada, alors qu'elle l'est dans les ententes bilatérales conclues avec les autres provinces. Pour Ottawa, cela ne signifie aucunement que la loi ne soit pas d'application. Pour le Québec, cette omission reflète sa propre conception de la répartition des compétences.

En somme, les parties sont parvenues à s'entendre afin de mettre sur pied un arrangement en matière de main-d'œuvre – pour répondre à un impératif de politiques publiques – tout en conservant une dose d'ambiguïté sur le volet constitutionnel. Sans cette ambiguïté, il est probable que l'entente n'aurait pu être conclue²⁴.

iii) *L'alternative aux réformes constitutionnelles*

En Suisse, certaines « conventions intercantionales » constituent des armes défensives visant à prévenir un transfert de compétences des cantons vers

22. Les constitutionnalistes belges parlent – de manière plus générale – du phénomène de la « double-lecture ».

23. Sur les différents modèles d'ententes en matière de main-d'œuvre, voir T.R. KLASSEN, « The Federal-Provincial Labour Market Development Agreements », dans T. McINTOSH, *Federalism, Democracy and Labour Market Policy in Canada*, Montreal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 2000, 158, p. 176 et s. Sur les différentes catégorisations de ces ententes, voir J. POIRIER, « Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union », (2002) 13 R.N.D.C. 355 [POIRIER, « Social Union »].

24. Il est important de souligner que si les parties peuvent trouver avantageux de conclure une entente ayant pour effet de maintenir un flou artistique sur la répartition formelle des compétences, cette ambiguïté peut avoir des conséquences négatives sur les tiers. Pour ne donner qu'un exemple, si un aspect de la politique de l'emploi relève des compétences fédérales, mais est « administrativement délégué » à une province, la loi fédérale sur les langues officielles s'appliquera. Par contre, s'il s'agit d'un domaine de compétence provinciale, pour lequel la province perçoit une contribution dans le cadre de son pouvoir de dépenser, ce sera le régime linguistique de la province qui trouvera application : voir *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)* (2001), [2002] 2 C.F. 164 (1^{re} inst.). Pour une discussion de cette affaire, voir POIRIER, « Social Union », *supra*, note 23.

les autorités centrales dans des domaines où une dose d'uniformité est jugée essentielle. L'exemple le plus récent est la mise sur pied de la Conférence universitaire suisse, issue d'un arrangement multilatéral et qui est conçue comme une alternative à la cession de compétences en matière d'éducation universitaire par les cantons en faveur de la fédération. Les ententes de ce type servent ainsi d'antidote à la centralisation²⁵.

Alors que les amendements constitutionnels sont relativement fréquents en Suisse, ils sont d'une extrême rareté au Canada, et, depuis les années 1960, ne portent plus sur la répartition des compétences législatives. Dans ce contexte, les ententes intergouvernementales servent de substituts à des modifications constitutionnelles considérées comme impossibles à réaliser. C'est le cas, par exemple, de l'Entente-cadre relative à l'Union sociale²⁶. À l'origine, cette entente visait à clarifier les rôles et les responsabilités respectives des gouvernements fédéral et provinciaux dans le domaine de la protection sociale et à encadrer le pouvoir fédéral de dépenser dans des domaines de compétence provinciale²⁷. De la même manière, une série d'ententes bilatérales intervenues entre Ottawa et neuf des dix provinces en matière de main-d'œuvre sont invoquées comme démonstration que le fédéralisme peut se « renouveler » en marge de la Constitution. Les ententes serviraient ainsi de solutions « non constitutionnelles » à des problèmes d'ordre constitutionnel. De telles ententes sont évidemment décrites pour exactement les mêmes motifs : c'est-à-dire qu'elles ne constituent que de pâles substituts à des réformes constitutionnelles que les acteurs n'ont plus la capacité ou la volonté d'entamer.

Les ententes intergouvernementales permettent également la mise en place d'arrangements asymétriques, lorsqu'une reconnaissance formelle de l'asymétrie est politiquement difficile, voire impossible. Les ententes particulières entre Ottawa et les provinces de l'Atlantique en matière de développement économique, ou entre Ottawa et Québec en matière d'immigration, en constituent des exemples²⁸. Les ententes permettent ainsi

25. Cette fonction « défensive » semble également avoir cours en Allemagne : M.J. GARCÍA MORALES, « La cooperación en los federalismos europeos : significado de la experiencia comparada para el Estado autonómico », (2002) 1 *Revista de estudios autonómicos* 103, 106 et 115 ; M.J. GARCÍA MORALES, *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos : estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*, Madrid, McGraw Hill, 1998 [GARCÍA MORALES, *Convenios de colaboración*], p. 54-55.

26. En ligne : Gouvernement du Canada, <www.unionsoziale.gc.ca> (date d'accès 20 mars 2003).

27. Le gouvernement du Québec, qui avait participé à des négociations interprovinciales antérieures, a refusé d'adhérer à l'Entente-cadre lorsque les autres provinces et le gouvernement fédéral se sont entendus sur un texte final qui ne fait qu'imposer des contraintes de communication à l'État fédéral avant qu'il n'intervienne directement dans une sphère de compétences provinciales : A. GAGNON (dir.), *L'Union sociale sans le Québec*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 2000.

28. L'entente Ottawa-Québec en matière d'immigration reconnaît une place beaucoup plus importante au Québec en ce qui a trait à la sélection des immigrants que ce n'est le cas dans les autres provinces, et ce, en raison des demandes formulées par le Québec. Selon José Woehrling,

d'effectuer indirectement ce que l'on ne peut – ou l'on ne veut – instaurer directement. Encore une fois, les ententes de ce type ont une fonction para-constitutionnelle.

iv) La mise en œuvre effective de réformes constitutionnelles

Dans le contexte de fédéralisme par dissociation, les ententes intergouvernementales peuvent servir à compléter ou à mettre en œuvre divers aspects d'une réforme constitutionnelle. C'est le cas, par exemple, d'une série d'accords de coopération que les membres de la fédération belge *doivent* conclure afin de concrétiser un transfert de compétences vers les entités fédérées²⁹. En effet, dans des sphères névralgiques, ou dans des domaines où les négociateurs ne parviennent pas à régler certaines questions délicates, des renvois seront faits dans les lois spéciales à des accords de coopération. En somme, un transfert de compétence pourra être potestatif : les règles constitutionnelles permettent ce transfert, mais il n'entrera en vigueur que lorsque les nouveaux titulaires des compétences se seront entendus sur une série de questions. Dans l'intervalle, la situation préexistante est maintenue.

En Espagne également – où la restructuration de l'État selon un modèle asymétrique s'effectue de manière progressive –, deux types d'ententes intergouvernementales servent à compléter le transfert des compétences vers les communautés autonomes³⁰. Ces ententes assurent notamment le transfert de ressources financières et humaines habilitant ces dernières à assumer leurs nouvelles responsabilités constitutionnelles. Contrairement aux accords de coopération belges mentionnés ci-dessus, la conclusion de ces ententes n'est pas essentielle au transfert formel des compétences, mais elles sont indispensables à la concrétisation de tels transferts.

Dans un sens, la fonction paraconstitutionnelle de telles ententes intergouvernementales est tout à fait explicite, et non pas latente. C'est de manière délibérée que les constituants (ou les législateurs constitutionnels) comptent sur des ententes pour compléter leur œuvre. Toutefois, il appert que les parties à une négociation constitutionnelle préfèrent parfois postposer la résolution de questions difficiles, en prévoyant que les « détails » ne seront fixés que plus tard, dans un contexte politique moins chargé, et souvent moins

les ententes en matière d'immigration conclues avec d'autres provinces que le Québec le sont souvent à l'initiative d'Ottawa, qui souhaite ainsi minimiser la reconnaissance d'un statut spécial pour le Québec : J. WOEHLING, « Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté au Canada et au Québec », dans M. COUTU *et al.* (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté : une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, Montréal, Thémis, 1999, 269, p. 277-279.

29. Voir art. 92 *bis* (2)(3)(4)(4bis)(4ter)(4quater)(4quinquies) de la *Loi spéciale de réformes institutionnelles* du 8 août 1980 (M.B. 15.08.1980), telle qu'amendée.

30. Voir la section II.1.2 de POIRIER, « Barcelone », *supra*, note 4.

assujetti au contrôle politique, parlementaire ou médiatique. De cette manière, la prétendue mise en œuvre d'une réforme institutionnelle constitue en réalité une partie intégrante de cette réforme, sans la rigidité, et sans le respect pour les procédures afférentes à celle-ci.

Enfin, en Belgique, le recours aux accords de coopération permet aux entités fédérées qui ne sont pas parties intégrantes du processus de réformes institutionnelles, de jouer un rôle direct dans celui-ci. En effet, les réformes constitutionnelles successives, qui ont pour objet principal de transférer des compétences de l'État central vers les entités fédérées, ne sont formellement adoptées que par les parlementaires fédéraux. Le processus repose sur des votes qualifiés : les propositions devant récolter non seulement les deux tiers des voix exprimées³¹, mais surtout, la majorité absolue de chacun des groupes linguistiques néerlandophone et francophone au sein du Parlement fédéral³². De telles majorités assurent un large consensus parmi les parlementaires issus des deux grandes communautés linguistiques et culturelles du pays, mais elles ne permettent pas aux parlementaires des entités fédérées de se prononcer directement sur les projets de modification qui les intéressent au premier plan. Dans ce contexte, le renvoi à des accords de coopération pour mettre en œuvre – ou compléter – les réformes institutionnelles associe les « nouveaux » détenteurs de compétences au processus de réformes dont elles sont normalement exclues, par le biais de mesures de nature contractuelle. De ce fait, les accords de coopération altèrent – de manière officieuse – la procédure de modifications constitutionnelles. La mutation des acteurs officiels constitue assurément une fonction latente de ces accords de coopération³³.

B. LE RÔLE DU JUGE FACE À LA PRATIQUE DES ENTENTES INTERGOUVERNEMENTALES DANS DIVERS RÉGIMES FÉDÉRAUX : L'ÉVANESCENTE FRONTIÈRE ENTRE LE DROIT ET LE NON-DROIT

Nous avons vu que les ententes intergouvernementales remplissent des rôles similaires dans des fédérations aux caractéristiques très diverses. Pourtant, en dépit de cette convergence de fonctions, il est frappant de constater que ces instruments sont appréhendés de manière radicalement différente par le droit public de différents régimes fédéraux. Les divergences relatives au rôle du droit positif en ce qui a trait aux ententes intergouvernementales – et donc à la légitimité de l'intervention judiciaire dans les relations entre composantes d'une fédération – sont de deux ordres.

31. Le quorum devant quant à lui être également des deux tiers des parlementaires.

32. Art. 4, 39, 126-129, 77 et 195 de la Constitution belge.

33. Sur cette fonction des accords de coopération « obligatoires » dans le cadre des dernières réformes institutionnelles de 2001, voir J. POIRIER, « Le rôle des accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles : instruments d'exécution ou d'ingénierie constitutionnelle ? », dans *Les Accords du Lambert et du Lombard : approfondissement du fédéralisme ou erreur d'aiguillage ?*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

En premier lieu se pose la question du statut même des ententes : s'agit-il de contrats entre autorités publiques, voire de traités assimilables aux ententes relevant du droit international public ? Ou s'agit-il plutôt d'accords de nature politique, de simples « *gentlemen's agreements* » ? Cette question sera abordée dans la première partie de la présente section.

En second lieu, en tenant pour acquis que ces ententes peuvent avoir un statut juridique, se pose la question de la place qu'elles occupent dans la hiérarchie des normes. La principale préoccupation, dans ce contexte, est de savoir si un accord bilatéral ou multilatéral doit avoir préséance sur une norme législative unilatérale de l'une des parties. Le conflit qui se profile alors oppose les tenants de la stabilité des relations intergouvernementales – notamment par le biais du recours au droit – et les tenants d'une certaine forme de liberté d'action de chacun des ordres de gouvernement, notamment pour des considérations d'ordre démocratique³⁴.

1. La nature des ententes intergouvernementales entre les parties signataires

De prime abord, il semble exister une distinction entre les régimes fédéraux qui reconnaissent un caractère juridique aux ententes intergouvernementales et ceux qui les considèrent plutôt comme des accords de nature politique. Or un examen plus approfondi révèle qu'en réalité, il existe au sein de tous les systèmes fédéraux ayant recours aux accords de coopération une forme « d'échelle de contractualité » sur lesquelles les différentes ententes se situent. Cette échelle n'est cependant pas nécessairement identique dans les deux cas.

À une extrémité de cette échelle, l'on trouve des ententes s'apparentant à des contrats privés (un bail entre deux ordres de gouvernement, ou un achat de services, par exemple)³⁵. À l'autre extrémité, l'on trouve de vagues et diplomatiques déclarations d'intention annonçant des collaborations futures et encore indéfinies. Le contenu de ces ententes en rend une éventuelle exécution par des instances judiciaires fort peu probable.

34. Les deux questions portent ainsi sur le statut juridique des ententes *inter partes*, c'est-à-dire entre les parties qui les concluent. Le cadre de la présente contribution ne permet pas d'aborder l'importante question du statut des ententes par rapport aux tiers.

35. Les ententes « constitutionnalisées », telles que les « *Terms of Union* » qui ont encadré l'adhésion de nouvelles provinces au Canada, se situent à cette même extrémité. Toutefois, ces ententes faisant partie intégrante de la Constitution canadienne (art. 52(2)b) et Annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*), leur statut pose peu de problèmes, quoique leur contenu précis puisse faire l'objet d'âpres litiges : p. ex. *Canada (Procureur Général) c. Colombie-Britannique (Procureur général) (Re Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver)*, [1994] 2 R.C.S. 41 [*Re Chemin de fer de l'Île de Vancouver*].

La vaste majorité des ententes se situent dans une zone grise, quelque part entre ces deux extrémités. La réunion d'un certain nombre de critères – un « faisceau d'indices » – permettra d'en déterminer le statut juridique³⁶. Ces critères ne doivent pas nécessairement être tous réunis. Ils servent essentiellement à tenter de cerner l'intention des parties d'être – ou non – liées sur le plan juridique. Calqués sur l'analyse du droit des contrats et des traités internationaux, il s'agit, en résumé :

- du langage utilisé³⁷ ;
- du degré de précision des obligations ;
- du type d'obligations (certaines ne pouvant jamais donner lieu à des engagements juridiques)³⁸ ;
- de la présence d'engagements financiers³⁹ ;
- du respect de certaines formalités de conclusion ;
- du comportement et du discours des parties quant à l'entente en cause ;
- de l'inclusion de mécanismes de résolution des différends.

Si une telle « échelle de contractualité » semble exister dans toutes les fédérations, il convient néanmoins de souligner que cette frontière fluide entre les ententes de nature politique et juridique n'est pas appréhendée de la même manière au sein des différents régimes fédéraux.

36. S.A. KENNETT, « Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment », (1993) 31 *Alta L. Rev.* 644, 656.

37. En anglais, l'utilisation de « shall » plutôt que de « will » laisse généralement présumer une volonté de contracter des obligations juridiques : P. GAUTIER, *Essai sur la définition des traités entre États : la pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 365-367. En français, les obligations juridiques sont généralement formulées à l'indicatif présent, alors que le recours au futur simple suggère des engagements non contraignants en droit. Ces distinctions ne sont toutefois que des indices d'interprétation et ne sont nullement péremptoires. Ainsi, dans *Re Chemin de fer de l'Île de Vancouver*, *supra*, note 35, par. 148, la Cour suprême du Canada a statué que le terme « shall » pouvait être indicatif et non pas directif.

38. Tel un engagement de ne pas déposer un projet de loi.

39. Dans un contexte de *common law* (une entente entre un État australien et le Commonwealth, par exemple), il pourrait être essentiel d'identifier la « *consideration* ». La situation est plus délicate au Canada, évidemment, puisque cette condition de validité des contrats ne s'applique pas au régime de droit civil en vigueur au Québec. Ainsi, deux ententes identiques conclues entre Ottawa et Québec, d'une part, et Ottawa et l'Ontario, d'autre part, pourraient théoriquement être qualifiées différemment, selon qu'une « *consideration* » ait été versée. À noter que ces différences n'affectent pas que les ententes intergouvernementales, mais également tous les contrats des autorités fédérales, qui sont régis par le droit provincial. La rédaction de ces contrats doit donc tenir compte de ces divergences de droit applicable.

En Belgique, en Suisse ou en Espagne, il existe ce que je qualifierais de « présomption de juridicité »⁴⁰. En d'autres termes, jusqu'à preuve du contraire, les ententes intergouvernementales lient *juridiquement* les parties qui les concluent. Dans ces fédérations, la conclusion des ententes est entourée d'un certain formalisme, qui suggère une intention de créer des obligations juridiques. De même, ces fédérations ont prévu des mécanismes spécifiques de résolution des différends relatifs à ce type d'ententes⁴¹, mécanismes qui constituent également d'importants indices de l'intention des parties de se lier sur le plan juridique⁴². Enfin, la présomption s'appuie notamment sur l'existence d'un cadre législatif spécialement applicable aux ententes. Ce cadre n'est pas déterminant puisqu'une loi peut évidemment encadrer une institution de nature politique et non pas juridique, tel que le Comité de concertation belge. Néanmoins, l'existence d'un tel cadre semble influencer sur la perception qu'ont les analystes de la nature de l'institution.

Par contre, la présomption semble inversée dans un certain nombre de fédérations, notamment celles fondées sur des principes de droit britannique. L'attitude semble ici davantage que les ententes intergouvernementales constituent des *gentlemen's agreements* jusqu'à preuve du contraire. Une telle preuve peut cependant être apportée, notamment par le recours aux indices identifiés plus haut. En d'autres termes, la frontière entre le droit et le non-droit ne se situe peut-être pas exactement au même endroit dans ces deux types de fédérations, et ce, relativement à des ententes similaires, remplissant des fonctions identiques. Toutefois, une telle frontière existe bel et bien dans les deux types de fédérations, qui connaissent ainsi, en dépit de leurs présomptions respectives, des ententes de nature juridique et de nature politique.

Cela dit, la distinction entre le statut juridique et politique des ententes est souvent sans conséquence pratique. En effet, si l'on adopte une analyse plus sociologique du droit, il appert que les ententes sont généralement respectées dans tous les régimes juridiques, comme s'il s'agissait de normes classiques du

40. Philippe Gautier utilise cette expression dans le contexte de l'analyse de la nature des « *gentlemen's agreement* » ou « *memorandum of understanding* », en droit international : P. GAUTIER, *supra*, note 37, p. 373-374.

41. En Suisse, le Tribunal fédéral est compétent, et il applique le droit international public par analogie. Il en va de même en Autriche. En Espagne, il s'agit d'un tribunal administratif. En 1989, la Belgique, véritable laboratoire du fédéralisme, a institué des tribunaux arbitraux particuliers – communément appelés « juridictions de coopération » – chargés de l'interprétation et de l'exécution des accords de coopération. Bien que dotées d'un régime normatif très complexe, ces juridictions de coopération n'ont jamais été réellement mises sur pied. Jusqu'à maintenant, les conflits se résolvent apparemment toujours par la voie politique.

42. Il convient de souligner, toutefois, que le fait que la résolution des différends n'ait pas été confiée à des cours ou tribunaux existants (notamment la Cour d'arbitrage), mais à des instances arbitrales particulières, dont un seul des trois membres doit être un magistrat professionnel, signale une part d'ambivalence quant au caractère réel de ces accords de la part des responsables politiques qui ont formellement mis sur pied le régime des accords de coopération.

droit positif. De cette manière, même les ententes « politiques », ou qui ne satisfont pas à suffisamment de critères de juridicité, ont un statut de « *soft law* ». En fait, la grande majorité des fonctionnaires « sectoriels »⁴³ interrogés dans le cadre de mes recherches étaient convaincus que les ententes, qu'ils avaient négociées et qui encadraient leurs relations avec d'autres partenaires de la fédération, étaient aussi contraignantes en droit que les lois ou les règlements⁴⁴. En d'autres termes, peu importe leur statut exact en droit positif, les ententes ont généralement une *effectivité* équivalente – voire supérieure – aux normes formelles⁴⁵.

De plus, à l'instar des contrats relationnels⁴⁶, les parties vont toujours tenter de régler leurs différends relatifs à une entente de manière non judiciaire, notamment par la négociation. C'est le cas même lorsque la voie judiciaire est disponible⁴⁷, soit parce que l'entente est clairement contraignante en droit, soit parce qu'elle prévoit explicitement un recours aux tribunaux en cas de litiges. En d'autres termes, qu'elles soient contraignantes en droit ou non, les ententes sont très généralement respectées et renégociées plutôt que dénoncées unilatéralement par les exécutifs qui les concluent.

Mais s'il n'est pas toujours déterminant dans la pratique, le droit positif n'en perd pas pour autant toute pertinence. En effet, face à l'échec de négociations avec un partenaire récalcitrant ou représenté par un nouveau gouvernement ne se sentant pas lié par les engagements de ses prédécesseurs, la qualification « juridique » d'une entente, de même que la possibilité d'en référer à une instance judiciaire ou à un collège arbitral, peut s'avérer éminemment pertinente.

2. La place des ententes intergouvernementales dans la hiérarchie des normes

Bien qu'elle puisse réaménager l'exercice de compétences dans un processus d'ingénierie constitutionnelle, une entente intergouvernementale ne

43. C'est-à-dire les fonctionnaires responsables d'un domaine de politique publique.

44. Les juristes, par contre, sont parfois beaucoup plus divisés. Ainsi, des avocats œuvrant au sein d'un même ministère qualifiaient différemment une entente qui avait fait l'objet d'un litige devant la Cour fédérale. Pour certains, il s'agissait d'un accord informel. Pour d'autres, l'entente liait les parties en droit.

45. G. ROCHER, « L'effectivité du droit » dans A. LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal-Bruxelles, Thémis-Bruylant, 1998, 135. Voir aussi, D. MOCKLE, « Gouverner sans le droit : mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 141, et F. HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville, Yvon Blais, 2001.

46. C'est-à-dire les contrats qui s'insèrent dans une relation à long terme entre les parties et non pas les contrats ponctuels.

47. Le terme comprend ici les instances judiciaires traditionnelles, de même que les tribunaux administratifs ou arbitraux spéciaux.

peut – formellement – modifier la répartition constitutionnelle des compétences législatives entre ordres de gouvernement. Une entente ne peut non plus contrevenir aux droits fondamentaux⁴⁸. Ainsi, les ententes intergouvernementales sont subordonnées aux normes constitutionnelles.

Au-delà de cette constante, situer les ententes intergouvernementales à caractère juridique (c'est-à-dire celles qui ont cumulé suffisamment d'indices pour franchir le seuil de la juridicité) dans la hiérarchie des normes de différents régimes fédéraux est particulièrement complexe. Un tel exercice, qui dépasse largement les paramètres de la présente contribution, nécessite une analyse poussée du régime constitutionnel et administratif de chaque État concerné⁴⁹. La présente analyse portera donc essentiellement sur une question-clé : celle de la relation entre une entente et une norme législative postérieure à cette entente et qui y serait expressément contraire. Dans ce contexte, deux scénarios doivent être considérés.

Premièrement, on peut imaginer une entente dûment conclue entre exécutifs, mais qui n'a reçu aucun assentiment parlementaire ou qui n'a pas été mise en œuvre par le biais de normes législatives. Se pose alors la question de savoir si l'assemblée législative de l'une des parties peut valablement adopter une loi contredisant cet accord, soit de façon implicite (les contenus étant incompatibles), soit de manière expresse (la loi exprimant clairement une intention de déroger aux termes de l'entente).

Le second scénario est une variation sur ce thème. Il faut imaginer la même entente, mais ayant reçu un assentiment parlementaire ou ayant été mise en œuvre par le biais de normes législatives par chacun des signataires. Il s'agit alors de déterminer si l'assemblée législative de l'une des parties peut valablement révoquer cet assentiment ou cette mise en œuvre, ou adopter une loi contredisant cet accord, encore une fois de manière implicite (les contenus étant incompatibles), ou de manière expresse (la loi exprimant clairement une intention de déroger aux termes de l'entente).

Dans le premier scénario, les législateurs n'ont pas approuvé l'entente. Sont-ils néanmoins liés par celle-ci ? Dans le second, ils ont donné leur accord, mais l'une des assemblées législatives concernées entend modifier sa position à cet égard. Le droit public de la fédération en question autorise-t-il un législateur d'agir de la sorte ?

48. Même dépourvue de statut juridique, une entente doit respecter les droits et libertés enchâssés, par exemple, dans la Charte canadienne : voir, par analogie, *Operation Dismantle Inc. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441.

49. Une telle analyse requiert, par exemple, une évaluation de l'autonomie formelle du pouvoir exécutif par rapport au pouvoir législatif, afin de déterminer si des règlements peuvent être modifiés par voie législative, et, par ricochet, si des ententes de nature « administrative » peuvent être modifiées par le biais de loi.

Dans les régimes fédéraux enchâssant un principe de souveraineté parlementaire, la réponse aux deux scénarios est la même. Un parlement n'est pas lié par les actes de l'exécutif et peut y déroger⁵⁰. De même, une assemblée ayant donné son aval à une entente intergouvernementale peut subséquemment retirer son appui à cet acte⁵¹. Dans un tel contexte, une entente qui aurait un caractère juridique lierait clairement les exécutifs signataires, mais elle perdrait sa force normative dans l'ordre juridique de l'une des parties si l'assemblée législative de cette dernière en décidait ainsi⁵².

Dans ce cas de figure, la loi (par définition, unilatérale) a préséance sur une entente bilatérale ou multilatérale. Si l'entente n'est pas entérinée par une loi, elle lui est clairement subordonnée⁵³. Si, par contre, elle est incorporée par voie législative, elle peut acquérir un statut équipollent à la loi. Elle est néanmoins vulnérable à une dénonciation législative postérieure.

Une telle faculté de dénonciation unilatérale par le biais d'une norme législative est généralement décriée dans les régimes fédéraux « continentaux ». Ainsi, en Suisse, le droit « intercantonal » – et donc les conventions intercantionales – prime le droit de chacun des cantons. De ce fait, une assemblée législative cantonale ne peut – même avec l'appui de la population par le biais d'un référendum – dénoncer unilatéralement une convention intercantonale⁵⁴. En Allemagne, la Cour constitutionnelle a utilisé le concept de « loyauté fédérale » pour forcer le gouvernement fédéral à respecter les termes d'une entente intergouvernementale⁵⁵. En Belgique, la doctrine dominante

50. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525 ; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199 [Wells].

51. Et ce, même si elle ne l'a pas simplement approuvée, mais bien « incorporée » : *Entreprises de rebuts Sanipan c. Québec (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 821 (C.S.) ; *Unilever Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720 (C.S.).

52. La question de la responsabilité des exécutifs dans un tel cas, et de la nature d'éventuelles réparations, est controversée : voir par analogie : *Wells, supra*, note 50, et P.J. MONAHAN, « Is the Pearson Airport Legislation Unconstitutional? The Rule of Law as a Limit on Contract Repudiation by Government », (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 411.

53. *Re Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

54. La situation est beaucoup moins claire pour les très rares conventions auxquelles l'État central est partie, puisque le droit fédéral prime le droit intercantonal (art. 49, Constitution suisse). Une convention fédérale-cantonale constitue-t-elle du droit fédéral ou du droit cantonal ? Par ailleurs, le Tribunal fédéral ne contrôle pas la constitutionnalité des lois fédérales au contraire des lois cantonales et des conventions intercantionales (art. 189 et 191, Constitution suisse). Dès lors, une éventuelle violation d'une convention fédérale-cantonale par le biais d'une loi fédérale ne serait pas sanctionnée.

55. Il est important de noter, toutefois, que la Cour constitutionnelle allemande ne s'est jamais catégoriquement prononcée sur la primauté entre une entente et une norme législative (par définition, unilatérale) postérieure à cette entente, et qui en contredirait le contenu. En effet, le principe de *Bundestreue* n'a été invoqué que pour casser des actes de l'Exécutif et non pas pour invalider des normes législatives. La Cour constitutionnelle a néanmoins souligné, de manière incidente, que même les législateurs étaient tenus de tenir compte des intérêts des autres partenaires de la fédération, en raison de la loyauté fédérale. Pour une analyse de la jurisprudence relative à la *Bundestreue*, voir D.P. KOMMERS, *The Constitutional*

écarter cette possibilité, en soutenant qu'admettre une dénonciation unilatérale contreviendrait à l'esprit de l'institution des accords de coopération, introduite dans le droit public belge en 1989-1989. Une entente étant par définition bilatérale ou multilatérale, elle ne saurait être dénoncée unilatéralement⁵⁶.

Ainsi, il semblerait que, dans ces fédérations, une assemblée législative qui a donné son assentiment à une entente ne puisse le retirer subséquemment. L'assemblée ne disposerait ainsi que d'un pouvoir à « sens unique ». En l'absence de jurisprudence, la doctrine dominante semble suggérer qu'une fois l'assentiment législatif obtenu, la norme « inter-fédérale » créée aurait préséance sur le « droit interne » de chacune des entités⁵⁷. Elle ne pourrait dès lors être dénoncée unilatéralement⁵⁸.

En d'autres termes, les régimes fédéraux que je qualifierais de « continentaux » privilégient la norme négociée, alors que les systèmes fédéraux « anglo-saxons » privilégient la norme unilatérale. Ainsi, une situation comme celle qui a opposé le gouvernement fédéral canadien et certaines provinces lors de la modification unilatérale par le premier de la formule de cofinancement de certains programmes sociaux n'aurait sans doute pas trouvé la même issue en Belgique, en Allemagne, en Espagne ou en Suisse⁵⁹.

Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 2^e éd., Durham-Londres, Duke University Press, 1997, p. 69-75 ; voir aussi J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « On Federal Loyalty », article en préparation dont l'auteur a généreusement accepté que je prenne connaissance.

56. Il s'agit essentiellement d'une analyse doctrinale : voir notamment M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge : Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 869 et s. et G. CRAENEN (dir.), *The Institutions of Federal Belgium: An Introduction to Belgian Public Law*, Louvain, Acco, 1996, p. 37. En effet, aucun texte législatif ou constitutionnel ne précise la place des accords de coopération face aux normes unilatérales postérieures et contraires des parties contractantes. Moerehout estime que la question de la hiérarchie des normes n'est pas réglée et que la primauté des accords de coopération sur la législation des partenaires fédéraux reste douteuse : R. MOERENHOUT, « De samenwerking tussen de federal Staat, de gemeenschappen en de gewesten (1996-2000) », (2001) 9 *Tijdschrift bestuurwetenschappen publiekrecht* 595, 617.
57. Cette règle est explicitement prévue par la constitution suisse.
58. L'analyse suit – par une sorte d'analogie implicite – le rôle réservé aux assemblées législatives relativement aux traités internationaux. En Belgique, ceux-ci doivent recevoir l'assentiment des assemblées, mais ces dernières sont impuissantes pour retirer cet assentiment par la suite. Seuls les exécutifs peuvent dénoncer un traité. L'assemblée peut l'inviter à le faire, par le biais d'une résolution, par exemple. Mais elle ne peut priver le traité de sa force normative en retirant l'appui précédemment donné. L'impact du raisonnement par analogie à partir du rapport entre le droit interne et le droit international est examiné dans la partie C du présent chapitre.
59. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, *supra*, note 50. Toutefois, il convient de préciser que dans cette affaire, la formule de financement que le gouvernement fédéral avait revue de manière unilatérale ne se trouvait que dans la loi fédérale et non pas dans l'entente. Ainsi, bien que l'arrangement fédéral-provincial – qui était structuré par le biais d'importantes ententes bilatérales et de législations parallèles les mettant en œuvre – ait été modifié unilatéralement, l'entente elle-même n'a pas été dénoncée de manière unilatérale (ce n'était pas nécessaire). Cela dit, le fait que la Cour suprême du Canada n'ait pas imposé ne serait-ce que le respect des délais de dénonciation prévu à la fois dans la loi et l'entente, confirme la primauté accordée à la loi postérieure de l'une des parties, sur une entente bilatérale.

Évidemment, les parties auraient dans un premier temps tenté de renégocier l'entente en cause. Mais, en cas d'échec des négociations, les entités fédérées affectées auraient pu se tourner vers des instances arbitrales/administratives/judiciaires (selon le système) et tenter de bloquer l'action du partenaire qui souhaitait mettre un terme à un accord de manière unilatérale⁶⁰.

3. Le droit : symbole de l'esprit fédéral et instrument de *realpolitik*

Le fait de qualifier une entente de « juridique » et d'invoquer la légitimité du droit à son endroit comporte une charge symbolique importante dans un régime fédéral. En effet, dans un scénario où les ententes sont contraignantes en droit et ne peuvent être dénoncées unilatéralement, les partenaires peuvent compter sur la parole donnée, et sur un arbitre extérieur – en principe neutre et impartial⁶¹ – qui peut faire respecter cette parole donnée, en dépit de rapports de force désavantageux pour une partie plus faible.

Le droit – qu'il s'agisse du droit des contrats ou des traités internationaux – prévoit des justifications pour l'inexécution d'une obligation contractuelle⁶². Des considérations politiques peuvent être alléguées dans ce contexte. Ce que le droit positif ajoute – par rapport à des relations de nature « purement » politique – c'est une obligation de se justifier devant une instance judiciaire ou quasi judiciaire, et non pas uniquement face à son électorat⁶³. Dans un tel contexte, le droit positif peut mettre une partie à l'abri de pressions exercées par une autre partie et lui permettre de s'en référer à un tiers. Le statut juridique des ententes impliquerait ainsi une conception de l'égalité entre les composantes d'une fédération, gage de l'esprit fédéral dans bon nombre de fédérations⁶⁴.

60. J'insiste cependant sur le fait qu'il s'agit ici d'une hypothèse de travail qui demande à être testée à l'aune – notamment – des règles de droit judiciaire applicable.

61. La désignation des arbitres – y compris la prérogative de nommer les juges – soulève évidemment des questions à cet égard. Toutefois, ces questions ne sont encore une fois pas limitées à la problématique des ententes intergouvernementales.

62. Dont le changement fondamental de circonstances, l'impossibilité d'exécution en droit civil ou la doctrine de la « frustration » en *common law* : I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 623 et s. ; art. 1693-1694 du *Code civil du Québec* ; art. 61-62 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités* ; J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Dartmouth, Aldershot, 1990, p. 38.

63. Évidemment, le droit positif devrait normalement également inclure la possibilité, en dernière instance, de recourir à des mesures d'exécution garanties par l'État. L'exécution des décisions défavorables aux acteurs étatiques est toutefois une question technique fort complexe qui dépasse les paramètres de la présente contribution. Même lorsqu'il n'est pas exécutoire toutefois, un prononcé judiciaire (un avis consultatif par le biais d'une référence, ou un jugement déclaratoire, par exemple) a une force normative indéniable.

64. Il s'agit bien entendu d'une conception théorique, souvent démentie dans les faits, et ce, à l'instar du clivage entre la théorie et la pratique des contrats et des traités internationaux...

Toutefois, le droit est une ressource politique à double tranchant⁶⁵. Il peut protéger une partie plus faible face à une partie plus puissante qui souhaiterait remettre ses engagements en cause. Mais il peut tout autant favoriser une partie plus puissante qui refuserait de remettre en cause une situation qui lui est favorable, à la demande d'une autre partie.

Ainsi, l'on peut très bien imaginer un nouveau gouvernement considérant qu'une entente signée des années plus tôt l'empêche de mettre en œuvre des réformes souhaitées par l'électorat. Une entente de nature politique peut être plus facilement dénoncée dans ce contexte. De même, le principe de la souveraineté parlementaire – enchâssé dans les systèmes fédéraux canadien et australien – habilite les parties à modifier unilatéralement leur engagement par le biais d'une loi postérieure dénonçant explicitement un accord, qu'il soit de nature politique ou juridique⁶⁶. Cette liberté de changer d'avis traduit des préoccupations démocratiques louables. Une entente de nature juridique, et qui ne peut être remise en cause sans l'aval des autres parties contractantes, peut devenir un instrument brimant la volonté populaire, telle qu'exprimée par les parlementaires. Le statut d'une entente pourrait ainsi priver un gouvernement d'une partie de sa capacité de gouverner librement.

Toutefois, de telles préoccupations ne sont pas inédites ou réservées aux relations intergouvernementales au sein d'une fédération. Elles peuvent tout aussi bien survenir en relation avec un contrat conclu par une autorité publique avec un partenaire privé⁶⁷. De même, un changement politique affectant l'une des parties contractantes à un traité international pourrait amener celle-ci à vouloir renégocier celui-ci ou, à défaut, à le dénoncer unilatéralement par la voie d'une législation expresse en ce sens. Dans un système dualiste⁶⁸, une telle procédure serait indubitablement valide en droit interne, même si elle pouvait entraîner la mise en cause de la responsabilité internationale de cette partie. Dans un régime « moniste », une assemblée législative ne pourrait tout simplement pas légiférer de manière à dénoncer unilatéralement une entente internationale.

L'on peut avancer l'hypothèse que les systèmes qui confèrent une force contraignante aux ententes conclues entre les membres d'une fédération – et qui excluent la possibilité de dénoncer de telles ententes de manière unilatérale –

65. Sur la sociologie politique du droit, voir J. COMMAILLE, « De la "sociologie juridique" à une sociologie politique du droit », dans J. COMMAILLE, L. DUMOULIN et C. ROBERT (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 29, notamment à la p. 36.

66. Cette remise en cause est facilitée du fait que l'exécutif partie à l'entente contrôle généralement la législature.

67. Patrick Monahan soutient que le principe de la primauté du droit (« *the rule of law* ») pourrait servir à baliser la souveraineté parlementaire dans ce contexte : P.J. MONAHAN, *supra*, note 52.

68. Sur l'approche dualiste de droit public canadien face au droit international, voir P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd., Scarborough, Carswell, 1997, ch. 11.4(a) ; *Entreprises de rebuts Sanipan c. Québec (Procureur général)*, [1995] R.J.Q. 821 (C.S.).

privilégient la stabilité des relations intergouvernementales. Par opposition, les systèmes qui préconisent davantage la conception « non juridique » des ententes – et qui reconnaissent aux assemblées législatives le pouvoir de les dénoncer unilatéralement – pencheraient en faveur de la liberté de changer d’avis. Cette dernière est l’une de facettes de la liberté dont jouissent les citoyens de choisir leurs représentants politiques dans les régimes démocratiques.

La troisième partie de la présente contribution tente d’apporter des pistes de réflexion sur la culture juridique sous-jacente à divers régimes fédéraux qui conduisent ceux-ci à favoriser une valeur (la souplesse démocratique – ou le droit de changer d’avis) plutôt qu’une autre (la bonne foi – le respect de la parole donnée).

C. LA « CULTURE JURIDIQUE » COMME ÉLÉMENT D’ANALYSE DU PHÉNOMÈNE FÉDÉRAL

Bien que la pratique des ententes intergouvernementales soit indissociable du phénomène fédéral, nous avons vu que diverses fédérations appréhendent de manière étonnamment différente la place du droit et du juge par rapport à cette pratique. Par le biais de la théorie des cultures – ou des traditions – juridiques⁶⁹, la présente partie a pour but de tenter d’identifier certaines différences de conceptions et de « mentalités » susceptibles d’expliquer le rôle distinct réservé au droit et au « non-droit » dans divers systèmes fédéraux.

Le concept de « culture juridique » renvoie de manière générale « aux idées, valeurs, attentes et attitudes concernant le droit et les institutions juridiques » véhiculées dans une société, ou par un segment de cette société⁷⁰. De manière plus précise, la « culture juridique » peut s’entendre des valeurs, opinions et modes de raisonnement de ceux qui élaborent, interprètent et appliquent le droit⁷¹. Puisqu’il serait audacieux de présumer que la population en

69. Pour une discussion de la théorie des cultures juridiques, voir notamment : D. NELKEN, « Comparing Legal Cultures: An Introduction » et R. COTTERELL, « The Concept of Legal Culture », dans D. NELKEN (dir.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997. Sur les traditions juridiques, voir H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Plus généralement, voir A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2^e éd., Athens/Londres, University of Georgia Press, 1993, p. 1-21 et 107-121.

70. L.M. FRIEDMAN, « The Concept of Legal Culture: A Reply », dans NELKEN, *Comparing Legal Cultures*, supra, note 69, p. 33-39.

71. Il s’agit ici de ce que Friedman qualifie de « culture juridique au sens strict », par opposition à la culture juridique au sens plus large qui relève davantage de la perception et des opinions de l’ensemble de la société concernant le droit et le système juridique. Chez Watson, cette distinction oppose la « culture juridique » et la « tradition juridique », cette dernière correspondant, si je comprends bien, à la « culture juridique » au sens large chez Friedman. Enfin, pour compléter ce tableau sémantique, Cotterell – qui critique le concept même de culture juridique – propose plutôt celui « d’idéologie juridique », un concept qui m’apparaît pourtant correspondre étroitement à celui de la culture juridique au sens strict... En d’autres termes, l’approche préconisée ici est celle de la culture juridique (Watson), de culture juridique au sens strict (Friedman) ou d’idéologie juridique (Cotterell).

général a une quelconque opinion sur des questions techniques et théoriques, telles que celles ayant trait au statut des ententes intergouvernementales, il me semble que l'approche de la culture juridique au « sens strict » est plus appropriée dans le présent contexte.

Il s'agit dès lors de tenter d'identifier certaines valeurs, préconceptions, raisonnements par analogie, paradigmes ou modèles implicites qui sont « intégrés » par les techniciens du droit constitutionnel de différentes fédérations, et qui peuvent potentiellement apporter un éclairage sur les fondements d'une conception divergente du rôle du droit dans les relations intergouvernementales. L'exercice vise ainsi à sonder les « évidences » qui ne sont pas explicitées.

En effet, si l'on a passablement écrit sur les conventions intercantionales en Suisse, ou les accords de coopération en Belgique, la doctrine s'est rarement interrogée sur la nécessité de recourir au droit dans ce contexte. Il est tenu pour acquis que les ententes constituent des normes juridiques. De la même manière, les affirmations de la doctrine selon lesquelles les accords de coopération belges doivent primer la loi – à défaut de quoi ils seraient vulnérables à l'action unilatérale et donc d'une utilité douteuse – ressemblent parfois à des professions de foi.

Quelles valeurs, quels raisonnements, quelles analogies, quelles conceptions du rôle du droit dans la gestion des relations politiques entre ordres de gouvernement, fondent une telle position ? Ce qui semble évident pour cette doctrine belge, ne l'est aucunement pour les juristes canadiens – y compris les juges de la Cour suprême du Canada – qui en viennent à la conclusion opposée. Quels éléments de la « culture juridique » de ces derniers les amènent à chercher à restreindre le rôle du droit – et à subordonner le droit négocié au droit unilatéral – à l'égard des ententes qui remplissent les mêmes fonctions de régulation au sein de la fédération canadienne que dans la fédération belge⁷² ?

Vaste programme ! Et qui compte des écueils méthodologiques indéniables : comment mesurer les mentalités et les « évidences » qui – par définition – ne sont pas explicitées ? Et surtout, comment démontrer un quelconque lien de causalité entre une certaine mentalité et une conception particulière d'un instrument de gouvernance ? La réflexion qui suit ne peut donc être qu'inductive et parfois intuitive⁷³. Elle repose notamment sur une immersion dans le fonctionnement de divers régimes fédéraux et vise à expliciter des influences

72. Sur la notion du « droit négocié », voir P. GÉRARD, F. OST et M. Van de KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 1996.

73. Je trouve une certaine consolation dans l'aveu suivant de Friedman : « Legal culture does not, of course, have to be directly measured. It can be inferred—from other sorts of materials; and indeed, much of my work consists of drawing inferences about legal culture from scraps of data and from general social phenomena. That these inferences and not, and cannot be, rigorous does not mean that they are not worth making » : FRIEDMAN, *supra*, note 70, p. 39, n. 2.

implicites⁷⁴. Bien que toujours exploratoire, elle suggère néanmoins des pistes de recherche futures concernant des éléments de divergences et de convergences entre régimes fédéraux qui ne sont pas souvent abordés⁷⁵.

Plusieurs hypothèses peuvent être avancées pour tenter d'expliquer ce clivage dans les conceptions du rôle du droit et la prépondérance des accords négociés sur le droit unilatéral des parties contractantes. En voici quatre.

1. Le « légicentrisme » ambiant favorise une conception juridique des ententes intergouvernementales

La première hypothèse réside dans le « légicentrisme » des fédéralismes continentaux⁷⁶. Le monde anglo-saxon connaît peut-être un phénomène de judiciarisation plus aigu (c'est-à-dire une plus grande propension à recourir aux tribunaux), mais il est indéniable que, dans les États qui le composent, un grand nombre de principes et de pratiques constitutionnelles ne sont pas formalisés. Au Canada – et l'exemple est éculé –, même le fait que le gouvernement soit formé par le chef du parti remportant le plus grand nombre de voix relève d'une convention non écrite⁷⁷. Par opposition, en Suisse, en Belgique, en Espagne ou en Allemagne (quoique peut-être dans une moindre mesure), les textes constitutionnels sont plus détaillés. Pour ne donner qu'un exemple, le Comité de concertation – variation de la Conférence des premiers ministres au Canada – est prévu dans une loi à teneur constitutionnelle⁷⁸. Le principe de loyauté fédérale est enchâssé dans les Constitutions belge et suisse⁷⁹, et ce, même

74. Sur la « *deep level comparative method* », voir M. Van HOECKE et M. WARRINGTON, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law », (1998) *I.C.L.Q.* 495.

75. L'Annexe 2 du Rapport de la Commission sur le déséquilibre fiscal distingue également les fédérations issues du colonialisme britannique et les fédérations continentales fondées de manière plus volontaire. Les premières enchâsseraient plus difficilement une notion d'égalité entre partenaires au sein de la fédération que les secondes, ce qui pourrait expliquer une plus grande tolérance envers le « pouvoir de dépenser fédéral ». De l'aveu même de la Commission, toutefois, la causalité est difficile à établir clairement. Il s'agit plutôt « d'hypothèses documentées, qu'il serait éventuellement intéressant de vérifier pour l'ensemble des pays fédéraux du monde » : QUÉBEC, *Déséquilibre fiscal, supra*, note 17, p. 2.

76. Sur la notion de « légicentrisme », voir A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 188 et 199 ; A. LAJOIE, M.-C. GERVAIS, É. GÉLINEAU et R. JANDA, « Les cheminements sous-textuels et surdéterminés du raisonnement judiciaire : les valeurs des femmes dans le discours des juges de la Cour suprême du Canada », dans G. TIMSIT (dir.), *Le raisonnement juridique*, Paris, Presses de l'Université de Paris I, 2001, p. 127, à la p. 137 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 104. J'utilise ici le terme « légicentrisme » pour y inclure la tradition d'explicitation des règles et principes constitutionnels de manière expresse dans les textes constitutionnels.

77. A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel : principes*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2000 p. 24.

78. Même s'il ne s'agit pas formellement d'une loi spéciale : *Loi ordinaire de réformes institutionnelles du 8 août 1980* (M.B. 15.08.1980).

79. Explicitement à l'art. 43 de la Constitution belge. L'art. 5(3) de la Constitution suisse dispose que « [l]es organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi », alors que l'art. 44(2) précise que les cantons et la Confédération « se doivent respect et assistance » et l'art. 47 décrète que « [l]a Confédération respecte l'indépendance des cantons ».

lorsque ce principe n'est pas officiellement « justiciable », mais sert plutôt de principe d'interprétation⁸⁰.

En somme, la culture constitutionnelle dans laquelle baignent les fédérations continentales accorde une plus grande place au droit positif écrit que ce n'est le cas dans les régimes fondés sur des principes de droit anglais⁸¹. Ces derniers étant plus friands – ou du moins plus tolérants – à l'égard de règles non écrites au statut incertain, l'on peut avancer l'hypothèse que le registre juridique pourrait avoir davantage de légitimité dans les systèmes « légicentristes » continentaux que dans les systèmes anglo-saxons⁸².

Que l'institution des ententes intergouvernementales soit fondée et régie par des textes juridiques n'entraîne pas nécessairement qu'il s'agisse d'instruments juridiques. Ainsi, le « comité de concertation » belge cité plus haut est sans contredit un organe politique, dont les décisions ne sont pas contraignantes en droit (positif). Néanmoins, sa composition et son fonctionnement font l'objet de dispositions législatives. En Belgique, le droit écrit encadre donc une institution dont le caractère politique est incontestable. Mon hypothèse est que la reconnaissance législative ou constitutionnelle des ententes intergouvernementales semble *faciliter* leur qualification comme instrument juridique, même si cette qualification n'est pas automatique. Cette insertion dans des textes juridiques constituerait une sorte de « règle de reconnaissance », pour emprunter la conception de Hart⁸³.

En d'autres termes, le droit remplit, à plusieurs égards, un rôle plus visible et déterminant dans la structuration des relations entre autorités publiques en Belgique que ce n'est le cas au Canada ou en Australie. Le même constat s'impose relativement à la Suisse ou à l'Espagne, par exemple. Mon hypothèse est donc que l'explicitation d'une institution dans un texte juridique encourage le glissement vers une reconnaissance du caractère juridique de cette institution. Le « légicentrisme » conduirait ainsi plus aisément au « légalisme ».

2. La tradition civiliste ou de *common law* des constitutionnalistes influence leurs conceptions des ententes intergouvernementales

La deuxième hypothèse est encore plus exploratoire, mais elle me semble néanmoins receler un certain pouvoir d'explication. Il s'agit de l'impact

80. DELPÉRIÉE, *supra*, note 18, p. 656 et s.

81. Une Constitution non écrite ne peut – par évidente définition – comporter des normes écrites... La Constitution du Canada est largement écrite, mais laisse toujours une place importante à des normes non écrites, dont le statut peut faire l'objet de controverses.

82. O. CORTEN, « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », (2002) 50 *Droit et société* 1, 20, n. 15, met en garde contre la transposition de son analyse aux systèmes de *common law*, admettant ainsi la possibilité qu'elle ne soit pas applicable à ces derniers.

83. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994.

potentiel des influences du droit de tradition civiliste et de la *common law* sur la conception des relations contractuelles de droit public. En termes plus simples, lorsqu'un régime fédéral est institué dans un État de tradition civiliste, la culture juridique conduirait plus aisément les juristes à qualifier des ententes intergouvernementales d'ententes contraignantes en droit. À l'inverse, un régime fédéral institué dans un État de tradition de *common law*, ferait une plus grande place aux *gentlemen's agreements*⁸⁴. Le consensualisme dominant expliquerait en partie l'existence de la *présomption de juridicité* par rapport à une entente intergouvernementale, discutée plus haut⁸⁵. Un plus grand formalisme, et une plus grande expérience avec des ententes non contraignantes en droit, expliqueraient de leur côté l'existence d'une présomption contraire dans les systèmes fédéraux édifiés sur les principes inspirés du droit anglais. En somme, l'hypothèse est qu'une classification de systèmes juridiques fondée essentiellement sur le droit privé, aurait une influence sur certaines institutions de droit public, lorsque celles-ci partagent des caractéristiques avec le droit privé (les ententes rappelant évidemment les contrats)⁸⁶.

Une analogie avec le droit international est révélatrice dans ce contexte également. En effet, il semble que les internationalistes issus de la tradition civiliste tendent à vouloir « juridiciser » les « *gentlemen's agreements* », que la tradition anglo-saxonne cherche à conserver hors du domaine du droit. Face à un même type d'instrument, un internationaliste civiliste optera pour une « présomption de juridicité » (jusqu'à preuve du contraire)⁸⁷, alors qu'un internationaliste issu de la tradition de *common law* optera pour une « présomption de non-juridicité » jusqu'à preuve du contraire⁸⁸. Ce constat quasi anecdotique soutient mon hypothèse que la formation des juristes dans un domaine particulier (ici, essentiellement le droit privé) a une incidence marquante sur leur interprétation d'un phénomène relevant d'un autre domaine (juridique ou non).

84. Sur la pratique des *gentlemen's agreements* dans le contexte international par les pays anglo-saxons, voir GAUTIER, *supra*, note 37, p. 363 et s.

85. Voir *supra*, section B.1, p. 456.

86. Le cas du Québec est intéressant dans ce contexte puisque les juristes québécois sont évidemment imprégnés des grands principes de droit public issus de la *common law* qui rendent la reconnaissance du statut juridique des ententes plus ardue : notamment le principe de l'interdiction de lier le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif (« *fettering of discretion* ») et la souveraineté parlementaire. Il reste que les acteurs de terrain semblaient plus disposés à consentir un statut juridique aux ententes dûment signées que leurs homologues à Toronto ou à Ottawa. Les entrevues effectuées ne permettent cependant pas d'aller au-delà de l'intuition et de l'anecdote à ce stade.

87. GAUTIER, *supra*, note 37, p. 373-374.

88. J.E. FAWCETT, « The Legal Character of International Agreements », (1953) 30 *B.Y.I.L.* 381, 386. Toutefois cet auteur défend clairement une position minoritaire (voir, p. ex. K. WIDDOWS, « What is an Agreement in International Law? », (1979) 50 *B.Y.I.L.* 117. La distinction est donc plus nuancée que la dichotomie suggérée ici : voir J. POIRIER, « Keeping Promises in Federal Systems: The Legal Status of Intergovernmental Agreements with Special Reference to Belgium and Canada », thèse de doctorat, Cambridge University, 2003, ch. 4.

Un autre élément de différenciation entre les influences civilistes et de *common law* quant à la conception des ententes intergouvernementales pourrait résider dans le rôle réservé au principe de la bonne foi en droit positif dans les fédérations « continentales ». Dans les fédérations issues du monde civiliste, ce principe se traduit directement en « loyauté fédérale » qui limite la liberté d'action des partenaires d'une fédération, y compris en ce qui a trait à leurs relations « contractuelles ». La bonne foi ou la loyauté fédérale (ou les deux) sont inéluctablement invoquées par les constitutionnalistes belges, suisses ou espagnols pour soutenir le caractère *a priori* juridique des ententes intergouvernementales⁸⁹ de même que l'argument selon lequel ces dernières ne devraient pas être susceptibles d'être affectées par l'action unilatérale de l'une des parties. Jusqu'à tout récemment, le principe de la loyauté fédérale était, par contre, ignoré des constitutionnalistes canadiens ou australiens⁹⁰.

Or il appert que le principe de la bonne foi a été plus aisément introduit dans le droit des obligations de la tradition civiliste que dans le droit des contrats de *common law*⁹¹. L'hypothèse qui est avancée ici, et qui reste à examiner de manière plus systématique, serait donc que cette intégration du principe juridique de la bonne foi serait « automatiquement » transposée dans les relations entre composantes d'une fédération et contribuerait à expliquer l'attitude des juristes relativement à la place que doivent occuper les ententes dans la hiérarchie des normes.

Il s'agit toujours pour le moment d'une hypothèse de travail. Mais elle suggère une intersection entre les grandes traditions juridiques – ou les grandes familles juridiques – et certains aspects de la gouvernance fédérale. Dans le présent contexte, ces distinctions paraissent porteuses d'explication de phénomènes qui *a priori* n'ont pourtant rien à voir avec la division entre droit civil et *common law*.

3. Le caractère principalement « moniste » ou « dualiste » d'un État à l'égard du droit international influence la conception de la place des ententes intergouvernementales dans l'ordre juridique interne

La troisième hypothèse suggère un autre processus de transposition. Les rapports entre le droit interne d'un ordre de gouvernement et le droit négocié

89. L'expression « *pacta sunt servanda* » revient régulièrement dans les textes sur la question.

90. Bien que ce ne soit pas toujours aisé, il me semble qu'il faille distinguer le principe de la « loyauté fédérale », qui renvoie à la bonne foi, et le « principe fédéral » qui traduit plutôt l'obligation de respecter la structure fédérale, dont au premier chef la répartition des compétences et l'autonomie des entités fédérées. Sur la loyauté fédérale, voir J. VERHOEVEN (dir.), *La loyauté : mélanges offerts à Étienne Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997 et GAUDREAU-DESBIENS, *supra*, note 55. Sur la notion de principe fédéral, voir TREMBLAY, *supra*, note 77, p. 23.

91. Des équivalents fonctionnels, partiels et très techniques ont parfois le même effet, mais sans la consonnance d'un principe général : O'CONNOR, *supra*, note 62, p. 48-49 et 99-102, et R. ZIMMERMANN et S. WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 39 et s.

entre différents ordres de gouvernement s'analyseraient selon le même schéma que la relation qui existe entre le droit interne et le droit international. Encore une fois, sans que cela soit explicité, on note des parallèles frappants entre la manière d'aborder la place des ententes intergouvernementales au sein d'une fédération et le caractère « moniste » ou « dualiste » des régimes étudiés en ce qui a trait au droit international public⁹².

Ainsi, un État qui reconnaît la primauté du droit international sur le droit interne, tels la Belgique, la Suisse, les États-Unis ou l'Espagne, aurait plus facilement tendance à reconnaître la légitimité d'accorder une primauté aux ententes négociées sur le droit unilatéral des parties à cette entente⁹³. D'une part, les organes de l'État – y compris les législateurs – ont déjà perdu une part de leur souveraineté au profit de l'ordre normatif international. La perte de souveraineté au sein de la fédération, afin de répondre à un impératif de coopération, n'impose alors aucune révolution, mais une simple transposition de ce phénomène⁹⁴. D'autre part, un État enchâssant un principe de souveraineté parlementaire – laquelle entraîne la primauté du droit interne sur le droit international⁹⁵ – résistera à reconnaître aux ententes intergouvernementales une force normative supérieure à la législation contraire de chacune des parties. C'est évidemment le cas du Canada et de l'Australie. En d'autres termes, la relation qui existe dans un État entre le droit international et le droit interne influence la manière dont sera conçue la place des ententes intergouvernementales dans la hiérarchie des normes au sein de l'État fédéral. Il s'agit là d'un élément de la culture juridique de l'État qui contribue à façonner la conception de l'institution que sont les ententes intergouvernementales.

La distinction des fédérations de tradition « moniste » et « dualiste » ne correspond qu'imparfaitement à la distinction précédente entre fédérations de tradition de *common law* et de droit civil. Ainsi, les États-Unis ont un régime essentiellement moniste, et pourtant certaines ententes intergouvernementales

92. Sur le monisme et le dualisme, voir notamment Q.D. NGUYEN, P. DALLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1999, p. 92-97, et BROWNLIE, *supra*, note 62, p. 31-57.

93. Il s'agit ici d'une simplification puisque, dans un sens, c'est le droit interne – la Constitution – qui accorde priorité au droit international dans l'ordre interne. Ainsi, c'est la Constitution qui crée la hiérarchie des normes – et qui pourrait la modifier. Le « monisme » n'est donc que partiel. Le droit international primera donc la législation, mais non pas la constitution. Ces précisions n'affectent cependant pas la présente analyse.

94. Dans ces États, les traités doivent généralement recevoir une forme d'assentiment législatif. Les assemblées législatives ne sont donc pas complètement tenues à l'écart du processus. Toutefois, leur pouvoir de consentir à une obligation est, dans certains cas, à sens unique et une fois donné, cet assentiment ne peut être révoqué par les parlementaires (voir *supra*, note 50).

95. Dans l'ordre juridique interne évidemment, puisque dans l'ordre international, ce dernier primera sur le droit interne.

les – les « *interstate compacts* » – sont contraignantes en droit⁹⁶. Il convient de préciser, toutefois, que ces *compacts* sont prévus par la Constitution américaine. Il en découle que si les États-Unis se distinguent des autres fédérations de *common law* à cet égard, la reconnaissance du statut juridique de certaines ententes intergouvernementales ne déroge pas à la tradition « légicentriste » ou, plus précisément, de constitutionnalisme.

Par ailleurs, l'Allemagne – une fédération de tradition civiliste – oscille entre le dualisme et le monisme dans ses rapports entre le droit interne et le droit international⁹⁷. Cette hésitation marque également le statut des ententes intergouvernementales. *A priori*, elles ne sont pas contraignantes en droit. Cependant, comme nous l'avons vu précédemment, la Cour constitutionnelle allemande a eu recours au principe de la loyauté fédérale pour forcer un exécutif (fédéral en l'occurrence) à respecter les termes d'une entente préalablement conclue avec les Länder. La Cour n'a jamais eu recours au principe de la loyauté fédérale pour invalider une norme législative, bien qu'elle ait précisé que les législateurs sont tenus de tenir compte des intérêts des autres acteurs fédéraux. Leur souveraineté est donc restreinte – quoique de manière imprécise – par la loyauté fédérale⁹⁸.

En d'autres termes, notamment par le biais d'un principe jumeau de la bonne foi en droit civil, le droit allemand confère une certaine stabilité aux ententes intergouvernementales, bien que la place de celles-ci dans la hiérarchie des normes n'ait jamais été résolue de manière catégorique. Il convient toutefois de noter que la valse-hésitation du caractère moniste ou dualiste du rapport qu'entretient le droit interne allemand avec le droit international se répercute dans l'analogie du statut des ententes intergouvernementales et de leur susceptibilité à une modification législative unilatérale. Cette correspondance appuie donc l'hypothèse de la transposition entre la conception du rapport entre le droit international et le droit interne et la conception du rapport entre le « droit interne » des divers partenaires dans une fédération et les ententes que ceux-ci concluent entre eux.

4. Les modèles de référence contribuent à entériner une certaine conception des ententes intergouvernementales

La quatrième et dernière hypothèse se vérifie plus facilement. Il s'agit des modèles fédéraux généralement examinés par la doctrine et servant de références lors de réformes institutionnelles. Le choix des modèles a un impact

96. Art. 1, § 10(3) de la Constitution américaine.

97. Katherine Young reprend une affirmation que l'Allemagne est sans doute « [the] most international law-friendly variant of dualism » : K. YOUNG, « The Implementation of International Law in the Domestic Laws of Germany and Australia: Federal and Parliamentary Comparisons », (1999) 21 *Adel. L.R.* 177, 189.

98. GARCÍA MORALES, *Convenios de colaboración*, *supra*, note 25, p. 96-202.

indéniable sur la conception que se font les constitutionnalistes de ce qui est « normal ». En quête de modèles fédéraux, la Belgique s'est généralement tournée vers l'Allemagne ou la Suisse. Or dans ces pays les ententes sont contraignantes en droit, bien que par le biais de mécanismes différents⁹⁹. Inversement, le Canada ou l'Australie se sont longtemps servis de modèles réciproques de régimes fédéraux : il s'agit effectivement de deux monarchies parlementaires, fondées sur les principes constitutionnels issus du droit anglais. Or il s'agit de deux systèmes largement influencés par la *common law*, et de tradition « dualiste »¹⁰⁰.

Les modèles choisis ne sont pas toujours suivis à la lettre, mais ils servent de cadre d'analyse, et confortent la conception de la « normalité ». Ces modèles peuvent conforter les « évidences ». Le choix des modèles est dicté par toute une série de facteurs, dont la langue, la disponibilité des sources ou la facilité d'appréhender diverses notions connexes à celle examinée et qui en facilitent la compréhension. En l'absence d'une doctrine structurée sur le sujet, il n'est pas étonnant que les juristes continentaux n'aient même pas considéré les modèles anglo-saxons dans leur analyse des ententes intergouvernementales¹⁰¹. La jurisprudence fort limitée sur le sujet renvoie à une série de notions qui demandent un effort de décodage et de transposition, qui n'est pas nécessaire – ou du moins de manière beaucoup moins marquée – lorsque les modèles examinés comportent davantage de similarités. Inversement, les constitutionnalistes canadiens ou australiens n'ont pas examiné la théorie et la pratique « continentale », notamment en raison de contraintes linguistiques, mais également parce que la compréhension de cette institution nécessite une compréhension de notions et d'institutions connexes qui sont souvent méconnues par les juristes formés en *common law*¹⁰².

En résumé, il appert que, dans le contexte des ententes intergouvernementales, le choix des modèles tend à conforter les « évidences » respectives des deux types de régimes fédéraux. Le choix de ces modèles relève de la « culture juridique » des observateurs et contribue à l'élaboration et à l'évolution de

99. Les conventions intercantionales suisses ont un statut supralégislatif. Tel que mentionné précédemment, la situation est plus complexe dans le cas allemand, mais alors la doctrine belge n'invoque pas directement les ententes intergouvernementales en Allemagne, mais la *Bundestreue*.

100. Il est intéressant de noter que si les États-Unis font l'objet d'études comparatives quant à certaines institutions, dont le Sénat, le rôle de la Cour suprême ou le pouvoir de dépenser, ce n'est pas le cas du domaine qui nous occupe, possiblement parce que la séparation des pouvoirs entre les deux types de système est radicalement différente et que, par exemple, la notion de souveraineté parlementaire n'a pas sa raison d'être dans le contexte américain. Le dialogue sur des institutions telles que les ententes intergouvernementales ou les *interstate compacts* est alors plus difficile à établir.

101. Sur l'influence réduite de la *common law* en droit comparé, en raison notamment de la pauvreté de la doctrine systématique par opposition à la doctrine civiliste : voir Van HOECKE et WARRINGTON, *supra*, note 74, p. 531-532.

102. Notamment en matière de droit administratif ou d'organisation judiciaire.

cette culture. D'où l'intérêt, me semble-t-il, d'examiner de nouveaux modèles, en dépit des défis épistémologiques et méthodologiques qu'une telle entreprise implique.

CONCLUSION

Quelles leçons faut-il tirer de ces divers constats et hypothèses ? En premier lieu, la présente contribution visait à démontrer que les ententes intergouvernementales font partie du destin fédéral : il s'agit d'un instrument incontournable de la gouvernance dans les régimes fédéraux. De plus, il appert que ces ententes remplissent une similitude de fonctions dans diverses fédérations. Certaines de ces fonctions sont explicites. Il s'agit notamment de l'articulation de l'exercice des compétences des divers partenaires (coordination matérielle) et de l'engagement à recourir à une grande diversité de procédures de partage d'information, de consultation, de gestion commune ou de règlement des différends (coopération procédurale). D'autres fonctions sont implicites, latentes, voire pernicieuses. Il s'agit notamment de fonctions d'ingénierie constitutionnelle, en marge de la constitution.

La présente contribution avait également pour objet de mettre en lumière le paradoxe suivant : au-delà de cette convergence de fonctions, les ententes intergouvernementales sont appréhendées de manière radicalement différente par le droit public de différentes fédérations. En d'autres termes, la convergence de fonctions s'accompagne d'une hétérogénéité de statuts. L'extension respective du domaine du droit et du domaine du politique en ce qui a trait aux ententes intergouvernementales n'est pas la même dans différents régimes fédéraux. *A priori*, la frontière semble opposer les régimes fédéraux « continentaux » et les régimes fédéraux de tradition anglo-saxonne¹⁰³. Ce constat suscite deux types de questionnement. Premièrement, cette distinction a-t-elle un impact pratique dans la conduite des relations intrafédérales ? Deuxièmement, comment expliquer les divergences quant au rôle réservé au droit et aux instances judiciaires dans la gestion des relations entre ordres de gouvernement au sein d'un État fédéral ?

En réponse à cette première interrogation – et c'est là un second paradoxe –, il convient de constater qu'en règle générale les ententes intergouvernementales sont très largement respectées par les parties, que leur statut soit juridique ou politique. De plus, même dans les systèmes fédéraux où les ententes constituent des normes de droit positif et où il existe des mécanismes formels – judiciaires ou arbitraux – de résolution des différends, les parties n'y ont recours que de manière tout à fait exceptionnelle. Ainsi, dans une pers-

103. Bien que la Constitution américaine reconnaisse explicitement les « *interstate compacts* » et que l'Allemagne n'accorde pas une force directement supralégislative aux ententes intergouvernementales, mais les consolide essentiellement par le biais de la loyauté fédérale.

pective de sociologie du droit, il appert que les ententes ont la même effectivité, quel que soit leur statut en droit positif.

Toutefois, le droit positif n'est pas totalement dénué de pertinence. D'une part, le fait que le recours aux tribunaux pour régler les litiges relatifs aux contrats « ordinaires », administratifs ou aux traités internationaux soit relativement peu fréquent ne signifie pas qu'il ne s'agisse pas de normes juridiques. En effet, en dernier retranchement, les parties peuvent opter pour une résolution judiciaire ou arbitrale du litige. Ce cas de figure ne se présentera que rarement, mais il n'est pas hypothétique. L'hésitation à saisir des instances judiciaires d'un litige est marquée dans tout contrat relationnel¹⁰⁴. Les juges sont tenus à l'écart dans la mesure du possible, mais la possibilité de les saisir d'un litige demeure néanmoins en trame de fond. Cette faculté peut inciter les parties à négocier de bonne foi, puisqu'un recours à un arbitre externe se profile en cas de blocage des négociations.

Ce rôle du droit positif en fait un instrument potentiel de *realpolitik* dans les relations entre composantes d'un État fédéral. Le droit a ainsi vocation à protéger une partie plus faible face à une autre partie cherchant à renégocier un arrangement préexistant. Il a également vocation à appuyer une partie plus forte qui refuse de renégocier un arrangement. Le droit positif est – dans ce sens – une ressource dont peuvent se prévaloir les exécutifs dans leurs relations au sein d'une fédération.

La seconde interrogation porte sur les raisons susceptibles d'expliquer pourquoi certains régimes fédéraux confèrent plus aisément un statut juridique aux ententes intergouvernementales, et surtout pourquoi ces ententes de droit négocié sont considérées comme protégées de l'action unilatérale de l'une des parties. De manière exploratoire, la présente contribution évoque quatre hypothèses cherchant à démontrer comment la « culture juridique » sous-jacente aux régimes fédéraux en question influence la conception d'un instrument relativement technique de la gouvernance fédérale.

Ainsi, les fédérations belge, suisse, allemande et la quasi-fédération espagnole ont émergé de la tradition civiliste. Cette tradition semble faciliter une conception juridique des ententes intergouvernementales. Ces quatre fédérations ont une tradition davantage « légicentriste » que les fédérations canadienne ou australienne. De plus, trois d'entre elles sont également essentiellement « monistes » en ce qui a trait aux relations entre les ordres juridiques interne et international. De façon implicite, la manière d'appréhender

104. Sur la notion de contrat relationnel : voir I. MacNEIL, « Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus" », (1981) 75 *Northwestern U.L. Rev.* 1018 ; J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

cette relation entre le droit interne et le droit international semble se transposer dans la conception des relations intrafédérales. Le droit légiféré occupe une place importante dans la gestion des affaires publiques, y compris dans les relations entre ordres de gouvernement. Ce rôle accru du droit public « explicite » se répercute ainsi sur l'institution des ententes intergouvernementales.

Les constats inverses s'imposent dans le cas de régimes fédéraux construits sur des bases de droit anglais : ils sont moins « légalistes », ils sont de tradition « dualiste » et leur conception de la relation contractuelle est davantage marquée par le formalisme de la *common law* et l'expérience, généralement concluante, des *gentlemen's agreements*. Le recours au droit positif pour gérer les relations intergouvernementales est moins spontané dans ce cas.

Enfin, un constat banal, mais significatif, s'impose. La culture fédérale d'une fédération se développe et évolue en partie par le biais de la confrontation avec d'autres modèles. C'est d'ailleurs là tout l'intérêt du fédéralisme comparé, et d'ouvrages comme celui-ci. Or, pour différentes raisons à la fois d'accessibilité aux sources et de conservatisme méthodologique, les constitutionnalistes de différentes fédérations ont tendance à s'intéresser aux modèles relevant des mêmes deux grandes catégories identifiées : les régimes continentaux s'examinent réciproquement, les régimes anglo-saxons font de même.

La présente recherche tente de traverser cette frontière par le biais de l'étude d'un instrument commun au fonctionnement de tout régime fédéral : les ententes entre exécutifs des différents ordres de gouvernement, qu'elles soient ou non entérinées par les assemblées législatives. L'examen d'un instrument tiré de la boîte à outils des relations intergouvernementales permet ainsi de réfléchir à la culture juridique qui marque et distingue divers régimes fédéraux. De cette manière, l'analyse de l'intersection entre le droit public et les ententes intergouvernementales pourrait modestement contribuer à appréhender le phénomène fédéral dans toute sa diversité.

