

DOSSIER : FÉDÉRALISME DIFFÉRENCIÉ

Le fédéralisme différencié doit permettre de restituer des compétences aux cantons

Le projet exposé ici - appelé fédéralisme différencié - concerne la répartition des compétences entre les cantons (Etats fédérés) et la Confédération (Etat fédéral). Dans l'ordre juridique suisse, cette répartition se fait de la manière suivante: les cantons sont compétents dans tous les domaines, sauf dans ceux qu'ils ont expressément délégués à la Confédération. Celle-ci n'est donc compétente que dans les domaines explicitement mentionnés dans la Constitution fédérale.

Le problème est que les cantons ne sont pas forcément d'accord entre eux sur le choix des compétences à déléguer à la Confédération. Actuellement, la question est tranchée uniformément par le vote populaire qui accompagne chaque modification de la Constitution: soit le vote est négatif et la compétence reste du ressort des cantons, soit le vote est positif et la compétence est accordée à la Confédération. Dans ce dernier cas, le transfert se fait au détriment de certains cantons qui auraient le désir et les moyens d'exercer eux-mêmes la tâche en question.

Le but de notre proposition est donc de permettre aux cantons qui le souhaitent de récupérer des compétences qui, au niveau suisse, ont été déléguées à la Confédération. Cette possibilité devrait être énoncée dans un nouvel article constitutionnel.

Ce projet, élaboré il y a quelques années, se base sur l'ancienne Constitution fédérale, et non sur la Constitution actuelle qui est entrée en vigueur en 2000. Il conviendra donc de déterminer comment et où un tel article constitutionnel peut s'intégrer dans la Constitution fédérale de 2000.

Fédéralisme différencié: analyse du problème

En conservant dans la nouvelle Constitution l'ancien article 3, voire même en le renforçant, les chambres ont manifesté leur désir de conserver le principe de la compétence générale (originelle) des cantons dans la systématique des institutions suisses. Les auteurs du présent projet ne peuvent que s'en féliciter. En même temps, force est de constater que l'accumulation de compétences déléguées finit par constituer une quasi-compétence fédérale générale. Cela conduit à une distorsion progressive entre l'affirmation de principe et l'évolution concrète de notre système constitutionnel et légal.

Nous croyons que le problème gît dans l'absence d'un mécanisme qui permette de suivre le chemin inverse de la centralisation et de restituer des compétences aux cantons.

Inverser le mouvement

L'idée n'est pas nouvelle. Par quatre fois ces vingt dernières années, on a parlé d'inverser le mouvement de centralisation. La première fois à la fin des années septante avec l'opération de «répartition des tâches entre les cantons et la Confédération», qui s'ensabla et ne déboucha finalement que sur des mesures infimes dont les dernières remontent au milieu des années 80.

Le deuxième sursaut décentralisateur suivit immédiatement le rejet de l'Espace économique européen. Les cantons acceptant claironnèrent leur volonté de trouver dans les articles 8, 9 et 10 de la Constitution fédérale les moyens pour les cantons de conduire une politique étrangère autonome. L'enthousiasme retomba rapidement. Les articles en question ne supportent pas une interprétation large. Les fédéralistes eux-mêmes conviennent d'ailleurs sans difficulté que la politique étrangère est une tâche spécifiquement fédérale.

Troisièmement, suite au rejet par le peuple, le 25 juin 1995, de l'allègement de la lex Friedrich décidé par les chambres, plusieurs cantons demandèrent officiellement une recantonalisation de la compétence en matière de vente aux étrangers.

Enfin, l'opération actuelle de refonte de la péréquation financière, liée à une redistribution des compétences et à un réexamen des subventions fédérales, pourrait déboucher sur un renforcement des cantons dans l'esprit de ses initiateurs. En outre, la mise en place de la coopération intercantonale («régionalisation») dans des entités reconnues par la Confédération appelle une différenciation dont notre proposition fournirait la base constitutionnelle. Il faut éviter que cela ne se heurte aux obstacles qui ont fait échouer les tentatives précédentes de décentralisation.

Ainsi donc, tant du côté des organes fédéraux que de celui des gouvernements cantonaux, on a déjà envisagé sérieusement la possibilité d'un retour de compétences fédérales aux cantons.

Les leçons de l'échec de la «répartition des tâches»

La «répartition des tâches» n'était pas une idée en l'air, mais une opération officielle de grande envergure, lancée par les autorités fédérales elles-mêmes et soutenue par les fédéralistes. Si une telle coalition n'a pas réussi, c'est qu'il existe un blocage profond qu'il faut découvrir et résoudre sous peine de courir à l'échec une fois de plus.

Trois questions, pas toujours formulées, se profilaient en arrière-fond de tous les débats de la répartition: tous les cantons allaient-ils être assez forts pour assumer les nouvelles tâches qui leur seraient dévolues? certains d'entre eux n'allaient-ils pas abuser de la liberté ainsi recouvrée et porter préjudice aux cantons voisins? les cantons pauvres n'allaient-ils pas souffrir de devoir gérer des responsabilités nouvelles alors même qu'on rognait sur les subventions liées à l'exercice de ces responsabilités? Ces questions bloquaient à chaque fois le processus de restitution ou conduisaient à l'accompagner de mille et une cautèles qui lui faisaient perdre beaucoup de sa portée.

Lors de la campagne précédant le vote sur la restitution (partielle) aux cantons de la compétence en matière de bourses d'études, par exemple, les cantons qui désiraient cette restitution exposèrent publiquement la politique qu'ils comptaient suivre en la matière. D'autres cantons se turent. Les adversaires de la restitution eurent beau jeu d'imputer ce mutisme au désintérêt ou à des intentions sournoises.

Ainsi donc, l'échec de la répartition trouvait sa cause dans le système lui-même. La mauvaise volonté ou l'incapacité, réelles ou simplement supposées, de quelques cantons, voire d'un seul, suffirent à bloquer le processus de restitution. Cela revient à dire que le système actuel voue à l'échec toute tentative de restitution de compétence d'une certaine ampleur.

Et cependant, la restitution demeure une nécessité.

Critique du système actuel «tous ou point!»

Le fédéralisme suisse est, si l'on ose dire, un fédéralisme unitaire. Sous réserve de la part à la péréquation intercantonale, le système helvétique ne ménage aucun statut distinctif pour un canton ou un groupe de cantons. Il prescrit au contraire un type uniforme de relations entre l'État fédéral et les États membres. Lorsque la Constitution enrichit la Confédération d'une nouvelle compétence de légiférer, tous les cantons lui cèdent une part identique de leur souveraineté législative. Dès le moment où la Confédération use de sa compétence, l'ensemble des lois cantonales, souvent fort diverses parce qu'adaptées à des conditions également diverses, doit faire place ou au moins s'adapter à une réglementation unique, faite de lois et d'ordonnances qui sortent du moule fédéral.

Or, sous l'uniformisation législative croissante, les cantons sont restés étonnamment différents les uns des autres, du point de vue de leur étendue territoriale, de leur démographie, de leur(s) langue(s), de leurs capacités financières, de leur conception de l'État et de leurs rapports avec la Confédération. Ces différences séculaires subsistent aujourd'hui.

L'inadéquation de ce fédéralisme unitaire du type «tous ou point!» se révèle plus patente au fur et à mesure que la centralisation croît. Il suffit de voir dans quelle mesure symbolique la *lex Friedrich* réserve aux cantons la faculté d'édicter des dispositions autonomes. Autre exemple: dans le cadre de la révision de la loi sur la protection des eaux contre la pollution, il est prévu de confier au Conseil fédéral de réglementer le traitement des eaux usées en milieu rural et dans les zones à habitat dispersé. Les cantons n'auraient aucune autonomie, bien que certains d'entre eux aient acquis une solide expérience en la matière, et même fait oeuvre de pionniers.

En sens inverse, le système «tous ou point!» n'est guère plus satisfaisant. En effet, les restitutions de compétence mentionnées plus haut touchaient automatiquement tous les cantons. Or, même les fédéralistes les plus puristes admettent que la récupération d'une compétence pourrait contrarier tel canton qui, pour des raisons qui lui sont propres, a besoin d'une loi fédérale. Ainsi, un petit canton peut légitimement désirer bénéficier d'une telle loi dans un domaine de grande envergure, tel l'aménagement du territoire. Pourquoi devrait-on l'en priver au nom d'un fédéralisme unitaire qui ne serait, en l'occurrence, guère plus réaliste que la centralisation actuelle?

La différenciation

D'autres pays pourvus d'un système fédératif connaissent les mêmes problèmes que la Suisse. Le Canada a conçu une amélioration de son système qu'il convient de mentionner. Dans le mi-lieu des années 60, le Gouvernement fédéral du Canada mit en vigueur un régime de rentes en faveur des personnes âgées pour satisfaire à un besoin ressenti dans toutes les provinces, sauf au Québec, en raison de l'état avancé de sa politique sociale. On décida donc de ne pas appliquer le programme fédéral au Québec. La loi constitutionnelle de 1982 a fait un pas de plus en pré-voyant expressément que toute province peut s'opposer, pour ce qui la concerne, à un transfert de compétences ou à une restriction de ses droits ou de ses privilèges, et ceci sans préjudice de la validité du droit fédéral en ce qui concerne les autres provinces.

Un mécanisme à créer

La Suisse n'est pas le Canada. Son problème n'en est pas moins analogue. Comment donc créer un mécanisme de différenciation conforme à la nature spécifique de la Confédération et des cantons?

Le législateur pourrait ne pas utiliser exhaustivement toutes ses compétences et éviter d'élaborer des lois de détails quand la Constitution fédérale lui assigne le mandat d'édicter des principes. C'est l'idée de la loi-cadre, où la Confédération expose les principes généraux auxquels le droit cantonal doit se conformer; dans ce cadre, les cantons sont libres de légiférer à leur manière. On peut prolonger ce procédé législatif par l'idée du droit fédéral subsidiaire ou supplétif: les cantons qui ne légifèreraient pas seraient automatiquement soumis à un droit fédéral détaillé. La faiblesse du système gît dans la difficulté de désigner l'organe chargé d'interpréter la conformité des lois cantonales aux lois-cadres fédérales. De surcroît, l'ambiance actuelle du gouvernement fédéral, et surtout l'influence croissante d'une administration perfectionniste ne laissent guère d'espoir à un tel système.

Sur le fond, d'ailleurs, ce ne serait là qu'un palliatif. Le partage des compétences législatives est bien l'affaire du constituant. Si la doctrine en droit constitutionnel admet que les autorités centrales abandonnent quelques faibles parties de leurs compétences aux cantons, le législateur ne peut pas modifier à loisir la ligne de partage tracée dans la charte fondamentale.

Ainsi, seule la Constitution fédérale peut en principe prévoir un statut propre à un seul canton ou à un groupe de cantons. Ceux-ci disposent certes d'un droit d'initiative. Mais ce droit est un droit mineur, du même type que le droit de chaque parlementaire à déposer une initiative. Cette initiative n'a droit qu'à être examinée par le parlement. Pour être impérative à l'égard du Conseil fédéral, elle doit obtenir l'agrément des deux Chambres. D'ailleurs, si elle permet à un canton de faire entendre sa voix, elle ne met en oeuvre aucun mécanisme de différenciation du droit.

Il faut donc une réforme de la Constitution fédérale elle-même. C'est en ce sens que les auteurs proposent d'introduire une disposition prévoyant un double processus de restitution et de différenciation dans notre charte fondamentale, reconnaissant au canton qui en a les moyens le droit de demander la restitution pour son compte d'une compétence fédérale qu'il exercera lui-même en toute autonomie.

La solidarité

Une objection saute immédiatement aux yeux: une disposition constitutionnelle permettant à un canton de faire à sa guise dans un domaine régi en principe par le droit fédéral pourrait induire les cantons puissants à se retirer égoïstement du jeu fédéral, au détriment des cantons faibles, portant ainsi à la solidarité confédérale un coup qui pourrait lui être fatal. Comment répondre à cette objection tout en respectant la souveraineté du canton désirant faire usage de ce nouveau droit d'initiative?

Après de nombreuses réflexions et consultations, les auteurs ont adopté la solution la plus simple, la plus élégante et qui, de surcroît, est en parfaite harmonie avec le système actuel de l'initiative populaire fédérale: toute demande de restitution introduite par un canton devrait être soumise à la double majorité du peuple et des cantons suisses.

Cette disposition qu'on trouve énoncée ci-dessous tient en peu de mots. Elle n'en constitue pas moins l'écueil institutionnel le plus difficile à franchir en Suisse. La proportion des initiatives populaires qui ne l'ont pas franchi en témoigne.

Dans la perspective de ce double vote, l'organe cantonal compétent (gouvernement, parlement ou peuple) courra à un échec certain s'il se contente de déposer une demande de restitution à la Chancellerie fédérale. Il devra d'abord s'assurer le soutien de toutes les forces qui comptent dans son canton, sous peine de courir le risque d'être désavoué par ceux-là mêmes au nom desquels il

fait sa demande. Dans un second temps, il lui faudra constituer un dossier complet sur la base duquel il plaidera sa cause auprès des autres gouvernements cantonaux, notamment ceux qui seront directement ou indirectement touchés par la restitution. Il informera les diverses organisations politiques ou autres qui jouent un rôle dans la Confédération. Et c'est seulement avec la certitude d'être largement soutenu qu'il se sentira le droit, enfin, de déposer sa demande de restitution.

On ne peut exclure en principe qu'un canton puisse faire une demande de restitution avec l'intention explicite de ne pas légiférer dans le domaine en question. Il lui appartiendra, là de nouveau, de convaincre le reste de la Suisse qu'il est possible sur son territoire de régler les problèmes posés en dehors de toute intervention étatique.

La différenciation dans la Constitution suisse

Dès lors, les auteurs proposent d'inscrire dans la Constitution fédérale un nouveau droit d'initiative, par un nouvel article.

Synthèse

L'article ainsi proposé ne bouleverse nullement l'ordre établi. Il introduit simplement une «souple de sécurité» dans la mécanique des relations entre les cantons et la Confédération.

La présente proposition déchargerait la Confédération. Elle aiguillonnerait les États cantonaux à se prendre en main et à repenser leurs problèmes politiques, dans l'espoir de recouvrer une partie de leur souveraineté perdue.

Elle casserait un ressort essentiel du conflit linguistique en laissant à tout canton la possibilité permanente de se soustraire à une loi par trop inadéquate à son génie propre.

On a souvent accusé les défenseurs des souverainetés cantonales d'être des esprits rétrogrades, peu soucieux de l'évolution du monde, et portant atteinte par leur fixisme à l'avenir de la Confédération. Les propositions ci-dessus, l'esprit confédéral dans lequel elles sont faites devraient convaincre chacun que le combat des cantons pour leur souveraineté et le combat pour la conservation de l'alliance fédérale se rejoignent et se conjuguent aujourd'hui dans le combat du fédéralisme différencié.

Fédéralisme différencié: projet d'article constitutionnel

Article XXX* de la Constitution fédérale (nouveau):

- 1. Chaque canton peut demander la restitution pour lui-même d'une compétence de la Confédération. Cette restitution peut être complète ou partielle.**
- 2. La demande est soumise à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons.**

(* 121 ter dans l'ancienne Constitution)

* * *

La disposition ci-dessus donne à chaque canton la possibilité de demander individuellement et pour son compte la restitution complète ou partielle d'une compétence fédérale.

Elle vise à alléger les tâches de la Confédération tout en mettant mieux à contribution les capacités inemployées des cantons. Dans des domaines importants, en effet, comme certaines parties de

l'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement, du droit foncier rural, des permis humanitaires, de l'énergie ou de la politique de la drogue, certains cantons disposent aujourd'hui de connaissances théoriques et d'une expérience pratique qui leur permettraient d'agir eux-mêmes de façon à la fois autonome et conforme à l'intérêt de la Confédération dans son ensemble.

La nécessité d'une certaine décentralisation a été reconnue par les autorités cantonales et fédérales, mais n'a jamais réellement réussi à être concrétisée. De l'avis des auteurs, le principal obstacle qu'ont rencontré les quelques tentatives de restitution, en particulier l'ambitieuse opération de «répartition des tâches entre les cantons et la Confédération», est le caractère schématique et unitaire du fédéralisme helvétique, résumé dans la formule «tous ou point!». Il suffit en effet qu'un seul canton assume insuffisamment une compétence pour que le souverain se sente contraint de centraliser ladite compétence, au détriment de tous les cantons qui l'exerçaient à satisfaction.

Le principe de différenciation introduit par le nouvel article (121 ter dans l'ancienne Constitution) devrait permettre de tourner les obstacles qui ont fait échouer les tentatives précédentes de restitution et qui menacent semblablement l'opération en cours de refonte de la péréquation financière. Tel que formulé ici, ce principe ne porte nullement atteinte à l'égalité des cantons: chacun, petit ou grand, riche ou pauvre, peut introduire une demande de restitution. Les compétences les plus importantes ne sont pas nécessairement les plus coûteuses.

L'idée de la différenciation dans le cadre d'un système fédératif n'est pas une nouveauté. Le Canada l'a déjà expérimentée à satisfaction, dès les années 60, sous le nom d'opting out.

Le nouvel article s'inscrit parfaitement dans notre ordre constitutionnel en traitant la demande de restitution comme une initiative populaire fédérale. La demande, même portant sur une loi, voire sur une partie de loi, est soumise à la sanction du peuple et des cantons. Par cette exigence, les deux principes de restitution et de différenciation sont soumis au principe général de solidarité fédérale. Confiant dans le bon sens du souverain, le nouvel article ne prévoit pas de limite matérielle.

L'introduction du nouvel article modifierait l'attitude des cantons quant à leurs responsabilités politiques dans le cadre de la Confédération. Il susciterait un accroissement du dialogue diplomatique de chaque canton à l'égard de ses voisins et de la Confédération.

Fédéralisme différencié: aspects juridiques

A. Proposition d'un seul canton

L'avant-projet de révision totale de la Constitution fédérale (1977) prévoyait de faire du droit d'initiative cantonal actuel un droit de même portée que l'initiative populaire, mais en le conférant à trois cantons au lieu d'un seul. S'agissant du fédéralisme différencié, le droit conféré par le nouvel article 121 ter ne doit l'être qu'à un seul canton. Une demande émanant d'un plus grand nombre aurait peut-être plus de poids, mais cela n'est pas sûr. Le mécanisme visant à faire reconnaître la légitimité d'un statut différent eu égard à une aptitude ou une ambition particulière, il serait d'autant moins aisé de convaincre le reste de la communauté, qui pourrait perdre de vue l'opportunité juridique et politique de la démarche et se laisser gagner par un sentiment de complot, de Sonderbund.

Sur le plan pratique, une démarche commune à plusieurs cantons poserait de nombreux problèmes de coordination. Le temps nécessaire à la confection d'une revendication commune pourrait être démesurément long.

B. Restitution complète ou partielle

En Suisse, c'est la Constitution qui décrit les compétences fédérales et en fixe l'étendue. Tout statut juridique distinctif doit donc en principe apparaître dans la Constitution; c'est pourquoi toute restitution d'une compétence en faveur d'un canton devrait entraîner une révision constitutionnelle, plus précisément de la disposition qui octroie à la Confédération sa compétence de légiférer. Il en serait ainsi non seulement lorsqu'un canton souhaite la restitution d'une compétence constitutionnelle comme telle dans son entier, mais aussi lorsqu'il ne réclame la rétrocession d'une compétence que sur un point particulier contenu dans telle loi, voire telle partie de loi.

Le principal inconvénient que l'on pourrait reprocher au projet d'article constitutionnel, à savoir l'obligation d'en référer systématiquement au vote du peuple et des cantons, tient précisément de sa complète adéquation au moule du droit constitutionnel. C'est du reste ce qui fait la force de ce système: par un vote favorable du peuple et des cantons, le canton demandeur acquiert la reconnaissance d'une différence jugée conforme à l'esprit fédéral.

L'objection selon laquelle on dérangerait le constituant pour un objet parfois mineur et d'une importance locale n'est pas fondée. On l'a dit, la votation fédérale est une étape obligée. Bon nombre de citoyens se sentiraient probablement concernés par le souhait d'un canton de se détacher d'une loi fédérale, ne serait-ce que pour bien s'assurer que ce vœu ne recèle pas quelque menace pour l'édifice fédéral. D'autre part, il n'est jamais exclu qu'un ressortissant d'un canton noue un jour ou l'autre des relations juridiques, économiques ou sociales dans le canton demandeur. Il serait faux de dire que la restitution de compétences ne peut que susciter l'indifférence; ces votations provoqueraient un intérêt certain auprès des médias, appelés à se pencher sur la valeur des mobiles invoqués par le canton pour s'écarter du droit fédéral, parmi lesquels figurerait souvent en bonne place l'inefficacité, la lenteur et les coûts de l'intervention de la Confédération.

On le voit, l'intérêt de la question déborde largement le cadre interne des affaires d'un canton. A la réflexion, le fédéralisme différencié implique davantage la communauté tout entière que bon nombre de questions qui lui sont posées: par l'institution du référendum législatif, les consultations portent déjà sur des objets d'importance inégale.

C. Le champ des compétences récupérables

Les auteurs ont évidemment songé à la possibilité d'établir une liste de compétences non récupérables, comprenant par exemple la défense nationale, la politique extérieure ou l'émission de la monnaie. Mais une telle liste reviendrait précisément à poser des limites matérielles à la révisibilité de la Constitution alors que la doctrine dominante en nie l'existence et admet au contraire qu'une initiative peut tendre à la modification de n'importe quelle disposition, quand bien même celle-ci prescrirait elle-même son caractère intangible (voir notamment Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, numéros 326 à 332). L'initiative pour la suppression de l'armée a bel et bien été soumise au vote!

Une liste ne serait donc pas intangible et pourrait être remise en cause. Son contenu initial serait du reste lui-même l'objet de controverses sans fin. De plus, il suffirait, par des révisions partielles

décrétées à des moments bien choisis, d'augmenter progressivement cette liste pour vider le nouvel article constitutionnel de sa substance.

L'inutilité d'une liste apparaît dans toute son évidence sur le plan pratique. Il est en effet douteux qu'un canton se hasarde à formuler des demandes irréalistes et excessives; le ferait-il qu'il se heurterait à la sanction du peuple et des cantons, seuls juges à dire si une proposition est acceptable ou non. Il en va ainsi de l'initiative populaire qui, malgré l'absence d'une liste de matières intangibles, a jusqu'aujourd'hui donné satisfaction; il en irait de même de la demande de restitution.

D. Modalités de la demande

Les cantons décident souverainement de quel organe relève la compétence d'exercer le droit d'initiative prévu dans la Constitution fédérale. Dans le canton de Vaud, elle appartient au Grand Conseil. Peut-être serait-il judicieux de confier au peuple la compétence d'exercer le nouveau droit d'initiative conféré par le nouvel article constitutionnel ou, à tout le moins, que le peuple se prononce par voie de référendum obligatoire sur un projet du Grand Conseil; comme la proposition doit refléter la volonté réelle du canton, elle jouirait d'un plus grand crédit si l'organe compétent était le peuple plutôt que le parlement.

Chaque canton réglant souverainement l'exercice du droit conféré par le nouvel article, il s'ensuit que le temps séparant le moment où une proposition voit le jour et celui où un projet est déposé peut être long, supérieur aux dix-huit mois requis pour la récolte des signatures à l'appui d'une initiative populaire. A supposer que la législation vaudoise prévoie que le droit conféré par le nouvel article soit exercé par le Grand Conseil et que le décret adoptant l'initiative selon les formes actuellement en vigueur soit préalablement soumis au vote du peuple, la durée séparant le dépôt d'un projet par un député et la votation cantonale pourrait excéder, à elle seule deux, voire trois ans et plus.

Rien n'empêche cependant les cantons d'adapter leur législation de manière à faciliter l'exercice du droit d'initiative.

E. La question du régime transitoire

Le canton requérant devra vouer un soin tout particulier à la question du régime transitoire. Une rupture abrupte avec la politique fédérale serait assurément mal reçue. Une réglementation transitoire défectueuse pourrait constituer le talon d'Achille de l'initiative et devenir très vite une cible privilégiée pour ses adversaires.

Mais le droit transitoire soulève quelques questions. A supposer qu'une compétence de légiférer retombe dans les mains d'un canton par suite d'une votation populaire, à partir de quand une loi fédérale cesse-t-elle d'être en vigueur? Peut-on concevoir qu'elle déploie encore certains effets?

Inversons les données du problème. Que se passe-t-il lorsque le peuple et les cantons enrichissent la Constitution fédérale d'une nouvelle compétence en faveur de l'Etat central? L'attribution constitutionnelle en tant que telle n'a en principe pas d'effet abrogatoire sur les lois cantonales. Une compétence concurrente provisoire subsiste dans la mesure où le législateur fédéral s'abstient de légiférer; cette règle est exprimée dans les dispositions transitoires, et ne s'applique pas, selon le Tribunal fédéral, à certains domaines tels que la politique étrangère, la défense nationale, etc., dans lesquels les dispositions constitutionnelles ont un effet abrogatoire sitôt qu'elles entrent en force. Le hiatus législatif reste cependant l'exception.

L'existence d'une disposition constitutionnelle restituant une compétence législative à un canton réduit-elle par elle-même le champ d'application territorial d'une loi fédérale ou subsiste-t-il, au bénéfice de la Confédération, une compétence concurrente provisoire dans la mesure où le législateur cantonal n'a pas encore légiféré? La solution la plus simple consisterait à adopter un système symétrique à celui exprimé dans les dispositions transitoires: caducité du droit fédéral dès «la promulgation» de la loi cantonale, règle que formulerait un nouvel article des dispositions transitoires.

Les limites d'une solution fondée sur une telle disposition sont cependant immédiatement perceptibles: que ferait un canton qui souhaiterait échapper au droit fédéral sans faire usage de sa compétence recouvrée?

Cette solution n'est du reste pas non plus possible lorsque le canton entend légiférer. Pour illustrer cela, il suffit d'imaginer un exemple concret.

Dans le cadre de la nouvelle répartition des tâches, le Conseil fédéral avait vainement proposé que l'aide au logement revienne aux cantons. A ses yeux, ce domaine était en effet mûr pour une «cantonalisation»; dans son message du 28 septembre 1981, il admettait en particulier que l'aide fédérale «ne tenait pas suffisamment compte des différences entre les cantons dans le marché du logement». Le Conseil fédéral avait imaginé une disposition transitoire réglant le passage à la «cantonalisation» de l'aide au logement. Si par hypothèse un canton réclamait la restitution de compétence dans ce domaine, le passage de la politique fédérale actuelle à une politique cantonale soulèverait un certain nombre de questions délicates auxquelles une règle aussi sommaire que celle des dispositions transitoires esquissée ci-dessus ne saurait répondre de manière satisfaisante; on ne saurait remettre en cause les mesures prises sous l'empire du droit fédéral, conçues généralement pour déployer leurs effets durant de nombreuses années. Si l'on appliquait le nouvel article des dispositions transitoires, la Confédération aurait la faculté d'exercer les droits et le devoir d'honorer les obligations découlant des mesures prises en application de la loi fédérale jusqu'au moment où le parlement du canton requérant légifère; elle devrait en outre continuer à octroyer de nouvelles aides jusqu'à ce moment-là. La «promulgation» de la loi cantonale bloquerait son activité, mais la question du sort des droits et des obligations et de la «gestion administrative» des mesures antérieures ne serait pas réglée pour autant. Et le législateur cantonal ne pourrait pas échafauder unilatéralement une réglementation transitoire qui imposerait des obligations à la Confédération. Ce système ne conviendrait pas.

La seule solution est que l'initiative du canton tendant à la restitution d'une compétence règle elle-même de cas en cas les modalités du passage à la compétence cantonale, dans un projet d'article complémentaire qui s'ajouterait aux dispositions transitoires de la Constitution fédérale et qui s'imposerait au législateur fédéral.

F. Les flux financiers liés à la restitution d'une compétence

La restitution d'une compétence peut ne pas impliquer de flux financier digne d'être mentionné. Elle peut aussi entraîner un allègement des charges de la Confédération et un accroissement de celles du canton demandeur.

En principe, le canton demandeur doit être disposé à consentir à un certain sacrifice financier pour recouvrer sa souveraineté.

Néanmoins, on ne peut, a priori, exclure toute compensation financière. Sur le plan juridique, cela ne constitue pas un obstacle: le canton demandeur pourrait en effet prévoir le règlement des

comptes de son choix, en le fixant dans une disposition transitoire de la Constitution fédérale qui compléterait le texte de sa demande.

Encore faudrait-il que le régime proposé paraisse acceptable aux yeux du constituant. Ainsi, la proposition qui consisterait simplement à faire bénéficier le canton demandeur des sommes économisées par la Confédération – dans la mesure où elles peuvent être déterminées – ne suffirait pas nécessairement à emporter la conviction du constituant, pour qui d'autres facteurs entreraient aussi en ligne de compte, tels la puissance financière du canton demandeur, la nature et le coût de la politique qu'il envisage de mener.

L'opportunité d'une compensation financière, le cas échéant les modalités et le montant de celle-ci, devraient être soigneusement appréciés dans chaque cas par le canton demandeur.

A titre d'exemple, on peut esquisser les contours de l'arrangement financier que pourrait proposer un canton qui réclamerait la restitution de la compétence d'encourager la construction de logements. L'aide fédérale est destinée aux particuliers et le nombre de requêtes en provenance d'un canton, déterminé par rapport au total, varie d'année en année. Le canton demandeur pourrait proposer dans les dispositions transitoires de la Constitution fédérale, que la Confédération lui cède chaque année une part du crédit disponible égale au pourcentage moyen sollicité par ses ressortissants lors des dix années précédant l'abrogation du droit fédéral. Conçus comme devant permettre le passage à une politique propre, les versements de la Confédération cesseraient au terme d'une période limitée dans le temps.

Une telle limitation dans le temps paraît du reste d'autant plus indiquée que tout versement prolongé réintroduirait de fait une subordination du canton receveur à la Confédération.

Pour d'autres cas, le canton demandeur pourrait aussi prévoir d'inscrire dans les dispositions transitoires de la Constitution fédérale, le versement d'un forfait ou de montants dégressifs sur une période donnée. Quoi qu'il en soit, il lui incomberait de mettre au point un arrangement acceptable pour la communauté fédérale.

Les arrangements fiscaux entre le pouvoir fédéral et un ou quelques Etats membres n'ont rien d'inédit: au Canada, il y a près de quarante ans que les gouvernements fédéral et provinciaux concluent des accords fixant le partage du champ de l'imposition directe, sous la forme d'arrangements quinquennaux, le taux de perception de l'impôt fédéral variant d'une province ou d'un groupe de provinces à l'autre en fonction du degré de l'intervention fédérale dans certains domaines politiques.

Dans certains cas, il serait délicat, voire impossible, d'établir des comptes précis. Il appartiendrait alors au canton demandeur de formuler dans les dispositions transitoires un règlement acceptable ou, pourquoi pas, de prévoir simplement l'institution de négociations.

Conclusion

Le fédéralisme fait coexister deux pouvoirs politiques distincts sur le même territoire. Cette situation engendre des problèmes de concurrence entre le pouvoir originel, en l'occurrence les cantons, et le pouvoir délégué, en l'occurrence la Confédération.

Les mécanismes institutionnels qui prévoient la nature et la portée des compétences de chaque pouvoir doivent être mis au point avec un souci extrême de coller à la réalité, de façon à assurer durablement l'équilibre entre ces deux extrêmes mortels que sont la fusion et l'éclatement.

La Suisse d'avant le pacte fut le règne sans partage du cas particulier et de la différenciation. La Suisse du Pacte fédéral de 1815, tout en prévoyant l'égalité des cantons, entre eux et à l'égard du pouvoir fédéral, était une véritable confédération d'États souverains. Le Pacte laissait l'essentiel de leur souveraineté aux États cantonaux, qui conservaient des prérogatives importantes en matière de politique étrangère ainsi que la possibilité de conclure des alliances entre eux. Une telle autonomie peut faire rêver les fédéralistes d'aujourd'hui. Ils ne doivent pas se dissimuler les risques de blocage voire de conflits internes qui menaçaient cette alliance et affaiblissaient sa capacité militaire.

Avec l'Etat fédératif de 1848, ce fut le contraire: on enclenchait un processus de centralisation qui n'a jamais connu, en bientôt deux siècles, que de brèves accalmies et jamais de retour en arrière.

Le nouvel article proposé cumule les avantages d'un Etat fédératif de 1848 – un pouvoir fédéral fort – et ceux d'une Confédération au vrai sens du terme – des cantons réellement autonomes.