

Conférence internationale sur le fédéralisme Mont-Tremblant, octobre 1999

Article de référence

RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Michael Crommelin

Doyen de droit à l'Université de Melbourne

1. La nature des différends fédéraux

Les différends sont inhérents au système fédéral de gouvernement(1). La répartition des pouvoirs entre les paliers de gouvernement et à l'intérieur de ceux-ci est un catalyseur des conflits; elle est une caractéristique du fédéralisme, au même titre que l'existence d'entités politiques distinctes. En conséquence, la gestion des conflits est une composante essentielle du cadre institutionnel des sociétés fédérales.

La répartition des pouvoirs provoque une variété de différends, entre les paliers de gouvernement, entre gouvernements au même palier, et entre la population (ou les populations) et le gouvernement (ou les gouvernements). Tous les différends du genre, toutefois, impliquent des enjeux fondamentaux du constitutionnalisme, soit la définition de limites et leur application à l'autorité gouvernementale.

J'ai utilisé dans le présent document des exemples d'une vaste gamme d'arrangements fédéraux, confédéraux et quasi fédéraux, aux paliers national et supranational. L'inclusion d'organisations supranationales se justifie par la relation symbiotique qui existe entre ces dernières et les gouvernements nationaux. Si elles ont certes vu leur conception façonnée par l'expérience fédérale, les organisations supranationales ont, en retour, déjà commencé à influencer l'évolution des systèmes nationaux de gouvernement.

La fluidité et le dynamisme sont la marque des sociétés fédérales, des relations intergouvernementales et de la gestion des conflits. Pourtant, on peut discerner quatre grandes approches de la gestion des conflits : le règlement formel, le règlement informel, la prévention et le règlement populaire. Mon traitement de chacune des approches est destiné davantage à illustrer et à susciter la réflexion qu'à faire une analyse fouillée de la question.

Au départ, toutefois, je tiens à noter que chaque société fédérale a sa propre culture de gestion des conflits. Et cette culture a un impact subtil mais significatif sur le fonctionnement des systèmes de gestion des conflits, de sorte que des structures semblables peuvent fonctionner différemment selon les sociétés. Rarement cette culture est-elle explicite : elle est d'ordinaire le produit de l'histoire davantage que celui d'un quelconque instrument constitutionnel. L'article 41(1) h) de la Constitution de l'Afrique du Sud (1996) fait toutefois exception. Il y est stipulé :

<< Toutes les sphères du gouvernement et tous les organes de l'État à l'intérieur de chacune des sphères doivent coopérer dans un climat de confiance mutuelle et de bonne foi

- (i) en favorisant des relations amicales;
- (ii) en s'aidant et en se soutenant mutuellement;
- (iii) en s'informant, et en se consultant, sur des questions d'intérêt mutuel;
- (iv) en coordonnant leurs actions et leurs mesures législatives;
- (v) en adhérant aux procédures convenues;
- (vi) en évitant d'intenter des poursuites judiciaires les uns contre les autres. >>

Il est probablement trop tôt pour prédire si cette prescription déterminera la culture constitutionnelle de l'Afrique du Sud.

2. Règlement formel des différends

Il y a plus d'un siècle, en définissant les caractéristiques des systèmes fédéraux, A. V. Dicey a attiré l'attention sur << la prédominance du judiciaire dans la Constitution >>(2). C'est encore le cas aujourd'hui, malgré que dans plusieurs fédérations où le contrôle judiciaire a joué un rôle clé dans la gestion des conflits (comme aux États-Unis, au Canada et en Australie), ce rôle a été assumé par les tribunaux plutôt qu'imposé par le libellé de la Constitution(3).

Dans la vaste documentation sur le contrôle judiciaire, j'ai retenu quatre questions d'importance actuelle et potentielle : les concepts judiciaires du fédéralisme; la compétence en matière de renvoi; la dévolution écossaise; le fédéralisme supranational et la Cour européenne de Justice.

2.1 Concepts judiciaires du fédéralisme

Les tribunaux engagés dans un contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir gouvernemental dans un système fédéral doivent inévitablement, entre autres fonctions, développer un concept fondationniste du fédéralisme. La Cour constitutionnelle en Allemagne, par exemple, a appliqué un principe de <<courtoisie fédérale>> en se prononçant sur la répartition des pouvoirs entre le Bund et les Länder; ce principe, qui oblige les deux parties à conduire leurs affaires d'une manière <<favorable à l'idée de la fédération>>, est généralement considéré comme ayant freiné (dans une certaine mesure) l'expansion du pouvoir législatif fédéral au sein de la fédération allemande(4). De même, la reconnaissance du <<fédéralisme>> par la Cour suprême du Canada en tant que l'un des principes sous-jacents de la Constitution canadienne a eu pour effet de renforcer la position des provinces dans la résolution des différends intergouvernementaux au Canada(5). Par contraste, la Cour suprême des États-Unis, comme d'ailleurs la Haute Cour en Australie, s'est montrée peu encline à circonscrire l'autorité législative fédérale(6). Les prescriptions du fédéralisme aux États-Unis et en Australie semblent satisfaites par le maintien de l'existence des États en tant qu'entités politiques, sans égard à l'étendue de leur autorité législative résiduelle.

Ces différents concepts du fédéralisme sont le produit d'influences diverses. Le modèle de la répartition des pouvoirs entre les paliers de gouvernement peut fort bien être important. La Constitution canadienne spécifie les pouvoirs attribués aux provinces, tandis que les constitutions des États-Unis et de l'Australie confèrent en termes généraux davantage que spécifiques les pouvoirs revenant aux États. Mais, ce qui importe peut-être plus encore, c'est la culture constitutionnelle. La branche judiciaire ne doit pas se montrer moins sensible que les autres branches de gouvernement à cette culture si elle veut justifier son rôle dans la gestion des conflits.

2.2 Compétence en matière de renvoi

La capacité de déterminer les questions constitutionnelles sur renvoi permet une gestion préemptive des conflits par les tribunaux. Son importance a récemment été montrée par le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec(7). Après que le référendum tenu en 1995 sur la sécession du Québec eut été défait de justesse, le gouvernement canadien a demandé à la Cour de statuer sur la question de savoir si une déclaration unilatérale d'indépendance serait valide et effective selon le droit canadien ou le droit international. Le gouvernement québécois ayant choisi de ne pas participer à la procédure de renvoi, la Cour a nommé un amicus curiae pour exposer les arguments en faveur d'un droit à la sécession unilatérale. La Cour a refusé d'accorder un droit du genre, mais elle a aussi statué que les gouvernements aux paliers fédéral et provincial seraient tenus de négocier une sécession constitutionnelle si la population du Québec devait voter en faveur d'une sécession lors d'un référendum.

Il est difficile d'imaginer un test plus critique du contrôle judiciaire que ce renvoi, qui a

placé la Cour au coeur de l'enjeu le plus fondamental auquel peut devoir se mesurer toute fédération. Comme dans toutes les affaires de règlement de différends judiciaires, c'est le degré d'acceptation de la décision qui en a déterminé le succès. Parallèlement, les risques pour la Cour, dans une pareille procédure, étaient énormes. Là encore, il appert que la culture constitutionnelle ait joué un rôle déterminant quant à la capacité de la Cour de s'acquitter de cette tâche. Il est à noter que la Haute Cour de l'Australie s'est abstenue d'assumer tout rôle semblable en vertu de la Constitution australienne(8).

2.3 Dévolution écossaise

On trouve un exemple récent du règlement formel des différends par les tribunaux dans le mécanisme que renferme le Scotland Act pour le contrôle judiciaire des lois (proposées et adoptées) du Parlement d'Écosse dont la capacité législative générale est limitée par les domaines réservés au Parlement de Westminster. Le Conseil privé est l'arbitre final des différends concernant la compétence législative écossaise. Tant le gouvernement d'Écosse que celui du Royaume-Uni peuvent soumettre un bill du Parlement écossais au Conseil privé en vue d'obtenir une décision. Les questions de compétence législative peuvent également faire l'objet d'un renvoi après l'adoption d'une loi, directement ou à l'occasion de toute affaire juridique dans laquelle elles sont soulevées. Le Conseil privé peut déclarer une loi invalide, sous réserve de la possibilité d'une rectification par le Parlement écossais ou d'un décret du Conseil privé écartant tout effet rétroactif de l'invalidité.

Vu dans le contexte plus large de la gestion des conflits, ce mécanisme montre plusieurs caractéristiques notables. La composition du Conseil privé revêtira maintenant une signification entièrement nouvelle. Le pouvoir du Parlement du Royaume-Uni de modifier la liste des pouvoirs législatifs réservés, qui peut être invoqué en tout temps, pourrait invalider le contrôle judiciaire. Ce pourrait aussi être un facteur dont le Conseil privé tient compte en ce qui a trait au rendement du contrôle judiciaire. Il reste à voir si le Conseil privé développera un concept constitutionnel <<fondationniste>> de la dévolution dans le cadre du processus qui consiste à définir les pouvoirs législatifs réservés, peut-être en rapport avec l'évolution d'une culture politique de la dévolution.

2.4 Le fédéralisme supranational et la Cour européenne de Justice

En jouant son rôle au titre du règlement de différends au sein de l'Union européenne, la Cour européenne de Justice a amplifié les forces de l'intégration. L'adoption de doctrines comme la suprématie et l'effet direct des lois de l'Union européenne, le contrôle judiciaire des lois des États membres, et l'habilitation des ressortissants de l'Union européenne à faire respecter les obligations de l'Union par les États membres et d'autres individus a assuré le développement autonome du droit communautaire d'une façon typique des systèmes fédéraux.

L'impact des décisions de la Cour sur les systèmes juridiques des États membres reste peut-être limité et inégal, mais le potentiel ne fait aucun doute. La Cour illustre bien dans quelle mesure un processus formel de règlement des différends peut contribuer au développement d'une culture constitutionnelle dans une mesure disproportionnée par rapport au nombre et à l'importance des différends effectivement résolus.

3. Règlement informel des différends

Le coût, les retards et la publicité sont des déficiences reconnues des procédures formelles de règlement des différends. La perte de contrôle d'un problème épineux une fois qu'est enclenché le processus judiciaire, est un autre facteur qui peut inciter les gouvernements à ne pas recourir à ces procédures. C'est pourquoi on s'est penché récemment sur la possibilité d'utiliser des techniques alternatives de règlement des différends pour la gestion des conflits dans les systèmes fédéraux.

Jusqu'à maintenant, il y a peu d'exemples. Cette approche a été proposée au Canada comme une façon de lever les obstacles au commerce interprovincial, mais elle n'a pas encore été mise en pratique. L'article 41 de la Constitution sud-africaine constitue une tentative intéressante et le chapitre 20 de l'Accord de libre-échange nord-américain peut

indiquer certaines pistes pour les systèmes fédéraux.

3.1 Afrique du Sud

Outre les principes de coopération, de confiance mutuelle et de bonne foi notés ci-dessus, l'article 41 de la Constitution sud-africaine pose que tous les gouvernements doivent <<préserver la paix, l'unité nationale et l'indivisibilité de la République>>, <<respecter le statut constitutionnel, les institutions, les pouvoirs et les fonctions de gouvernements dans d'autres sphères>> et <<exercer leurs pouvoirs et accomplir leurs fonctions d'une façon qui n'empiète pas sur l'intégrité géographique, fonctionnelle ou institutionnelle d'un gouvernement dans une autre sphère>>. Ces exigences ont pour but la prévention des différends, un sujet qui est abordé plus loin. Toutefois, l'article 41 oblige aussi les parties d'un différend intergouvernemental à <<faire tous les efforts raisonnables possibles pour régler le différend>> et à <<épuiser tous les autres moyens>> avant de judiciairiser le différend. Les tribunaux ont le droit de refuser de se saisir d'un différend intergouvernemental quand il n'a pas été satisfait à ces exigences. L'article prévoit en outre l'adoption de mesures législatives qui établissent les <<mécanismes et les procédures appropriés pour faciliter le règlement des différends intergouvernementaux>>. L'efficacité de l'article 41 dépendra sans nul doute du contenu de ces mesures. Il est à espérer que l'article 41 connaisse un meilleur sort que l'article 101 de la Constitution australienne aux termes duquel il <<y aura une Commission interétatique>> chargée de trancher les différends constitutionnels relatifs au commerce. Les efforts combinés de la Haute Cour d'Australie et du Parlement fédéral ont privé l'article 101 de tout effet pratique(9).

3.2 ALENA

Le processus de règlement des différends prévu au chapitre 20 de l'Accord de libre-échange nord-américain comporte trois étapes. La première est la consultation entre les Parties. Lorsque celle-ci échoue, le différend peut être soumis à la Commission de libre-échange en vue d'une médiation, avec, au besoin, le concours d'experts techniques ou d'experts-conseils. Lorsque la médiation échoue, l'une ou l'autre Partie peut demander la constitution d'un groupe d'arbitrage. Les conclusions de ce dernier ne sont pas exécutoires, mais les Parties sont tenues de régler le différend dans le cadre d'une entente conforme à ces conclusions dans les 30 jours suivant la diffusion du rapport.

Encore une fois, l'expérience est limitée, mais le chapitre 20 soulève d'intéressantes questions. Dans quelle mesure les processus de médiation et d'arbitrage peuvent-ils être étendus aux enjeux plus larges de l'autorité gouvernementale? De plus, de tels processus permettent-ils aux gouvernements de conserver un certain contrôle sur des enjeux litigieux qui échappent aux procédures formelles de règlement des différends? Des réponses positives à ces questions pourraient encourager l'expérimentation de techniques alternatives de règlement des différends dans les systèmes fédéraux.

4. Prévention des différends

La gestion des conflits dans les sociétés fédérales exige des mesures de contrôle du nombre et de l'ampleur des différends, sinon la paralysie gouvernementale peut s'installer. La prévention des différends est donc une composante essentielle du système de gestion des conflits.

Les techniques de prévention des conflits sont nombreuses et variées. Elles englobent la rédaction d'instruments constitutionnels et les forums intergouvernementaux tant constitutionnels qu'extra-constitutionnels.

4.1 Rédaction d'instruments constitutionnels

Toutes les fédérations doivent avoir leurs propres exemples de formulations qui invitent à la contestation. L'Australie a l'article 92, qui dit que <<le commerce et les échanges entre les États ... seront totalement libres>>. Cette formule d'une simplicité trompeuse a probablement été la source de plus de litiges que toutes les autres dispositions combinées de la Constitution australienne.

La controverse actuelle concernant la récente décision du tribunal de dernière instance de Hong Kong au sujet du <<droit de séjour>> dans la Région administrative spéciale souligne les lacunes de la Loi fondamentale relativement aux pouvoirs qu'ont les divers organismes de l'interpréter ainsi que le fait qu'on n'y précise pas le moyen de la modifier. Par conséquent, l'<<autonomie>> de la Région administrative spéciale a été remise en cause.

Il faut reconnaître que l'imprécision peut être délibérée et l'ambiguïté, le prix payé pour faire accepter les termes d'un instrument constitutionnel. Cette approche, toutefois, ne fait que remettre à plus tard le règlement de la difficulté constitutionnelle. Elle peut aussi mettre à risque les processus constitutionnels de gestion des conflits s'ils ne permettent pas de résoudre la difficulté qui a été reportée.

4.2 Forums intergouvernementaux constitutionnels

L'expérience constitutionnelle allemande est riche en forums intergouvernementaux conçus pour contribuer à la gestion des conflits². Le Bundesrat, comprenant des délégués des divers gouvernements des länder, l'illustre très bien. Les mesures qui visent à modifier la Loi fondamentale, touchent les finances ou les taxes des länder ou ont une <<pertinence administrative>> pour les länder doivent recevoir l'aval du Bundesrat pour devenir loi. Le Bundesrat peut aussi proposer des modifications aux lois fédérales à la lumière de l'expérience administrative des länder. Les impasses entre les deux chambres du Parlement fédéral peuvent être réglées par le Comité de médiation Bundestag / Bundesrat, composé de seize membres de chaque chambre. Ce processus a l'avantage de la simplicité et de l'efficacité, particulièrement quand on le compare à la procédure de déblocage australien qui exige la dissolution des deux chambres puis (peut-être) une session conjointe des deux. Enfin, l'établissement récent de la <<Chambre Europe>>, un comité du Bundesrat chargé de conseiller le gouvernement fédéral sur l'impact des mesures proposées par l'Union européenne dans des champs de compétence législative des länder, peut être vu comme une tentative de gérer les conflits résultant de l'intégration européenne.

4.3 Forums intergouvernementaux extra-constitutionnels

De tels organismes sont largement répandus dans les systèmes fédéraux. Le Conseil des gouvernements australiens, composé des dirigeants de tous les gouvernements (fédéral, États et territoires), constitue un exemple utile. La volonté d'éviter les différends grâce à la négociation de positions sur les politiques dans des domaines importants comme la politique sur la concurrence et la politique fiscale explique la raison d'être du Conseil. Les avantages de la flexibilité et de la consistance au niveau de la formulation et de la mise en oeuvre des politiques sont contrebalancés par une perte au niveau de la reddition de comptes. Néanmoins, il y a un fort soutien politique en faveur de cette approche, sans doute en raison de son acceptation dans la population. Au Canada, le <<fédéralisme exécutif>> est apparemment passé à travers une période d'analyse critique, et son ampleur et sa diversité continuent de progresser.

5. Règlement populaire des différends

Les différends fédéraux peuvent être réglés par le processus électoral et ce, sous diverses formes. Les gouvernements peuvent être défaits. Il est cependant rare qu'une élection porte sur un seul enjeu (ou des enjeux interreliés). C'est pourquoi l'article 89 de la Constitution suisse présente plus d'intérêt puisqu'elle exige que toute loi fédérale soit soumise à l'aval du peuple si 50 000 citoyens ou 8 cantons le demandent. Ce mécanisme permet de soumettre la législation fédérale au contrôle populaire (plutôt que judiciaire). De plus, les fédérations suisse et allemande ont mis au point des façons de modifier la constitution qui ont été utilisées dans la pratique pour résoudre des conflits intergouvernementaux. Par contraste, les procédures australiennes d'amendement constitutionnel n'ont guère sinon pas contribué à la gestion des conflits. Le contrôle effectif exercé par le gouvernement fédéral sur les mesures soumises au référendum en Australie peut expliquer ces résultats lamentables. Le scepticisme à l'égard des propositions

gouvernementales est enraciné dans la culture constitutionnelle australienne.

6. Conclusions

S'il est pratique de catégoriser les approches du règlement des différends au sein des fédérations comme étant formelles, informelles, préventives et populaires, cette solution peut aussi être trompeuse. Les lignes de démarcation entre les catégories sont floues. De plus, il y a des interrelations complexes entre les techniques dans les différentes catégories, et ces interrelations peuvent parfois être aussi importantes que les techniques elles-mêmes. Toutes les sociétés fédérales recourent à des réseaux de techniques pour gérer les conflits. Ces réseaux affectent, pour le meilleur ou pour le pire, les relations intergouvernementales. Ils contribuent aussi au développement de cultures constitutionnelles tout en reflétant ces cultures dans leur fonctionnement.

*Professeur de droit Zelman Cowen et doyen de la Faculté de droit à l'Université de Melbourne. L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance à M. Tom Clarke pour son aide dans la préparation du présent document.

NOTES

(1) Gagnon, A-G, <<The Political Uses of Federalism>>, in Burgess, M et Gagnon, A-G (sous la direction de), *Comparative Federalism and Federation* (1993), 18.

(2) Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed., 1961) 175

(3) Par ex. *Marbury v Madison* 1 Cranch 137 (1803)

(4) Blair, P et Cullen, P, <<Federalism, Legalism and Political Reality: The Record of Federal Constitutional Court>> in Jeffrey, C (sous la direction de), *Recasting German Federalism : The Legacies of Unification* (1999) 132-141.

(5) *Quebec Secession Reference* (1998) 161 DLR (4th) 385, 411-4.

(6) En Australie, l'arrêt *The Commonwealth v Tasmania (Tasmanian Dam Case)* (1983) 158 CLR 1 fait jurisprudence en la matière.

(7) (1998) 161 DLR (4th) 385.

(8) *Re Judiciary and Navigation Acts (Advisory Opinions Case)* (1921) 29 CLR 257. Il est aussi utile de mentionner que les tribunaux australiens n'ont joué aucun rôle dans les efforts faits par l'Australie-Occidentale en 1933 (dont la tenue d'un référendum positif) pour se séparer de la fédération australienne; cette affaire a été réglée péremptoirement par le gouvernement du Royaume-Uni, contre la sécession.

(9) La Haute Cour a refusé à la Commission interétatique des pouvoirs judiciaires en 1915 : *New South Wales v The Commonwealth (Wheat Case)* (1915) 20 CLR 54. Le Parlement fédéral a ensuite laissé la Commission s'éteindre, exception faite d'une brève réapparition (sans conséquence) de 1975 à 1990.

Jeffrey, C et Savigear, P, *German Federalism Today* (1991).