



Institut für Föderalismus
Institut du Fédéralisme
Institute of Federalism

aus: Newsletter IFF 4 / 2024

Le fédéralisme – l'autre élément essentiel, et menacé, d'un ordre étatique efficace

LUC GONIN, anc. chargé de cours à l'Université de Fribourg¹

L'auteur constate que le fédéralisme résulte de l'histoire de la Confédération, caractérise son organisation, et lui offre tant un laboratoire d'idées que des solutions adaptées aux réalités. Il remarque aussi que la mondialisation conduit à l'internationalisation du droit, et éloigne le centre décisionnel des collectivités locales. Dans cette contribution, il souligne la tension qui existe entre coopération internationale et décentralisation, pour penser un fédéralisme durable.

Der Schweizer Föderalismus ist nach Ansicht des Autors ein Produkt der Geschichte der Eidgenossenschaft, das für seine Staatsorganisation kennzeichnend ist, ihm als Ideenlabor dient und ebenso den Realitäten angepasste Lösungsansätze bietet. Derweilen führt die Globalisierung zu einer Internationalisierung des Rechts, was das «Entscheidungszentrum» weg von den lokalen Gemeinwesen bewegt. In seinem Beitrag unterstreicht er die Spannungsfelder zwischen der internationalen Kooperation und Dezentralisation, um den Föderalismus nachhaltig gestalten zu können.

Universität Freiburg
Institut für Föderalismus
Av. Beauregard 1
CH-1700 Fribourg / Freiburg

Tel. +41 (0) 26 300 81 25

Website DE FR EN



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

¹ Les propos tenus dans cet article engagent uniquement, et exclusivement, l'auteur, et donc d'aucune façon tout employeur passé ou présent.

Table des matières

I. Les éléments essentiels de l'ordre constitutionnel suisse	3
II. Le fédéralisme en voie d'appauvrissement constant	4
1. Rappel – La centralité du fédéralisme dans l'ordre constitutionnel suisse	4
2. Le grenier percé : l'influence générale du droit international	4
3. L'influence par la nature même du droit international	5
4. L'influence par l'expansion matérielle du droit international	6
5. L'influence par l'action des tribunaux internationaux	6
III. Synthèse : le fédéralisme à contrecourant manifeste du droit international	7

I. Les éléments essentiels de l'ordre constitutionnel suisse

En tant qu'Etat libéral et démocratique, la Suisse repose, depuis de très nombreuses générations, sur trois piliers centraux : la démocratie – aspects de démocratie semi-directe inclus² –, les libertés individuelles³ et le fédéralisme⁴.

Sans démocratie, l'Etat n'est plus fondé sur la conviction que le pouvoir vient « d'en bas »⁵. En Suisse, cette conviction a une très longue tradition, même si elle a dû s'imposer face à des visions aristocratiques de la société, puisque les *Landsgemeinden* témoignent de la volonté d'éviter que le pouvoir soit réservé à une élite, déconnectée de la réalité du (plus) grand nombre⁶. L'adoption de l'initiative constitutionnelle populaire et du référendum est, elle aussi, le témoignage du souci de la concentration des pouvoirs⁷.

S'il y a le peuple, il y a l'individu. L'homme (*Mensch*) possède des droits (et des obligations). Il n'est pas soumis à l'arbitraire du Léviathan, mais il lui est reconnu une valeur intrinsèque, une dignité qu'on ne saurait lui arracher⁸, sous peine de basculer dans une forme, terrible, d'inhumanité⁹. De cette valeur propre qui revient à chacune et chacun découlent de nombreux droits subjectifs, en particulier inscrits dans le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale¹⁰.

Il n'y a cependant pas que le peuple, et l'individu, en Suisse : il y a aussi, depuis des siècles, les cantons¹¹. La Confédération suisse n'a pas effacé de nos cartes les frontières cantonales, preuve en est son nom officiel lui-même : « Confédération helvétique », alors même que notre pays est un Etat fédéral depuis 1848¹².

Il est ainsi passionnant de constater que notre spécificité se trouve dans une conjugaison spécifique de valeurs fondamentales. A notre sens, si la démocratie doit faire face à de nombreux défis – parfois contradictoires – aujourd'hui (*fake news*, censure de la liberté d'expression, internationalisation et « technocratisation » des processus décisionnels, remise en cause – à tout le moins sporadique – de

² Cf. not. art. 2, al. 1^{er}, et art. 136 ss de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (ci-après : Cst. ; Recueil systématique [ci-après : RS] 101).

³ Cf. not. art. 2, al. 1^{er}, et, surtout, art. 7 ss Cst.

⁴ Cf. not. art. 3 et 42 ss Cst.

⁵ Pour rappel, la démocratie signifie, étymologiquement, que le pouvoir (*kratos*) doit revenir au peuple (*demós*).

⁶ Sur la notion de *Landsgemeinde*, cf. not. HANS STALDER, « Landsgemeinde » in : *Dictionnaire historique de la Suisse* (DHS), p. 1 ss (<https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/010239/2021-01-18/>, consulté le 24.09.2024).

⁷ Sur un plan fédéral, cf. en part. art. 139 ss Cst.

⁸ Cette centralité de la dignité humaine est mise en exergue par le fait qu'elle est protégée par le premier article constitutionnel du « catalogue » des droits fondamentaux. Ainsi, l'art. 7 Cst. se lit comme suit : « La dignité humaine doit être respectée et protégée » (c'est nous qui soulignons).

⁹ A ce sujet, l'art. 9 Cst. souligne que : « Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat *sans arbitraire* et conformément aux règles de la bonne foi » (c'est nous qui soulignons).

¹⁰ Cf. art. 7 à 36 Cst.

¹¹ En l'espèce, on consultera utilement, toujours et encore, l'ouvrage du prof. ANDREAS AUER, *Staatsrecht der Schweizerischen Kantone* (Berne, 2016).

¹² Cf., à ce sujet, RS 101, Titre. Pour une analyse, récente, de l'acte fondateur de la Suisse moderne, cf. OLIVIER MEUWLY, *La Constitution de 1848 – L'acte fondateur de la Suisse moderne*, Gollion, 2023. Plus spécifiquement sur le fédéralisme, dans ce contexte, cf. le chapitre de cet ouvrage intitulé « La mère des batailles : un fédéralisme réinventé » (pp. 27 ss).

l'intérêt public sur l'autel des intérêts privés, renforcement de l'administration et du pouvoir judiciaire), le fédéralisme est l'autre élément essentiel, et menacé, d'un ordre étatique contemporain efficace¹³. Eu égard à la revue qui accueille cette brève contribution, nous nous concentrerons sur cet élément fédéral dans le développement qui suit.

II. Le fédéralisme en voie d'appauvrissement constant

1. Rappel – La centralité du fédéralisme dans l'ordre constitutionnel suisse

Il n'est pas le lieu de faire un cours sur le fédéralisme¹⁴. Néanmoins, il sied de rappeler que tout au début du texte constitutionnel, l'art. 3 Cst. détermine que :

« Les cantons *sont souverains* en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et *exercent tous les droits* qui ne sont pas délégués à la Confédération »¹⁵.

Les termes sont forts, indiscutables. La souveraineté est l'attribut d'un « roi ». Ce souverain est uniquement limité par les compétences découlant de la Constitution qui sont transmises à l'Etat fédéral. L'art. 42, al. 1^{er}, Cst. abonde dans ce sens puisqu'il dispose que : « La Confédération accomplit les tâches *que lui attribue la Constitution* »¹⁶.

C'est là le fondement sur lequel la Suisse moderne s'est bâtie, bon an mal an, avec le succès que l'on sait¹⁷.

2. Le grenier percé : l'influence générale du droit international

Si le fédéralisme était un grenier, il serait en voie d'appauvrissement constant. Dans ce contexte, il est important de relever qu'il ne s'agit probablement, très souvent, pas d'une volonté délibérée de s'en prendre à ce grenier spécifique. Le fédéralisme est plutôt une victime indirecte d'un phénomène qu'il ne convient pas de critiquer en tant que tel, mais dont il faut néanmoins souligner, sans œillères, les conséquences délicates et les risques possibles. Ce phénomène, c'est l'internationalisation du

¹³ En lien avec les défis de la démocratie, on consultera utilement, dans une perspective comparative, le numéro spécial des « Cahiers français » intitulé « Les défis de la démocratie » (mai-juin 2024, n° 439 ; <https://www.vie-publique.fr/catalogue/293926-les-defis-de-la-democratie>, consulté le 24.09.2024).

¹⁴ Cf. not., à ce sujet, RAINER J. SCHWEIZER, « Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus » in : Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse* (Vol. I), Zurich/Bâle/Genève 2020, pp. 529-564, pp. 529 ss, ainsi que les contributions suivantes dans le même ouvrage, toutes consacrées au fédéralisme (dont des articles signés par les professeurs BELSER et WALDMANN). Cf. également, LUC GONIN, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich/Bâle/Genève, 2021, pp. 381 ss.

¹⁵ C'est nous qui soulignons. Pour un traitement très approfondi de cette disposition constitutionnelle centrale, cf. en part. VINCENT MARTENET, Art. 3, in : Martenet/Dubey (édit.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale* (Vol. I), Bâle, 2021, pp. 145-164, not. N 11 ss.

¹⁶ C'est nous qui soulignons.

¹⁷ Sur les rapports entre Constitution et fédéralisme au fil des ans, cf. not. OLIVIER MEUWLY, *Approche historique sectorielle*, in : GONIN (note 14), pp. 349-380, pp. 351 ss.

droit, qui elle-même fait suite – en tout cas partiellement – à l'internationalisation de l'économie, de la société ou encore des flux migratoires¹⁸.

Sans pouvoir entrer ici dans tous les détails, l'internationalisation du droit consiste en l'adoption, sur le plan interétatique, de règles normatives spécifiques, celles-ci étant très fréquemment inscrites dans un traité international ou une convention internationale. Depuis l'émergence, et le renforcement des compétences, de tribunaux internationaux, le droit international s'est enrichi d'une jurisprudence variée et, à l'occasion, foisonnante.

On peut, dans ce contexte, songer aux décisions rendues par le Tribunal international du droit de la mer¹⁹, la Cour internationale de Justice²⁰, la Cour de Justice de l'Union européenne (et les instances prétoriques inférieures)²¹, la Cour européenne des droits de l'Homme²², ou encore l'Organisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC)²³.

3. L'influence par la nature même du droit international

L'impact du droit international sur le principe même du fédéralisme, et sur sa mise en œuvre, est multiple²⁴. Tout d'abord, de par sa nature même, le droit international est un droit entre Etats – et non pas entre entités fédérées.

La Constitution est très claire à ce sujet : « Les affaires étrangères [et dès lors également le droit international] relèvent de la compétence de la Confédération »²⁵.

L'implication des entités fédérées est certes prévue dans certaines constellations, mais toujours sous le contrôle de l'Etat fédéral. Ainsi, la Confédération doit tenir « compte des compétences des cantons et sauvegarde[r] leurs intérêts »²⁶. Il faut également que les cantons soient « associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels »²⁷. En outre, en cas d'atteintes à leurs prérogatives, « les cantons sont associés de manière appropriée aux négociations internationales »²⁸.

On constate ainsi que le droit international, de par sa nature même, ne s'intéresse de façon générale que peu aux entités infranationales.

¹⁸ En lien avec l'internationalisation du droit public, cf. not. HANAN QAZBIR, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, thèse, Paris, 2015.

¹⁹ Ce Tribunal est sis à Hambourg (Allemagne).

²⁰ Cette Cour a son siège à La Haye (Pays-Bas).

²¹ Ces instances judiciaires sont sises au Luxembourg.

²² Celle-ci est sise à Strasbourg (France).

²³ L'OMC a son siège à Genève (Suisse).

²⁴ Pour une analyse très récente des interactions entre fédéralisme (cantons) et droit international, cf. en part. EVELYNE SCHMID, MATTHIEU NIEDERHAUSER, JONATHAN MIAZ, MARTINO MAGGETTI et CONSTANCE KAEMPFER, *Les cantons face au droit international*, Lausanne, 2024.

²⁵ Art. 54, al. 1^{er}, Cst.

²⁶ Art. 54, al. 3, Cst.

²⁷ Art. 55, al. 1^{er}, Cst. (c'est nous qui soulignons).

²⁸ Art. 55, al. 3, Cst. (c'est nous qui soulignons).

4. L'influence par l'expansion matérielle du droit international

Techniquement, et traditionnellement, le droit international est un droit de coexistence²⁹. Il est favorable à l'Etat – et à ses entités infranationales – en ce qu'il évite que les différends ne se règlent par les armes. Ainsi, lorsqu'il permet à la communauté internationale de dépasser l'état naturel de guerre de tous contre tous, il est aussi favorable aux cantons³⁰.

Seulement aujourd'hui, le droit international ne se limite pas aux questions de coexistence entre pays³¹. Il règle de plus en plus de questions moins centrales, conduisant certains à affirmer qu'aujourd'hui il n'est plus possible de défendre l'existence d'une césure nette entre politique intérieure et politique extérieure – ce qui influence aussi les rapports entre « droit interne » et « droit international »³².

Le droit international devient ainsi un droit entre sujets de droit international public, plus ou moins (in)sensibles aux soucis des entités infranationales, même si la Constitution suisse essaie – on l'a relevé – de permettre, autant que faire se peut, une participation des cantons dans les questions qui les concernent directement³³. Dans son développement, le *ius gentium* peut de surcroît compter sur la *soft law* – qui ne s'éloigne pas seulement des cantons, mais aussi des institutions établies au sein des Etats concernés³⁴.

5. L'influence par l'action des tribunaux internationaux

En Europe, même en se limitant à la question de la Cour européenne des droits de l'homme, il y a lieu de constater que le tribunal international ne s'intéresse pas de savoir si une atteinte avancée est l'objet d'une commune, d'un canton ou de l'Etat fédéral³⁵.

Pour les magistrats siégeant à Strasbourg, soit un Etat (ou une des entités politiques qui lui appartiennent) viole ses obligations internationales, soit ce n'est pas le cas. En effet, l'art. 34 de la

²⁹ A cet égard, ZIEGLER souligne par exemple que : « A l'origine, le droit international public a été conçu pour régir les rapports entre Etats souverains. Par conséquent, son évolution est indissociable de l'apparition de la notion moderne d'Etat » (ANDREAS R. ZIEGLER, *Introduction au droit international public*, 4^e édition, Berne, 2020, p. 26).

³⁰ On se réfère, en l'espèce, à l'idée de « *bellum omnium contra omnes* » telle que thématisée par HOBBS dans son ouvrage portant sur le « Léviathan », cette situation prévalant, aussi, sur le plan international en l'absence de règles contraignantes. Pour rappel, HOBBS a développé sa réflexion à ce sujet en lien avec la situation d'un point de vue de la politique interne.

³¹ En Suisse, on prend note de cette évolution en constatant, par exemple, la dimension très importante de la partie du Recueil systématique consacrée au droit international (chiffres commençant par 0., à l'inverse du droit national).

³² La CE Maya Graf souligne à cet égard, dans son Postulat 21.4192 « Obliger les cantons à participer, aux côtés du Conseil fédéral, à la prise des décisions de politique étrangère », du 30 septembre 2021, que : « Comme le rappelle régulièrement le conseiller fédéral Ignazio Cassis, *la politique étrangère est aussi une politique intérieure et vice versa* » (c'est nous qui soulignons).

³³ Cf. *supra* ch. II.3.

³⁴ A ce sujet, cf. not. le rapport du Conseil fédéral du 26 juin 2019 intitulé « Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple (« *soft law* ») - Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 18.4104, Commission de politique extérieure CE, 12 novembre 2018 ».

³⁵ Cela ne surprendra guère la lectrice, ou le lecteur, étant donné que la Cour européenne des droits de l'homme applique une Convention internationale, c'est-à-dire du droit interétatique. Dans ce contexte, la structure interne d'un Etat (structure par exemple fédérale) ne saurait l'intéresser, à moins qu'il existe des normes spécifiques à ce sujet.

Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950³⁶, détermine sans ambages que :

« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation *par l'une des Hautes Parties contractantes* des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles »³⁷.

Cette vision des choses est par ailleurs cohérente avec le fait que ce sont des Etats parties qui participent, ou non, au traité international, et non pas des entités infranationales³⁸.

Combinée avec la possibilité, pour un individu, de se plaindre à Strasbourg³⁹, et l'interprétation dynamique que la Cour européenne des droits de l'homme fait du texte conventionnel⁴⁰, cette approche affaiblit le rôle de l'entité fédérée – qui ne peut se défendre que par l'intermédiaire de l'Etat fédéral⁴¹.

III. Synthèse : le fédéralisme à contrecourant manifeste du droit international

Le développement précédent met en exergue le fait que le fédéralisme se trouve à « contrecourant manifeste » du droit international. Par son essence même, le fédéralisme a le souci de favoriser des solutions – également normatives – proches des régions et des personnes concernées. L'internationalisation du droit, nous l'avons relevé, ne partage pas ces préoccupations, cherchant à codifier des règles contraignantes qui ne dépassent pas seulement les frontières cantonales mais aussi, obligatoirement, les limites nationales. Dans ce contexte, il sied par ailleurs de relever que les efforts en faveur d'un plus grand respect du principe de subsidiarité, par exemple par l'adoption d'un protocole complémentaire à la CEDH, ne paraît pas porter de fruits tangibles⁴².

Il serait cependant, à notre sens et malgré tout, erroné de ne pas chercher à renforcer les compétences des entités fédérées dans le monde contemporain. Cette affirmation se fonde sur le constat que le souci de proximité est, entre autres, un souci d'efficacité. Ainsi, ce qui est « plus haut »

³⁶ Ci-après : CEDH (RS 0.101).

³⁷ Art. 34 CEDH (c'est nous qui soulignons).

³⁸ Cf. art. 1^{er} CEDH, qui se réfère uniquement aux « Hautes Parties contractantes ». L'art. 34 CEDH, précité, recourt par ailleurs lui aussi à la même expression de « Hautes Parties contractantes ».

³⁹ Explicite à ce sujet : art. 34 CEDH.

⁴⁰ Par droit conventionnel, on comprend du droit formellement de rang international (*convention*), mais codifiant du droit matériellement constitutionnel, c'est-à-dire par son contenu (*constitutionnel*). Il s'agit ainsi d'un « mot-valise ».

⁴¹ Le juge national siégeant au sein de la Cour européenne des droits de l'homme ne pourra, de plus, pas argumenter sur la structure de répartition des compétences à l'interne de l'Etat concerné, puisque c'est à l'encontre de cet Etat que valent les droits et libertés garantis par la CEDH.

⁴² On songe bien évidemment au Protocole n° 15 à la CEDH, entré en vigueur le 1^{er} août 2021. Pour rappel, ce document juridique « introduit dans le préambule de la Convention une référence au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation [des Etats] » (Communiqué de presse officiel de la CourEDH intitulé « Le Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme entre en vigueur », du 1^{er} août 2021).

n'est pas forcément « meilleur »⁴³. Une connaissance du terrain, combinée avec un système de *checks and balances* évitant l'émergence éventuelle de « manigances locales », est l'assurance du développement de solutions – également sur le plan normatif – pertinentes, voire percutantes. A cet égard, le fédéralisme ne forme-t-il pas, d'une certaine manière, un « laboratoire d'idées » pour l'émergence des solutions juridiques du futur⁴⁴ ?

Nous ne pouvons, par conséquent, qu'observer avec une certaine inquiétude, voire une inquiétude certaine, les évolutions vers ce que nous pourrions qualifier de forme d'« internationalisation acérée » du droit. Pareille mutation du cadre normatif de référence porte en elle, nous semble-t-il, le risque d'oublier – ou en tout cas de laisser sur le bas-côté de l'avancée de l'histoire – diverses avancées majeures des dernières générations. Nous songeons en particulier à la reconnaissance de la centralité de l'individu et des communautés locales ou régionales pour un développement sain, et équilibré, d'une société, mais également de son cadre normatif topique.

Cette inquiétude se nourrit, aussi, du constat que le droit international, dans son ensemble, n'accorde qu'une place (très) limitée au pouvoir législatif, qui est pourtant, selon les règles qui s'appliquent à lui, à même d'offrir une caisse de résonance aux entités fédérées. On peut songer, dans ce contexte, au Conseil des Etats en Suisse, mais plus généralement aux formes dites « parfaites » de bicamérisme, du moment qu'une des deux chambres est celle des entités fédérées, ou régionales⁴⁵. Même lorsqu'il existe, le cas échéant, un pouvoir « législatif » dans une organisation internationale ou dans une construction supranationale *sui generis*, celui-ci n'offre à notre connaissance très fréquemment pas un poids conséquent aux régions infranationales dans l'ensemble des institutions dont il est question. On pense notamment, en l'espèce, au Parlement de l'Union européenne. En forçant quelque peu le trait, c'est comme si, en quelque sorte, le fédéralisme s'arrêtait au niveau fédéral.

Les réflexions précédentes obligent à s'interroger par rapport aux mutations contemporaines du droit et à se demander quelles formes – potentiellement nouvelles – le fédéralisme doit embrasser pour demeurer, aussi sur le long terme, un élément essentiel de notre ordre juridique national.

⁴³ Dans ce contexte, est-il besoin de rappeler que certains Etats unitaires, voire jacobins, de premier plan, s'efforcent depuis de nombreuses décennies à déconcentrer le pouvoir afin de gagner, justement, en efficience ?

⁴⁴ Cf. le Site officiel de la Fondation pour la collaboration confédérale, rubrique « Fédéralisme » (<https://chstiftung.ch/fr/themes/federalisme>, consulté le 25 septembre 2024).

⁴⁵ Cf. not. art. 148, al. 2, et art. 150 Cst.