

Le « pouvoir fédéral de dépenser »

Rapport

Annexe 2

ISBN : 2-550-38853-4
Dépôt légal
Bibliothèque nationale du Québec, 2002

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 – LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER AU CANADA	3
1. LE PARTAGE DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES ET DES POUVOIRS EXÉCUTIFS	3
1.1 Le partage initial	3
1.2 La centralisation croissante.....	4
1.2.1 Théories interprétatives.....	4
1.2.2 Pratiques gouvernementales	7
2. LE POUVOIR DE DÉPENSER.....	8
2.1 Sa définition.....	8
2.2 Sa portée.....	9
2.2.1 Une doctrine divisée.....	10
2.2.2 Des tribunaux en réserve malgré les apparences.....	13
CHAPITRE 2 – LE « POUVOIR DE DÉPENSER » DANS D'AUTRES FÉDÉRATIONS ET QUASI-FÉDÉRATIONS	19
1. INTRODUCTION	19
2. LE « POUVOIR DE DÉPENSER » DANS LES FÉDÉRATIONS CLASSIQUES.....	23
2.1 Un « pouvoir de dépenser » constitutionnalisé en Australie et aux États-Unis	24
2.1.1 Australie	24
2.1.2 États-Unis	26
2.2 Un « pouvoir de dépenser » absent ou contrôlé dans les constitutions fédérales européennes	27
2.2.1 Allemagne	27
2.2.2 Suisse	28
2.2.3 Belgique	29
3. LE « POUVOIR DE DÉPENSER » DANS LES QUASI-FÉDÉRATIONS.....	31
3.1 Espagne	31
3.2 Italie	33
3.3 Royaume-Uni	35
3.4 Union européenne.....	37
4. SYNTHÈSE COMPARATIVE.....	38
4.1 Trois groupes de pays.....	39
4.1.1 Les fédérations classiques issues de l'ancien empire britannique	39
4.1.2 Les fédérations classiques européennes	39
4.1.3 Les quasi-fédérations.....	39
4.2 Deux classements révélateurs	40
4.2.1 La pénétration du « pouvoir de dépenser » formel.....	40
4.2.2 La présence de transferts conditionnels.....	41
4.3 Les facteurs susceptibles d'expliquer ces différences	42
4.3.1 Facteurs historiques et culturels.....	43
4.3.2 Facteurs structurels.....	43
4.3.3 Facteurs institutionnels	44
5. CONCLUSION.....	45

INTRODUCTION

Le présent document présente une analyse du pouvoir fédéral de dépenser, un pouvoir parfois invoqué par les autorités fédérales au Canada lorsqu'elles dépensent dans les champs de compétence législative que la Constitution attribue aux provinces en y engendrant, directement ou indirectement, un effet normatif.

Le premier chapitre de ce document examine s'il existe des fondements juridiques à l'existence de ce pouvoir au Canada, soit dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et ses amendements ultérieurs ou dans la jurisprudence du Conseil privé, de la Cour Suprême et même des tribunaux inférieurs compétents en la matière. Cette analyse montrera que le pouvoir fédéral de dépenser dans les champs de compétence des provinces, non seulement ne figure pas dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et ses amendements ultérieurs, mais n'a pas non plus été reconnu par la jurisprudence en la matière. Plus encore, le fait que la *Loi constitutionnelle de 1867* ne mentionne pas le pouvoir de dépenser alors qu'il est constitutionnalisé expressément dans la plupart des fédérations qui l'utilisent renforce encore la thèse de son absence voulue de notre contexte constitutionnel.

Le second chapitre de ce document examine le pouvoir de dépenser des autorités centrales dans neuf autres fédérations ou quasi-fédérations, retenues pour leurs traits communs avec le Canada, soit l'Allemagne, l'Australie, la Belgique, l'Espagne, les États-Unis, l'Italie, le Royaume-Uni, la Suisse et l'Union européenne.

D'une part, cet exercice permettra de montrer que dans les fédérations classiques issues du colonialisme britannique et dans les quasi-fédérations relevant de la décentralisation administrative, le « pouvoir de dépenser » ou ses homologues sont peu ou pas contrôlés par des mécanismes judiciaires puisque ces derniers n'ont pas pour effet d'attribuer quelque pouvoir décisionnel que ce soit aux autorités des entités fédérées ou régionales. De l'autre, on constatera que dans les autres fédérations, un ensemble de mécanismes politiques visant à attribuer des pouvoirs réels aux unités constituantes de la fédération y permettent un certain contrôle de l'usage de ce pouvoir par les autorités centrales.

Cependant, même si certains de ces mécanismes permettent aux autorités constituantes de certaines fédérations de contrôler la perception des revenus fiscaux, aucun d'entre eux ne leur attribue de veto individuel à l'égard des dépenses fédérales dans leurs champs de compétence, de sorte que ces mécanismes ne règlent pas le problème que cause l'exercice du « pouvoir fédéral de dépenser » tel qu'il se présente au Canada. Le constat n'a rien d'étonnant, compte tenu que les diverses constitutions fédérales et les dispositions qui y régissent les enjeux fiscaux reflètent des contextes différents et répondent à des problèmes qui s'y présentent différemment. C'est donc à partir du contexte constitutionnel particulier au Canada, et notamment de la situation spécifique du Québec, que la fédération canadienne doit induire des solutions à ses propres problèmes.

LE POUVOIR FÉDÉRAL DE DÉPENSER AU CANADA

Pour bien cerner les rapports entre le pouvoir de dépenser et le déséquilibre fiscal qui fait l'objet du mandat de la Commission, il faut bien sûr disposer d'abord d'une définition du second, déjà construit dans son *Rapport*, comme du premier – qui sera abordé ici, mais non sans avoir brossé en arrière plan une image globale du partage des compétences dans la Constitution canadienne (section 1), quitte à revenir ailleurs sur les spécificités du partage dans les domaines qui touchent de plus près ce mandat, notamment la santé. Ce n'est qu'en deçà de cet arrière-plan qu'il deviendra possible de cerner la portée actuelle du pouvoir de dépenser dans le cadre du fédéralisme canadien (section 2).

1. LE PARTAGE DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES ET DES POUVOIRS EXÉCUTIFS

1.1 *Le partage initial*

Au Canada, la *Loi constitutionnelle de 1867* qui institue la fédération prévoit un partage initial des compétences législatives dont l'essentiel se retrouve à ses articles 91 à 95. L'article 91 a pour titre « Pouvoirs du Parlement » et comprend 29 attributions allant de la dette et de la propriété publique au pouvoir résiduaire général, en passant par l'assurance-chômage, le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation, de même que la quarantaine et les hôpitaux de marine, pour ne retenir que les matières liées aux préoccupations de cette Commission, auxquelles il faut ajouter les pensions de vieillesse, insérées en 1951 par l'article 94A (qui accorde toutefois une prépondérance à la législation provinciale), de même qu'une compétence prépondérante en matière d'exportation vers l'étranger des ressources naturelles, insérées par l'article 92A en 1982.

Par ailleurs, l'article 92 s'intitule « Pouvoirs exclusifs des législatures provinciales », et énumère 16 matières, dont, pour les fins de la Commission, la taxation directe dans les limites de la province en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux, l'établissement l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine, de même qu'un pouvoir résiduaire spécifique à sa sphère visant généralement toutes les matières d'une nature purement locale et privée dans la province. Il faut ajouter à cette liste l'éducation, qui fait l'objet distinct de l'article 93, la part provinciale de la compétence sur les ressources prévue à l'article 92A, et tenir compte

également des matières conjointes prévues à l'article 95 (immigration et agriculture).

S'agissant par ailleurs des pouvoirs de l'exécutif, ils font l'objet de quelques dispositions éparées dans le texte de 1867, qui incorporent les pouvoirs déjà attribués aux exécutifs des colonies qui formeront la fédération, tout en en spécifiant d'autres qui concernent notamment certaines nominations judiciaires et l'expropriation des terres provinciales aux fins de défense. Mais le pouvoir de dépenser de l'exécutif fédéral n'y est pas mentionné, non plus que celui des provinces. Saisi d'un litige qui impliquait la question du partage des pouvoirs de l'exécutif, le Conseil privé a cependant statué qu'ils se divisaient selon la ligne de partage des compétences législatives prévue à la *Loi constitutionnelle de 1867*, et cela dans un arrêt¹ dont la Cour suprême vient de réitérer la portée contemporaine en le citant avec approbation dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*².

1.2 La centralisation croissante

Mais ce n'est pas tant le texte constitutionnel initial qui est responsable de la centralisation actuelle, dans la Constitution canadienne, du partage des compétences législatives – et, partant, des pouvoirs exécutifs qui leur sont reliés. Cette centralisation découle plutôt des interprétations judiciaires auxquelles ce partage a donné lieu, et des pratiques gouvernementales qui se sont élaborées à sa marge.

1.2.1 Théories interprétatives

Les origines coloniales de la Confédération canadienne lui ont longtemps valu un régime judiciaire paradoxal : l'arbitre des conflits d'interprétation inévitablement suscités par le partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et plusieurs législatures provinciales sur notre territoire a longtemps été étranger. C'est en effet le Comité judiciaire du Conseil privé qui, de Londres, décidait ces matières en dernier ressort jusqu'en 1949, et cela même après l'institution de la Cour suprême du Canada. L'ensemble des constitutionnalistes est d'accord pour considérer la jurisprudence de ce tribunal colonial comme la plus décentralisatrice qu'ait connue notre Constitution : André Tremblay estime que c'est le Conseil qui a le mieux actualisé les potentialités fédérales de la constitution canadienne en affirmant un modèle dualiste de fédéralisme propre à atténuer les éléments centralisateurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à garantir les provinces contre l'effritement de leur autonomie³.

Le phénomène s'explique précisément par le statut étranger du tribunal : Londres ne perdait pas les pouvoirs que le Conseil confirmait aux provinces,

¹ *Liquidators of Maritime Bank c. Receiver General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437 (C.P.).

² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, para 56.

³ TREMBLAY, André, « Judicial Interpretation and the Canadian Constitution », [1991/92] 1 N.J.C.L. 163, p. 165. La présente section de ce texte est largement inspirée, avec l'accord de l'auteur, de cet article qui constitue une excellente synthèse sur cette période.

contrairement au gouvernement canadien, qui nomme par ailleurs les juges de la Cour suprême. Tout au cours de cette période, le Conseil privé a donc affirmé l'autonomie juridique des provinces à l'égard de toute tutelle fédérale, et plus encore la compartimentation stricte du partage des compétences : on verra un élargissement des compétences provinciales énumérées et un rétrécissement parallèle des compétences fédérales susceptibles de les envahir, comme celles qui portent sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement et les échanges commerciaux. Pourtant, avant de céder la main à la Cour suprême, le Conseil privé avait déjà conçu une partie des instruments du renversement de sa propre tendance.

C'est donc par la construction de théories interprétatives, élaborées au fur et à mesure des nécessités pratiques et encore disponibles selon les particularités des litiges, que le Conseil privé a forgé les instruments de centralisation que la Cour suprême allait mettre à profit par la suite en définissant un fédéralisme successivement unilatéral, dialogique et normalisateur⁴. On en dénombre cinq principales, dont les trois premières sont liées à la facture du texte constitutionnel : soit les théories de la compétence implicite, de la prépondérance fédérale et des pouvoirs résiduels, alors que les deux autres se présentent comme des exceptions dans l'application du partage énoncé : celles des dimensions nationales et de l'état d'urgence. Sans procéder ici à l'analyse des arrêts qui leur ont donné naissance et qui les ont par la suite appliquées, il convient de montrer en quoi elles favorisent toutes la centralisation.

Compétence implicite

La compétence implicite, autrement désignée comme accessoire ou ancillaire, permet au Parlement fédéral de légiférer dans les domaines de compétence provinciale « exclusive » si l'exercice efficace des siennes propres l'exige⁵. L'effet envahissant de cette technique eût exigé une interprétation stricte du critère de nécessité, et la logique du concept, son application égale aux compétences provinciales : tel n'a pas été le cas.

Prépondérance fédérale

En cas de conflit entre deux législations, l'une provinciale, l'autre fédérale, toutes deux valablement fondées au départ, portant sur un objet identique et incompatibles dans leur application, le Conseil a décidé⁶ que la législation fédérale prévaudrait. Par la suite, on pourra le constater, les tribunaux canadiens étendront la portée de cette théorie en l'appliquant à des conflits d'application potentielle entre deux normes⁷.

⁴ Sur cette question, voir : LAJOIE A., P. MULAZZI, et M. GAMACHE, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, coordonnateur de la recherche avec Ivan Bernier, Études de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, n° 47 Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1986, pp. 1-110.

⁵ *Cushing c. Dupuy*, (1880) 5 A. C. 409 (P.C.).

⁶ *A.G. Ontario c. A.G. Canada* [1896] A.C. 348.

⁷ *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Compétence résiduaire

Le Conseil a également affirmé la compétence fédérale sur toute matière résiduaire, c'est-à-dire non énumérée dans la liste des compétences provinciales, à moins qu'il ne s'agisse d'une matière clairement locale⁸. On imagine facilement l'effet centralisateur de cette théorie un siècle et demi après la rédaction de la Constitution, lorsque les matières innomées – parce qu'alors inexistantes ou non susceptibles d'être régies par l'État libéral du XIX^e siècle – auront pris dans la législation contemporaine l'importance que l'on sait.

Dimensions nationales

De la compétence résiduaire à la théorie des dimensions nationales, il n'y avait qu'un pas, un pas hors du texte constitutionnel, que le Conseil a allègrement franchi, déclarant de compétence fédérale une loi prohibant la vente et la consommation publique de l'alcool, au motif que ce fléau avait pris des « dimensions nationales »⁹. Jumelée avec l'état d'urgence dont elle ne se distingue pas toujours clairement, cette théorie allait être appliquée à quelques reprises par la suite. Elle a eu un regain de vigueur récemment à cause de sa connexité avec le concept de subsidiarité¹⁰.

État d'urgence

Par la suite, l'état d'urgence a par ailleurs été invoqué pour lui-même et sans l'appui de la théorie des dimensions nationales¹¹. Il a au surplus servi de fondement à des « mesures spéciales pour faire face à des situations de crise, qu'elles proviennent de troubles civils, d'insurrections, de guerres ou de perturbations économiques. En fait, le Canada a été assujéti à une quelconque forme de législation d'urgence durant environ 40 % du temps depuis leur adoption »¹².

C'est cumulativement qu'il faut apprécier ces théories : que reste-t-il aux États constituant d'une fédération où les autorités centrales peuvent légiférer d'abord dans leur propre domaine, puis sur les matières résiduares, et enfin dans le champ même des compétences provinciales « exclusives » chaque fois que cela est « nécessaire » à l'exercice de leur compétence, qu'il y a conflit potentiel d'application à un même objet, que l'objet présente des « dimensions nationales » ou que l'on appréhende un état d'urgence ?

En complément de ces interprétations judiciaires extensives et centralisatrices du texte constitutionnel, un certain nombre de pratiques gouvernementales se sont développées dans le champ constitutionnel. Celles auxquelles l'État canadien s'est limité jusqu'à la dernière guerre

⁸ *John Deere Plow Co. c. Wharton*, 1915 A.C.330 (P.C.).

⁹ *Russell c. R.*, (1882) 7 A.C.829 (P.C.).

¹⁰ *R. c. Crown Zellerbach*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Friends of the Oldman River c. Canada*, [1972] 1 R.C.S. 3.

¹¹ *Fort Frances Pulp and Paper Co. c. Manitoba Free Press*, [1923] A.C. 330 (P.C.).

¹² CHEVRETTE, François et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 389.

mondiale étaient au moins autorisées par la Constitution, alors que d'autres se sont développées depuis carrément à sa marge, sinon en contradiction avec les principes qui, selon la Cour suprême, la sous-tendent. Leur caractère omniprésent permet dès lors de qualifier certaines compétences fédérales d'indéfiniment extensibles.

1.2.2 Pratiques gouvernementales

Les autorités politiques fédérales, législatives et administratives, ont également utilisé les pouvoirs que leur attribue la Constitution pour centraliser d'abord le contrôle du territoire, puis l'économie dans son ensemble. Plusieurs instruments ont été successivement mis à contribution : le pouvoir de désaveu, le pouvoir déclaratoire et la propriété publique, de même que d'autres interventions unilatérales, dont le pouvoir de dépenser, qui fait ici l'objet de nos préoccupations.

Pouvoir de désaveu

La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait à ses articles 56 et 90 le pouvoir de désaveu des lois, y compris provinciales, par le Gouverneur général. Il s'agit de l'annulation discrétionnaire d'une loi dans les deux ans de son adoption par le truchement d'un message aux Chambres ou d'une proclamation du Gouverneur général. Utilisé surtout à l'égard de la législation des provinces de l'Ouest dans les débuts de la Confédération, le pouvoir de désaveu est tombé en désuétude, le principe du fédéralisme en ayant triomphé rapidement après 1867, selon l'avis récent de la Cour suprême¹³.

Pouvoir déclaratoire

Prévu dans les constitutions de plusieurs pays fédéraux, le mécanisme constitutionnel du « pouvoir déclaratoire » implique la faculté pour un parlement fédéral de modifier de son propre chef, au détriment des constituantes de la fédération et sans leur consentement, la sphère de sa compétence législative en l'étendant aux « travaux » qu'il déclare être à l'avantage général de la fédération.

Au Canada, son libellé à l'article 92 (10) c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise les déclarations discrétionnaires. Le Parlement en a proclamé 470¹⁴ visant non seulement des chemins de fer, des routes, et autres moyens de transport intraprovincial, mais les tramways de Montréal, Québec et Ottawa, des réseaux d'autobus locaux, des hôtels, restaurants et théâtres, des entreprises de commerce du bois, d'élevage des bestiaux, de construction, des usines de fabrication d'air liquide, de produits chimiques, des raffineries de métaux, des aqueducs, des parcs, sans parler des Chutes Montmorency¹⁵ : faut-il insister davantage sur les effets de ce mécanisme,

¹³ Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité note 2, paragraphe 55.

¹⁴ LAJOIE, A., *Le pouvoir déclaratoire du Parlement, augmentation discrétionnaire de la compétence fédérale au Canada*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1969, pp. 123 et suivantes.

¹⁵ *Id.* p. 67 et suivantes.

dont les tribunaux ont été complices, se refusant à contrôler la discrétion du Parlement ?

Acquisition de propriétés publiques

Le Parlement ayant la compétence législative sur la propriété publique, il suffit par ailleurs au gouvernement d'acquérir des immeubles pour les y assujettir. Plus tard, les gouvernements utiliseront l'expropriation à ces fins, mais avant la dernière guerre mondiale, l'État canadien s'est généralement limité à des achats, notamment au centre des villes les plus importantes du pays. Officiellement prévues pour permettre l'implantation des édifices publics fédéraux, ces acquisitions visaient en fait le contrôle du développement urbain – matière locale s'il en est – et originairement dévolue de ce fait à la compétence provinciale, ainsi évacuée par le jeu combiné de la propriété publique et de la théorie de la prépondérance fédérale. Ces pratiques, ajoutées à des attributions de terres publiques aux sociétés (fédérales) notamment de transport, et jumelées à leur compétence déjà établie sur les ports et les aéroports nationaux, ont donné aux autorités fédérales la maîtrise du développement du territoire urbain des provinces, à l'époque cruciale où les États n'avaient pas encore privatisé leurs compétences.

Autres interventions unilatérales

Plusieurs interventions fédérales unilatérales sont également venues renforcer le caractère centralisé de la fédération canadienne : le rapatriement unilatéral de la Constitution et l'adoption de l'Union sociale sans Québec en sont des exemples, contextualisés par les échecs successifs de « Meech » à « Charlottetown », en passant par « Bâtir ensemble le Canada ». Mais la plus persistante de ces interventions unilatérales est sans doute le pouvoir de dépenser.

2. LE POUVOIR DE DÉPENSER

La trame d'ensemble des instruments de centralisation qui ont été intégrés à la constitution canadienne étant établie, la définition et la portée du pouvoir de dépenser¹⁶ peuvent maintenant être abordées dans leur véritable contexte.

2.1 Sa définition

Le libellé même de cet instrument fédéral de centralisation porte à confusion, réussissant là l'un des effets de légitimation idéologique les plus

¹⁶ Le texte de cette section reprend en partie, en les mettant à jour, des données contenues dans : LAJOIE, A. « L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser », dans Réal FOREST, dir., *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*, Montréal, 1988 Éditions Thémis, pp. 163-180 et « The Federal Spending Power and Meech Lake », dans K. SWINTON et C. ROGERSON, ed., *Competing Constitutional Visions*, Toronto, Carswell, 1988, pp.175-187.

spectaculaires du vocabulaire constitutionnel : quoi de plus normal pour un gouvernement, en effet, que de dépenser ? Un gouvernement peut-il agir de quelque manière sans dépenser ? Imagine-t-on que le fédéralisme puisse impliquer que les gouvernements d'une fédération soient dépourvus du pouvoir de dépenser ? Bien sûr que non, de sorte qu'en posant son pouvoir de dépenser comme fondement d'une intervention, un gouvernement fédéral invoque par association « la tarte aux pommes et la maternité » constitutionnelles et semble conférer à son action une validité inattaquable.

Pis encore, cela est justifiable en partie : il est en effet certain que les autorités fédérales comme provinciales peuvent dépenser dans la sphère de leurs compétences législatives puisqu'il s'agit d'une modalité essentielle de mise en œuvre des mesures législatives qu'elles adoptent. Ainsi par exemple, les autorités fédérales peuvent acquitter les dépenses de l'armée, des affaires étrangères ou de la poste et les autorités provinciales celles de la fonction publique, des tribunaux, des prisons et des hôpitaux sans contrevenir à la Constitution.

C'est également le cas lorsque la Constitution le prévoit expressément, comme pour la péréquation introduite à l'article 36 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* par la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷ :

Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables.

Mais loin de désigner ces pratiques valides, l'expression « pouvoir de dépenser » telle que consacrée par le discours constitutionnel canadien réfère à l'affirmation idéologique d'un pouvoir inexistant, tel que celui que les autorités fédérales canadiennes ont invoqué, notamment dans le cadre du Financement des programmes établis (FPE) instauré en 1977, et auquel elles continuent de prétendre en ce qui concerne le domaine de la santé.

2.2 Sa portée

La doctrine est partagée sur le pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de compétence provinciale, et il faut s'y arrêter avant de faire voir que ce pouvoir ne fait pas partie de notre droit constitutionnel tel qu'il se lit actuellement, même si la question de sa constitutionnalité reste sans réponse définitive à défaut d'un arrêt contraignant de la Cour suprême, et même si l'orientation que prendrait le tribunal s'il devait en décider dans l'état actuel du droit n'est pas facile à prévoir.

¹⁷ *Constitution Act, 1982, being Schedule B of the Canada Act, 1982 (U.K.)*, 1982, c. 11.

2.2.1 Une doctrine divisée

Depuis le temps jadis où Pierre Trudeau vivait encore, le pouvoir de dépenser a attiré l'attention du gratin des constitutionnalistes, aussi bien juristes que politologues ou même économistes. Certains d'entre eux (Pierre Blache¹⁸, Pierre Fortin¹⁹, Stephan Dupré²⁰ et André Tremblay²¹, notamment) ne se sont pas prononcés sur sa validité constitutionnelle, se contentant de le promouvoir à partir d'une position normative, qui ne retiendra pas notre attention ici. D'autres ont estimé que le pouvoir de dépenser de l'État fédéral dans les champs de compétence provinciale ne fait pas partie de notre droit constitutionnel.

Il s'agit de P.E. Trudeau²², Jean Beetz²³, Jacques Dupont²⁴ et, plus récemment, Andrew Petter²⁵ et, comme leurs arguments recoupent en grande partie ceux qui seront développés plus loin au soutien de la non-constitutionnalité du « pouvoir de dépenser », il n'y a pas lieu de s'y arrêter avant d'analyser dans un premier temps les fondements constitutionnels suggérés par ceux qui estiment que le pouvoir de dépenser est déjà valablement inscrit dans notre Constitution.

Le courant prépondérant parmi les tenants de la constitutionnalité du pouvoir de dépenser le fonde sur la théorie du « cadeau » : les autorités fédérales, une fois propriétaires de revenus fiscaux, pourraient les distribuer à leur guise comme cadeau à des provinces ou des personnes morales et physiques qui ne sont pas obligées de les accepter – et donc pas soumises involontairement aux conditions normatives qu'elles édictent – et cela ou bien en vertu de la prérogative royale et du *common law*, selon une position plus

¹⁸ BLACHE, P., « Le pouvoir de dépenser au cœur de la crise constitutionnelle canadienne », (1993) 24 R.G.D. pp. 29-64.

¹⁹ FORTIN, P., « The Meech Lake Accord and the Federal Spending Power : A Good Maximin Solution », dans SWINTON, K.E. et C.S. ROGERSON, *Competing Constitutional Visions : The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 213-223.

²⁰ DUPRÉ, S., « Section 106A and the Federal-Provincial Fiscal Relations » dans SWINTON, K.E. et C.S. ROGERSON, *op. cit.* note. 19, pp. 203-211.

²¹ TREMBLAY, A., « Federal Spending Power », dans GAGNON, A. G. et H. SEGAL, *The Canadian Social Union Without Québec*, Montréal, IRPP, 2001, pp. 155-189. À noter que la position de l'auteur au moment des Accords de Meech entérinait implicitement la constitutionnalité du pouvoir de dépenser, dont il s'agissait de limiter la portée en l'explicitant.

²² TRUDEAU, P.E., « Les octrois fédéraux aux universités » dans *Le Fédéralisme et la société canadienne française*, Montréal, Éditions H.M.H., 1967, pp. 79-103. À noter que l'auteur, qui réaffirmait là une position qu'il avait d'abord adoptée dans *Cité Libre* en février 1957, allait s'en dissocier implicitement deux ans plus tard alors que son gouvernement publiait un document de travail intitulé *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, Gouvernement du Canada, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969. Au départ, d'ailleurs, il estimait déjà que son raisonnement ne valait que pour les revenus fédéraux provenant de taxes, affirmant que l'État fédéral pouvait disposer à sa guise de ses « revenus privés » (sic) provenant du domaine public, des prises de guerre et des profits des sociétés de la Couronne.

²³ BEETZ, J., « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 » dans CRÉPEAU, P.A. et C.B. MACPHERSON (éd.) *The Future of Canadian Federalism / L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, Montréal, U. of T. Press/P.U.M., 1965, p. 113 et suivantes.

²⁴ DUPONT, J., « Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral : A Dead Issue ? », 1967 *U.B.C.L.R./C. de D.*, pp. 69-165.

²⁵ PETTER, A., « Meech Ado About Nothing ? Federalism, Democracy and the Spending Power » dans SWINTON, K.E. et C.S. ROGERSON, *op. cit.* note. 19, pp. 187-201 et « Federalism and the Myth of the Federal Spending Power », 1989, 68 *C.B.R.* p. 448.

ancienne tenue par Frank Scott²⁶ ou, plus souvent, en vertu de sa compétence législative sur la propriété publique, prévue à l'article 91 (1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (entre autres : Hogg²⁷, Smiley et Burns²⁸, Haussen²⁹ et Schwartz³⁰). Il s'agit en somme dans ces deux cas comme dans ceux qui suivent, de prétendre que la propriété des fonds publics emporte pour le gouvernement le pouvoir de les dépenser à sa guise, y compris en posant des conditions normatives.

D'autres auteurs ajoutent d'autres sources de revenus qui permettraient de dépenser conditionnellement. Peter Hogg³¹ – par ailleurs prêt à justifier le pouvoir de dépenser à partir de sa pratique constante par le gouvernement fédéral – invoque aussi à son appui les motifs d'une décision isolée de la Cour d'appel d'Alberta³², à savoir, les compétences portant respectivement sur le prélèvement des taxes [#91 (3)], et sur les appropriations pour le service public (#106), en vertu desquelles les autorités fédérales peuvent prélever des taxes pour payer les frais du service public et présumément, à leur avis, les dépenser à leur guise. Ce dernier fondement est également invoqué par Dreiger³³, conjointement avec le pouvoir de créer le *Fonds consolidé du revenu* (#102). Enfin, François Chevette³⁴ estime que le pouvoir de dépenser fait partie de notre droit constitutionnel parce qu'il est nécessaire et qu'il est impossible de dissocier les dépenses qu'un gouvernement fait en tant que gouvernement de celles qu'il ferait à titre de simple personne morale. Certains auteurs ont adopté une position intermédiaire selon laquelle le droit n'est pas fixé sur la question, bien que le premier d'entre eux, Gérald Laforest³⁵, ait penché vers la constitutionnalité du pouvoir de dépenser, alors que le second, Michel Maher, souhaite sa constitutionnalisation pour le circonscrire³⁶.

Un tronc commun réunit tous ces fondements proposés pour le pouvoir de dépenser fédéral dans les champs de compétence provinciale. Il s'agirait dans tous les cas d'une source spécifique de revenus alimentant la propriété publique fédérale – le fonds consolidé du revenu (Hogg, Smiley, Haussen,

²⁶ SCOTT, F., « The Constitutional Background of the Tax Agreements », 1955, 2 *Mc Gill L.J.* p. 667.

²⁷ HOGG, P., « Analysis of the New Spending Provision (Section 106A) » dans SWINTON, K.E. et C.S. ROGERSON, *op. cit.* note 19, pp. 155-162.

²⁸ SMILEY, D.V. et R.M. BURNS, « Canadian Federalism and the Spending Power : Is Constitutional Restriction Necessary ? », 1969, *Canadian Tax Journal*, p. 468.

²⁹ HANSEN, K., « The Constitutionality of Conditional Grant Legislation », 1966-67, 2 *Man. L. J.* p. 191.

³⁰ SCHWARTZ, B., « Fathoming Meech Lake », 1987, *Legal Research Institute of the University of Manitoba*, pp. 150-207.

³¹ HOGG, P., *op. cit.* note 27.

³² *Winterhaven Stables c. Attorney-General of Canada*, (1986) 29 D.L.R. (4th) 394 (Alta. Q.B.) pour laquelle la permission d'appeler a été refusée par la Cour suprême – 1988 SCCA (Quick Law) no. 543 CSS.

³³ DREIGER, E. A., « The Spending Power », 1981-82, *Queen's L. J.*, p. 135.

³⁴ CHEVETTE, F., « Contrôler le pouvoir de dépenser : un gain ou un piège ? » dans COSTI, A. (éd.), *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*, Montréal, Éditions Thémis, 1988, pp. 153-161.

³⁵ LAFOREST, G.V., « The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution », 1980-81, 65 *Canadian Tax Papers*, p. 50, où l'auteur semble favoriser la constitutionnalité du pouvoir de dépenser, tout en admettant qu'elle n'a pas été décidée par les tribunaux. Plus tard, suite au *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, il estimera en obiter dans *Eldridge* que le pouvoir de dépenser a été constitutionnalisé : voir *infra* notes 59 et 61.

³⁶ MAHER, M., « Le défi du fédéralisme fiscal dans l'exercice du pouvoir de dépenser », 1996, 75 *C.B.R.*, p. 404.

Schwartz); les deniers autres que les impôts : domaine public, prises de guerre, profits des sociétés de la Couronne (Trudeau); les appropriations pour le service public (Hogg, Dreiger).

Ainsi, la source préférée de chacun produirait des revenus qui pourraient être dépensés aux conditions de son choix par l'État fédéral, soit en vertu de la prérogative (Scott), soit au titre de la compétence législative sur la propriété publique (Hogg, Smiley, Haussen, Schwartz), soit encore parce que l'État détient une personnalité morale de compétence générale (Chevrette) et peut à ce titre disposer de « richesses » dont il serait « le détenteur privé » (Trudeau), comme si les fonds publics ne faisaient pas partie du domaine public et pouvaient être considérés comme privés...

Le problème (ou peut-être est-ce là une solution) c'est qu'aucune de ces théories – sans doute valables dans un État unitaire – ne tient la route dans le contexte d'une fédération. Le Conseil privé a en effet confirmé que la prérogative et les pouvoirs de l'exécutif se partagent comme les compétences législatives³⁷, il a également indiqué que le fait pour l'État fédéral d'avoir légalement perçu des taxes n'implique nullement qu'il puisse en disposer à sa guise³⁸. Rien dans les attributions constitutionnelles de compétences fédérales relatives au fonds consolidé, ni aux appropriations pour le service public, n'autorise des dépenses conditionnelles dans les champs de compétences provinciales.

Quant à la prétention que la personnalité morale de l'État n'est pas limitée dans ses capacités par la Constitution et se lit comme celle d'un individu privé, elle ne tient pas compte, non plus que les autres arguments invoqués jusqu'ici, du caractère fédéral de la Constitution canadienne, avec lequel elles sont complètement incompatibles. Nous allons voir que la jurisprudence des tribunaux supérieurs ne va pas dans le même sens, et conforte au contraire la position selon laquelle le pouvoir de dépenser ne fait toujours pas partie à ce jour du droit constitutionnel canadien. Leur jurisprudence sera examinée ici dans une perspective historique, en intercalant les négociations d'accords dont aucun n'a non plus jusqu'ici abouti à des modifications du statut constitutionnel du pouvoir de dépenser.

³⁷ *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver General of New Brunswick*, précité note 1. Voir également: LAJOIE, A., *Expropriation et fédéralisme au Canada*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1972, pp. 43 et suivantes.

³⁸ *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355, 366 (C. Privé).

2.2.2 Des tribunaux en réserve malgré les apparences

Au départ, dans les années trente, la Cour avait favorablement commenté la constitutionnalité du pouvoir de dépenser dans son *Avis consultatif sur l'assurance-chômage*³⁹, mais elle n'avait pas été confirmée sur ce point par le Conseil privé qui, dans la même affaire, avait expressément réservé son opinion dans ces termes :

*But assuming that the Dominion has collected by means of taxation a fund, it by no means follows that any legislation which disposes of it is necessarily within Dominion competence*⁴⁰.

Cet énoncé avait pour effet de garder la question expressément ouverte, et le professeur Laforest – c'était alors son titre – a reconnu qu'elle l'était encore en 1981, bien que sa position personnelle ait évolué depuis⁴¹. Depuis l'*Avis consultatif sur l'assurance-chômage*, d'autres tribunaux ont abordé cette question sans la régler définitivement, soit parce qu'ils l'ont en fait contournée, soit parce que la portée de leur décision n'était pas celle d'un arrêt. Ainsi, les décisions rendues dans les affaires *Central Mortgage*⁴² et *Porter*⁴³ étaient fondées sur la *ratio* de la Cour suprême dans l'*Avis consultatif sur l'assurance-chômage* qui, nous l'avons vu, n'a pas été maintenue par le Conseil privé. De sorte que, bien que ces deux décisions et celle qui mit fin à l'affaire *Angers*⁴⁴ aient été publiées lorsque Laforest réédita son ouvrage sur les pouvoirs fiscaux en 1981, il n'en conclut pas alors pour autant que la question était réglée, puisque que le fondement des premières n'avait pas été confirmé par le Conseil privé et que la dernière n'émanait pas de la Cour suprême⁴⁵. Au surplus, il réfuta la Cour de l'Échiquier qui, dans *Angers*, avait tenté de fonder le pouvoir de dépenser sur les compétences résiduelles du Parlement fédéral.

Trois décisions subséquentes règlent des litiges où la question, bien qu'indirectement soulevée, n'a pas non plus été tranchée. Dans l'affaire *Lofstrom*⁴⁶, la Cour d'appel de Saskatchewan a décidé qu'aucun droit subjectif aux prestations sociales ne découlait des ententes fédérales-provinciales prévoyant la mise sur pied de programmes à frais partagés dans ce domaine, parce que seuls les gouvernements – à l'exclusion des particuliers – sont parties à ces ententes. En conséquence, c'est aux provinces qu'il revient de définir le statut de bénéficiaire, tel que la Cour suprême l'a décidé dans l'affaire *Alden*⁴⁷. Mais le juge Ritchie, qui rendait cette décision, ne s'y est pas prononcé sur la constitutionnalité des ententes

³⁹ *Avis consultatif sur l'assurance-chômage*, [1936] R.C.S. 427.

⁴⁰ *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, précité note 38.

⁴¹ LAFOREST, G.V., « The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution », précité note 35.

⁴² *Central Mortgage and Housing c. Cooperative College Residences*, (1974) 44 D.L.R. (3d) 662 (Ont. High Ct) et (1977) 71 D.L.R. (3d) 183 (Ont. C.A.).

⁴³ *Porter c. R.*, [1965] R.C. de l'É. 200.

⁴⁴ *Angers c. Ministère national du Revenu*, [1957] R.C. de l'É. 83.

⁴⁵ Voir LAFOREST, G.V., *op. cit. supra*, note 35.

⁴⁶ *Re Lofstrom and Murphy et al.*, [1972] 22 D.L.R. (3d) 120 (Sask. C.A.).

⁴⁷ *Alden c. Gaglardi*, [1973] R.C.S. 199.

elles-mêmes, non plus que le juge Le Dain par la suite dans l'arrêt *Finlay*⁴⁸. À la même époque intervient par ailleurs une décision du juge Pigeon dans *l'Avis consultatif sur les produits agricoles*⁴⁹, où il a déclaré inconstitutionnelles les dépenses fédérales, même inconditionnelles, dans les domaines de compétence provinciale. Ce prononcé fait partie de la *ratio* d'un jugement majoritaire de la Cour, mais il est passé inaperçu dans le débat sur le pouvoir de dépenser sans doute parce que, bien qu'il ait visé des dépenses fédérales en matière provinciale, il ne s'agissait pas d'un programme conjoint.

Il faut sans doute mentionner également, sans leur accorder la portée d'arrêts, deux prononcés émanant respectivement des tribunaux de première instance de Saskatchewan et d'Alberta, tous deux émis dans le contexte d'actions déclaratoires. Le premier⁵⁰ concerne le pouvoir de dépenser provincial et ne nous éclaire que par analogie. Ce sont des subventions provinciales dans le domaine international qui étaient contestées. Bien qu'il ait relié ces subventions à la compétence fédérale relative aux affaires extérieures, le juge conclut néanmoins à la validité constitutionnelle des lois provinciales habilitantes. Pour autant qu'on puisse en cerner la *ratio*, cette décision, appuyée sur deux autres décisions de même niveau n'ayant évidemment pas le statut de précédent⁵¹, semble fondée sur le motif que la législature ne visait, par là, à réglementer aucune matière de compétence fédérale. Ce même fondement a de nouveau été invoqué dans l'affaire *Lovelace*⁵², ce qui permet de conclure que le pouvoir de dépenser des provinces n'a été confirmé qu'à l'intérieur de leurs compétences, ce qui est par ailleurs admis et ne fait pas l'objet de controverse.

Sans même admettre que l'attribution de telles subventions relève de la compétence fédérale⁵³, il faut noter au surplus que les subventions attaquées n'étaient pas conditionnelles et ne constituaient conséquemment pas un exercice de la compétence législative dans le domaine substantif de leur attribution, peu importe son titulaire. En conséquence, même si la décision avait émané d'une cour susceptible de prononcer un véritable arrêt, ce qui n'est pas le cas ici, sa portée ne s'étendait pas aux subventions conditionnelles, les seules dont il soit expressément question dans le présent contexte.

Au contraire, le second de ces prononcés⁵⁴ porte directement sur cette question. Dans une action déclaratoire, la Cour d'appel d'Alberta a en effet déclaré constitutionnels certains articles de la *Loi (fédérale) sur l'impôt sur le*

⁴⁸ *Finlay c. Canada* (Ministre des Finances), [1986] 2 R.C.S. 607.

⁴⁹ *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.

⁵⁰ *Dunbar c. Attorney-General of Saskatchewan*, (1985) 11 D.L.R. (4th) 374 (Sask. Q.B.).

⁵¹ *Dow c. Black*, (1875) L.R. 6, P.C. 272 et *McMillan c. City of Winnipeg*, (1919) 45 D.L.R. 351 (Man. K.B.).

⁵² *Lovelace c. Ontario* [2000] 1 R.C.S. 950.

⁵³ Certaines activités internationales relèvent en effet des autorités provinciales, lorsqu'elles sont reliées directement à des matières de compétence provinciale exclusive. Voir MORIN, Jacques-Yvan, « La personnalité internationale du Québec », 1984, 1 *Revue québécoise de droit international*, p. 265.

⁵⁴ *Winterhaven Stables c. Attorney-General of Canada*, (1986) 29 D.L.R. (4th) 394 (Alta. Q.B.).

revenu⁵⁵. Or les sommes dont ces articles autorisent la perception sont ensuite transférées aux provinces en vertu de dispositions statutaires contraignant ces dernières à respecter certaines conditions dans la mise en œuvre de programmes conjoints dans les domaines de l'enseignement supérieur, de la santé et du bien-être, toutes des matières de compétence provinciale. La Cour a considéré que toutes ces lois étaient valides parce qu'elles visaient, « *in pith and substance* », la perception de taxes sans référence aux fins provinciales auxquelles elles seraient affectées. Mais tout le problème juridique posé par le pouvoir de dépenser fédéral dans les domaines de juridiction provinciale étant un problème de qualification, la question pertinente en l'espèce est celle de savoir si le juge Medhurst a correctement qualifié l'objet de la loi contestée et, par ailleurs, si le Parlement peut faire indirectement ce que la Constitution prohibe directement. Quoi qu'il en soit, et bien qu'elle aborde les principales facettes du problème, cette décision isolée d'une cour d'appel (au surplus provinciale) ne saurait régler définitivement la question pour l'ensemble du Canada.

Tel était l'état du droit lorsque sont intervenues deux tentatives de constitutionnalisation du pouvoir de dépenser, incluses respectivement dans les accords de Meech (1987) et de Charlottetown (1992), qui, faute d'avoir été entérinés, n'ont évidemment rien changé à la constitutionnalité du pouvoir de dépenser. Depuis lors, quatre autres décisions de la Cour suprême ont abordé le sujet, mais de façon tangente uniquement, de sorte qu'elles n'ont pas modifié le droit positif sur cette question.

Dans la première d'entre elles, *YMHA Jewish Community Center c. Brown*⁵⁶, Madame la juge L'Heureux-Dubé écrit au nom de la Cour : « *Bien que le Parlement soit toutefois libre d'offrir des subventions sous réserve des conditions qu'il juge appropriées [...]* »⁵⁷. Comme cet énoncé ne fait pas partie de la *ratio* de sa décision, il s'agit là d'un *obiter*⁵⁸, ce que Madame L'Heureux-Dubé a confirmé en présence de plusieurs autres juges de la Cour Suprême et de la Cour d'appel, lors d'une session de l'Association de droit comparé, à l'Université McGill en mars 1990.

La seconde opinion rendue depuis 1987 par la Cour suprême et qui touche de façon implicite au pouvoir de dépenser l'a été par le juge Sopinka dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*⁵⁹. Il s'agissait d'un pourvoi où la Colombie-Britannique alléguait que la loi fédérale modifiant à la baisse les subventions aux provinces en matière de santé constituait un bris de contrat invalide. La Cour y a confirmé la doctrine constante selon laquelle le Parlement a compétence pour annuler ou modifier les contrats antérieurs de la Couronne⁶⁰.

⁵⁵ S.C. 1970-71-72, c. 63.

⁵⁶ (1989) 1 R.C.S. 1532.

⁵⁷ *Id.*, p. 1549.

⁵⁸ LAJOIE, A., *Le droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 86, note 210.

⁵⁹ *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, (C.B.) [1991] 2 R.C.S. 525.

⁶⁰ LAJOIE, A., *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Éditions Thémis, 1984.

En fait, ce prononcé peut être vu comme reposant implicitement sur la validité préalable de l'entente fédérale-provinciale portant sur ces subventions, mais la validité de cette entente n'avait été mis en doute ni par la Colombie-Britannique qui au contraire, ne voyant pas comment récupérer autrement ses fonds des autorités fédérales, demandait son exécution, ni par les autorités fédérales qui voulaient continuer de régir la santé dans les provinces. On ne peut donc induire sur cette base que la Cour ait confirmé la validité du pouvoir fédéral de dépenser conditionnellement dans les sphères de compétence provinciale sans même discuter de la question, qui n'avait d'ailleurs pas été soulevée devant elle. Au surplus, l'opinion contraire du juge Laforest dans *Eldridge*⁶¹ n'y change rien, compte tenu qu'il en a fait un *obiter* exprès (« je souligne en passant », écrit-il), prononcé au surplus dans une affaire dont l'enjeu se situait au plan de l'application de la Charte canadienne aux lois provinciales. Par ailleurs, ni le simple retrait de subventions fédérales aux provinces, ni encore moins la limitation de la croissance de ces subventions, dont il était question dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, ne sont équivalentes à légiférer dans le domaine des compétences provinciale, cela va de soi : cesser de faire ce qui est inconstitutionnel n'est pas en lui-même inconstitutionnel, au contraire. En énonçant cette évidence, la Cour ne se prononce pas pour autant sur la constitutionnalité de l'activité à laquelle l'exécutif fédéral met fin en se retirant des programmes conjoints.

Enfin, plus récemment, l'affaire *Lovelace*⁶² portait sur le pouvoir de dépenser des provinces. Décidé entièrement dans le contexte du droit à l'égalité constitutionnalisé à l'article 15 (2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cet arrêt pose que le projet de casino mis de l'avant par l'Ontario et contesté par certaines Premières Nations « ne touche pas à l'essence de l'autochtonité » (qui relève de la compétence fédérale) mais « relève du pouvoir de dépenser de la province et que la province n'a d'aucune manière empiété sur les compétences du fédéral ». C'est dire qu'il s'agit ici comme dans *Dunbar*⁶³ du pouvoir provincial de dépenser dans le domaine des compétences provinciales, qui est effectivement parfaitement valide constitutionnellement et ne fait précisément pas l'objet des préoccupations de la Commission.

Bref, en ce qui concerne la Cour suprême, deux *obiter*, dont un prononcé sur le retrait de l'intervention fédérale dans un champ de compétence provinciale – énoncé au surplus dans un avis consultatif – et une décision portant sur le pouvoir de dépenser d'une province dans ses propres champs de compétence législative ne peuvent donc pas avoir pour effet de dissocier la Cour des arrêts antérieurs à l'effet contraire du Conseil privé, ni encore moins modifier la Constitution sur ce sujet. Le pouvoir fédéral de dépenser, qui impose des conditions équivalentes à l'exercice du pouvoir normatif dans les champs de compétence provinciale, ne fait donc toujours pas partie de cette Constitution, à moins que l'on ne donne plus de poids à une décision de la

⁶¹ *Eldridge c. P.G.C.B.*, [1997] 3 R.C.S. 624.

⁶² *Lovelace c. Ontario*, précité note 52.

⁶³ Précité, note 50.

Cour d'appel de l'Alberta qu'à l'ensemble de la jurisprudence du Conseil privé et de la Cour suprême. Compte tenu du sens et de la portée de toutes ces décisions, il semble toujours exact de dire que le droit n'est pas encore fixé sur la question de la constitutionnalité du pouvoir fédéral de dépenser dans les matières de compétence législative provinciale.

Un dernier élément, et pas le moindre, doit être retenu, c'est le fait que toutes ces décisions doivent être lues à la lumière du principe du fédéralisme que la Cour s'est plu à réitérer plusieurs fois dans sa jurisprudence récente. Certes le concept de fédéralisme n'est pas complètement univoque et la plupart des constitutionnalistes canadiens ne sont pas très diserts, il faut bien l'avouer, sur la théorie du fédéralisme⁶⁴ ni, plus particulièrement, sur la différence entre le fédéralisme et la décentralisation administrative. Ils sont cependant tous d'accord pour admettre que le fédéralisme exige, au minimum, l'autonomie des autorités fédérées à l'égard du pouvoir central⁶⁵. Certains précisent même que cette indépendance à l'égard des autorités centrales doit être constitutionnalisée⁶⁶. Sauf Rémillard⁶⁷ qui axe sa discussion sur la dichotomie fédération/confédération et n'aborde même pas la question des exigences minimales du fédéralisme, tous les constitutionnalistes canadiens sont d'accord sur ce seuil⁶⁸. Certains mentionnent même que les autorités locales doivent disposer de revenus fiscaux suffisants pour garantir cette indépendance⁶⁹.

Mais dans le présent contexte, ce sont surtout les avis de la Cour suprême qui comptent, où elle a réaffirmé récemment à trois reprises dans des arrêts d'une importance capitale⁷⁰ le principe du fédéralisme, et cela dans les termes mêmes qu'avait utilisé Lord Watson dans *Maritime Bank*⁷¹ au siècle dernier :

The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy. The federal principle cannot be reconciled with a state of affairs where

⁶⁴ À l'exception de BRUN, H. et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, qui consacrent un chapitre important à cette question.

⁶⁵ Voir HOGG, Peter W., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 230; BRUN, H. et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 64, p. 294; TREMBLAY, André, *Précis de droit constitutionnel*, Montréal, Éditions Thémis, 1982, p. 88; CHEVRETTE, François et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 219; FINKELSTEIN, Neil, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5e éd., vol. 1, Toronto, Carswell, 1986, p. 16; BEAUDOIN, Gérard-A., *Le partage des pouvoirs*, 2e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 11; MAGNET, Joseph E., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1983, p. 1.

⁶⁶ Voir TREMBLAY, A., *op. cit.*, note précédente, p. 88.

⁶⁷ RÉMILLARD, Gil, *Le fédéralisme canadien*, tome 1, « La Loi constitutionnelle de 1867 », Montréal, Éditions Québec/Amérique, 1983, p. 48.

⁶⁸ Voir *supra*, note 64 et *infra*, note suivante.

⁶⁹ Voir WHYTE, John et LEDERMAN, William R., *Canadian Constitutional Law*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1977, pp. 1-19.

⁷⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité note 2; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution* (1981) 1 R.C.S. 753, p. 819; *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, (1985) 1 R.C.S. 721.

⁷¹ Précité, note 1, pp. 441-442.

the modification of provincial legislative powers could be obtained by the unilateral action of the federal authorities. It would indeed offend the federal principle that a radical change to... (the constitution (be) taken at the request of a bare majority of the members of the Canadian House of Commons and Senate. – Caractères gras ajoutés

Au terme de cet examen à jour de la jurisprudence du Conseil privé, de la Cour suprême et même des tribunaux inférieurs compétents en la matière, on peut donc affirmer que la constitutionnalité du pouvoir fédéral de dépenser dans les champs de compétence des provinces n'a pas fait l'objet d'un prononcé favorable ayant portée de précédent.

Ce n'est pas non plus la conclusion récente de l'*Union sociale canadienne « sans Québec »*, pour plagier un titre devenu célèbre⁷² à juste titre, qui a pu modifier les choses. Cet accord s'énonce comme une entente administrative et non comme une modification constitutionnelle, dont elle n'a d'ailleurs même pas tenté de suivre les procédures formelles prescrites par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au surplus, même si le caractère temporaire de cette entente devait se dissoudre dans la pérennité renouvelée, elle ne constituerait pas non plus, pour le Québec du moins, une « convention constitutionnelle » au sens que la Cour a donné à cet instrument dans le *Renvoi concernant la Constitution du Canada*⁷³, parce qu'elle ne satisfait pas à la condition que la Cour estime « la plus importante pour établir une convention, soit l'acceptation ou la reconnaissance d'une telle convention par les acteurs » dans un contexte où les modifications législatives impliquées doivent recevoir l'approbation des provinces dont la compétence législative est touchée.

⁷² GAGNON, Alain-G. (dir.), *L'Union sociale canadienne sans le Québec – huit études sur l'entente-cadre*, Montréal, Éditions St-Martin, 2000.

⁷³ [1982] 2 R.C.S. 793.



LE « POUVOIR DE DÉPENSER » DANS D'AUTRES FÉDÉRATIONS ET QUASI-FÉDÉRATIONS

1. INTRODUCTION

Le droit comparé est une discipline périlleuse, où le danger de confusion est grand. Cela tient principalement à deux facteurs – interdépendance des normes et rapport droit/société – qu'il vaut la peine d'explorer brièvement avant d'entreprendre une comparaison entre ce que nous désignons au Canada sous le vocable de « pouvoir de dépenser » et ses éventuelles répliques dans le droit constitutionnel de certaines autres fédérations et quasi-fédérations, dont il faudra ensuite justifier le choix. Pour engager cette comparaison correctement, il conviendra également de nous arrêter à la polysémie du terme « fédération », et à ses rapports avec le « pouvoir de dépenser » entendu au sens d'une pratique par laquelle les autorités fédérales dépensent dans le champ des compétences législatives que la constitution attribue aux entités fédérées en y engendrant, directement ou indirectement, un effet normatif.

L'interdépendance des normes

Le premier de ces facteurs, c'est le fait qu'il n'est pas possible de comparer isolément une règle de droit, une pratique ou une institution, issues d'un premier système de droit, à une règle, une pratique ou une institution, en apparence analogues et portant sur le même objet apparent, issues d'un autre système, et cela pour la raison évidente qu'une règle de droit, une pratique ou une institution n'ont pas un sens objectif détectable à leur simple lecture ou observation, mais doivent s'interpréter dans le contexte de l'ensemble du domaine du droit où elles s'inscrivent dans le système étudié.

Pour faire du droit comparé valable, même dans une perspective positiviste, il faudrait idéalement connaître l'ensemble du droit des pays que l'on compare : il y a très peu d'exemples de telles comparaisons, une exception remarquable étant la monographie du Pr. David sur les contrats en droit anglais⁷⁴, qui témoigne d'une maîtrise exceptionnelle du droit privé dans les deux pays. À défaut d'une telle compréhension, cette fois du droit constitutionnel de chacun des pays choisis pour la présente analyse, la meilleure stratégie consiste à cerner le but, l'objectif de la règle, pratique ou institution que l'on veut comparer, pour retrouver l'instrument correspondant dans chaque système juridique étudié.

⁷⁴ DAVID, R., *Les contrats en droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 1973.

Cette recherche a donc visé à cerner par quels moyens constitutionnels d'autres fédérations, et par quels moyens juridiques des quasi-fédérations, tentent d'atteindre le but recherché ici par cet « expédient constitutionnel »⁷⁵ qu'est le « pouvoir de dépenser », à savoir, l'exercice par les autorités fédérales d'un pouvoir normatif dans des champs de compétences constitutionnalisées des entités fédérées ou, éventuellement, l'inverse.

Le rapport entre le droit et la société

Le second de ces facteurs tient au fait que les règles, pratiques et institutions fixées par la constitution d'un pays ne sont pas indépendantes des conditions historiques, culturelles, politiques et économiques caractérisant ce pays. Les sociétés de certains pays fédéraux sont très différentes de la nôtre, et leurs institutions ne pourraient nous apporter que peu d'enseignement. Mais à supposer même que – dans le cas de fédérations dont les sociétés sont assez proches de la nôtre pour justifier la comparaison – on surmonte au surplus le premier écueil et que l'on dispose de la description adéquate d'un mécanisme par lequel une autre fédération aurait empêché ou limité le contournement de son propre partage constitutionnel des compétences, rien ne prouve pour autant que ce mécanisme puisse être importé ici. Cette recherche a donc une portée limitée : elle ne saurait, au mieux, que nous donner des exemples à éviter ou à suivre, mais seulement après une étude de leur compatibilité avec notre propre contexte culturel et notre propre situation politique et économique.

Le choix des fédérations et quasi-fédérations étudiées

Le choix de l'Allemagne, de l'Australie, de la Belgique, de l'Espagne, des États-Unis, de l'Italie, du Royaume-Uni, de la Suisse et de l'Union européenne a été dicté par ces facteurs. Il s'agit avant tout d'étudier les solutions aux tensions centripètes/centrifuges caractéristiques de toutes les fédérations, adoptées par divers pays dont les sociétés – occidentales, démocratiques, libérales – présentent des ressemblances avec la nôtre. Au surplus, nous allons le voir au paragraphe suivant, « fédération » est un terme polysémique dont certains exemples sont parfois difficiles à distinguer de certaines formes de décentralisation administrative à partir desquelles il arrive qu'elles évoluent ou vers lesquelles elles régressent parfois. Nous avons donc inclus dans cette liste à la fois des fédérations anciennes, dites classiques, (Australie, États-Unis, Allemagne, Suisse, auxquelles il faut ajouter la Belgique dont la constitution, récente et loin du classicisme, est pourtant fédérale) et des cas plus récents de décentralisation évolutive quasi-fédérale (Espagne, Italie, Royaume Uni), sans parler du cas inclassable de l'Union Européenne. Il s'agissait d'obtenir l'éventail le plus large possible de formules, pour stimuler notre réflexion.

⁷⁵ GOUIN, L. M. et B. CLAXTON, *Expédients constitutionnels adoptés par le Dominion et les provinces*, appendice 8 au Rapport de la Commission sur les relations entre le Dominion et les Provinces, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1939.

Fédération, un terme polysémique

Théoriquement, dans sa forme classique, le fédéralisme désigne une organisation étatique constitutionnalisée dans laquelle les compétences législatives et les pouvoirs exécutifs sont partagés entre les autorités centrales et celles des unités fédérées, qui disposent respectivement du pouvoir de taxation nécessaire à leur exercice. Il convient de distinguer d'emblée le fédéralisme de la décentralisation administrative territoriale, dans laquelle le partage des compétences et/ou des tâches entre les autorités centrales et territoriales n'est pas constitutionnalisé et peut conséquemment être modifié à la discrétion des autorités centrales investies de cette compétence.

Par ailleurs, le terme de fédération – associé aux constitutions de certains pays européens (Suisse, Allemagne) issus du regroupement de nations que leur rapport de forces égalitaire empêchait d'adopter le modèle centralisateur imposé par les nations dominantes d'État-nations tels que la France et l'Italie, de même qu'à certaines anciennes colonies de l'Empire britannique (États-Unis, Australie, Canada, Afrique du Sud, entre autres) – connote la souveraineté interne des États constituants et l'harmonie à l'intérieur d'une structure centrale partagée. La réalité est parfois différente. En effet, « le fédéralisme, malgré certaines qualités très appréciables, offre cette particularité, (comme d'ailleurs le droit matrimonial), d'être encombrant et peu utile lorsque les parties intéressées s'entendent, et de rester par ailleurs inapte à solutionner leurs conflits lorsque, au contraire, il s'en présente »⁷⁶. Par ailleurs « *vu sous un certain angle, c'est un jeu d'équilibre entre les forces centripètes et les forces centrifuges qui émanent des différents pôles de tension d'un État [...]. Autant dire que c'est un système de gouvernement dont le fonctionnement idéal présuppose l'existence de conditions qui ont moins de chances de se matérialiser dans les pays fédéraux [...] que dans les pays qui peuvent s'en passer* »⁷⁷.

Pourtant, les connotations idéologiques de souveraineté partagée attachées à l'étiquette fédéraliste, qui continue de décrire à peu près adéquatement la situation constitutionnelle de la Suisse et de l'Allemagne, et peut-être même celle de la Belgique, ont amené plusieurs pays à continuer de s'en réclamer alors même qu'ils se sont éloignés de cette forme de gouvernement (entre autres l'Australie et, à un moindre degré, les États-Unis). Par ailleurs, ces connotations ont amené plusieurs autres, dont les unités constituantes aspirent à cette mesure d'autonomie qu'elles n'ont pas encore atteinte, à s'y associer sous le qualificatif de « quasi-fédéralisme » (Espagne, Italie, Royaume-Uni).

Les uns et les autres se distinguent du véritable fédéralisme, mais de façons différentes. Les premiers, dont les constitutions écrites adoptent encore formellement la structure fédérale – partage constitutionnalisé de

⁷⁶ LAJOIE, A., *Expropriation et fédéralisme au Canada*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 1.

⁷⁷ LAJOIE, A., *Le pouvoir déclaratoire du Parlement, augmentation discrétionnaire de la compétence fédérale au Canada*, op. cit. note 14, p. 1.

compétences législatives et de pouvoirs exécutifs, ressources fiscales autonomes pour les unités constituantes et centrales – s'en éloignent pourtant en pratique respectivement par des dispositions constitutionnelles explicites (Australie) et des interprétations judiciaires (États-Unis). Ce sont des pays qui ont été des fédérations, ne serait-ce que dans l'imaginaire idéologique des rédacteurs de leurs constitutions, mais ils « régressent » et s'éloignent toujours davantage de cette forme de gouvernement. Les seconds au contraire, (Espagne, Royaume-Uni, Italie, Union européenne), « progressent » vers cette forme de gouvernement qu'ils n'ont pas encore atteinte, se contentant pour l'instant d'une forme de décentralisation administrative territoriale non constitutionnalisée, qui vise souvent à la fois le partage des champs d'intervention et celui des « tâches » sur un même objet. Il s'agit dans l'ensemble de ce que l'anglais désigne par l'expression « *agency model of decentralisation* », où les unités fédérées sont les mandataires des autorités fédérales, des mandataires qui exécutent des politiques établies par l'ordre juridique fédéral, auxquelles elles peuvent, dans le meilleur des cas, apporter, dans certaines limites, certaines modifications adaptatrices.

Le « pouvoir de dépenser », une dérive des fédérations

On aura compris que toutes ces formes de fédéralisme ou quasi-fédéralisme ne sont pas interchangeable, en particulier dans leurs rapports avec le « pouvoir de dépenser », et nous y reviendrons en analysant les règles, pratiques ou institutions qui, dans ces constitutions, correspondent éventuellement, sous diverses formes, à ce que nous désignons ici comme « pouvoir de dépenser ». Mais ce qu'il convient de retenir au premier chef, c'est la relation littéralement paradoxale que ce « pouvoir de dépenser » entretient avec le fédéralisme. Posons d'emblée qu'une institution juridique (si c'est de cela qu'il s'agit...) qui vise à permettre aux autorités centrales d'imposer indirectement, par le truchement de subventions ou transferts conditionnels, leur normativité dans le champ des compétences exclusives et constitutionnalisées des unités fédérées, ne peut pas, par définition même, se déployer dans un État unitaire.

Il est en effet conceptuellement impossible d'affirmer que les autorités centrales d'un état moniste puissent dépenser conditionnellement dans le champ par définition inexistant des compétences exclusives et constitutionnalisées de ses éventuelles unités, mêmes dotées d'une décentralisation administrative (par exemple, régions, municipalités), compte tenu que le législateur d'un tel État unitaire peut toujours, par la même loi par laquelle il autorise les dépenses conditionnelles des autorités centrales, diminuer d'autant l'autonomie administrative non constitutionnalisée de ces unités décentralisées. Qui dit « pouvoir de dépenser » au sens que prend cette expression en droit constitutionnel canadien et qui constitue le point de départ de notre comparaison, dit donc nécessairement fédération.

Cela dit, deux remarques s'imposent.

Tout d'abord, bien qu'il ne puisse être question de l'existence d'un « pouvoir de dépenser » en l'absence de fédéralisme, ce pouvoir porte en lui-même les éléments qui entraîneront irrémédiablement la disparition de la fédération : l'abolition, d'une part, du premier critère du fédéralisme, à savoir, la ligne de partage des compétences entre la fédération et les unités fédérées et, de l'autre, la suppression de son second critère, l'accès autonome aux ressources fiscales.

Par ailleurs, ce ne sont pas toutes les formes de fédéralisme qui peuvent donner naissance à un « pouvoir de dépenser ». Seules les formes classiques de fédéralisme sont caractérisées par l'émergence d'un tel pouvoir, du moins en apparence, même quand elles relèvent en partie du modèle mandataire (*agency*). Dans le cas des quasi-fédérations, « mandataires » ou autres, la constitution confirme, dans la forme même du partage des compétences qu'elle enchâsse, l'existence de ce pouvoir et sa validité.

Ces précautions étant prises, il devient possible d'aborder la comparaison entre le « pouvoir de dépenser » et ses éventuels homologues dans d'autres pays fédéraux et certaines quasi-fédérations choisies pour leurs traits communs avec le Canada (section 4). Cette comparaison sera abordée en deux temps, c'est-à-dire en établissant d'abord un rapport avec les fédérations classiques (section 2), puis avec les quasi-fédérations (section 3), en incluant dans chaque catégorie leur cas limite respectif, à savoir, la Belgique et l'Union européenne.

2. LE « POUVOIR DE DÉPENSER » DANS LES FÉDÉRATIONS CLASSIQUES

Si l'existence d'une fédération classique est une condition nécessaire au développement d'une pratique ou d'une norme constitutionnelle matérialisant le « pouvoir de dépenser », ce n'en est pas une condition suffisante : toutes les fédérations classiques n'en sont pas affectées. En fait, dans les fédérations classiques de notre échantillon, nous n'avons relevé la présence d'un « pouvoir de dépenser » non contrôlé qu'en Australie et aux États-Unis, alors qu'en Allemagne, en Suisse et en Belgique, ce pouvoir est inexistant ou encadré de telle façon qu'il ne peut s'exercer sans l'accord des unités fédérées.

2.1 Un « pouvoir de dépenser » constitutionnalisé en Australie et aux États-Unis

En Australie et aux États-Unis le « pouvoir de dépenser » n'est pas seulement, comme au Canada, une pratique en marge de la constitution qui n'a jamais été reconnue par les tribunaux et ne fait pas partie du droit constitutionnel positif : au contraire, dans le premier cas, ce pouvoir a toujours fait partie, quoique sous des formes différentes, de la constitution écrite, alors que dans le second, c'est aux tribunaux que l'on doit sa constitutionnalisation.

2.1.1 Australie

Posons d'emblée que la fédération australienne est peut-être la plus centralisée du monde⁷⁸, au point même de se réduire à un État unitaire : comment qualifier autrement un pays dont la constitution prévoit, malgré l'attribution résiduaire aux États constituants de leur compétence d'origine, la prépondérance fédérale dans *tous* les cas de conflit de juridiction entre la législation de l'État et celle du Commonwealth⁷⁹ et où, dans le cas où il resterait malgré tout quelque compétence aux États, le Commonwealth peut leur imposer des normes au moyen du « pouvoir de dépenser », et cela en vertu de textes constitutionnels exprès qui se sont succédés depuis la création de la fédération.

Au départ, l'article 96 énonce :

*During a period of ten years after the establishment of the Commonwealth and thereafter until Parliament otherwise provides, the Parliament may grant financial assistance to any State on such terms and conditions as the Parliament thinks fit.*⁸⁰

En effet, pour assurer la viabilité de la fédération naissante, les anciennes colonies britanniques devenues États constituants avaient cédé aux autorités du nouveau Commonwealth les revenus de douane et d'accise, c'est-à-dire leur principale source antérieure de revenus, en échange de quoi le

⁷⁸ WATTS, R.L., *Comparing federal systems*, 2e éd. Mc Gill/Queens University Press, Fingston, 1999, p. 16.

⁷⁹ « *When a law of a State is inconsistent with a law of the Commonwealth, the latter prevail, and the former shall, to the extent of their inconsistency, be invalid* » – *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*, 109.

⁸⁰ Les articles 118 à 120 de la *Loi constitutionnelle (canadienne) de 1867* n'ont pas la même portée. En effet, l'article 118, abrogé par la *Loi de 1950 sur la révision du droit statutaire* (14 George VI, ch. 6, R.-U.), prévoyant des transferts basés sur un critère par habitant, peut être considéré comme l'ancêtre de la péréquation, et n'entraînait aucun effet normatif dans le champ des compétences provinciales. Quant aux articles 119 et 120, ils concernent les provinces maritimes et ne permettent aux autorités fédérales de n'imposer que des conditions de forme (« *in such form and manner as may from time to time be ordered by the Governor General* »). La disposition qui fonde le pouvoir de dépenser australien vise au contraire le fond : « *on such terms and conditions as the Parliament thinks fit* ». On notera en passant que la différence entre les deux textes, adoptés par le même parlement britannique à la même époque, permet d'affirmer que c'est volontairement que ce dernier a omis l'inscription du « pouvoir de dépenser » dans la *Loi constitutionnelle de 1867* – Caractères gras ajoutés.

Commonwealth s'engageait à transférer aux États, pendant cinq ans, sur une base de calcul complexe mais fixe, certains revenus⁸¹.

À l'expiration de ce délai transitoire, en vertu de l'article 96, le Commonwealth devenait libre de déterminer unilatéralement le montant et les critères de distribution de ces revenus fiscaux. Ce qu'il a fait depuis, tout en accordant, à certaines époques, une certaine prévisibilité de ses transferts néanmoins conditionnels par les lois qui se sont échelonnées depuis 1910⁸² et dont les tribunaux ont confirmé la validité⁸³, et en négociant les formules dans certains cas⁸⁴, allant même jusqu'à rendre – temporairement entre 1981 et 1985 – les transferts en matière de santé inconditionnels à l'intérieur de cette attribution⁸⁵.

Pour parer au déséquilibre fiscal engendré par ce système de perception et de redistribution des revenus – en 1981, le Commonwealth percevait 75 % des revenus fiscaux australiens, mais n'en dépensait que 60 % à ses propres fins – le Commonwealth et les États ont signé en 1999 une convention constitutionnelle, l'*Intergovernmental Agreement of Commonwealth-State Financial Relations (IGA)*⁸⁶, en vertu duquel les États reçoivent des *Specific Purpose Payments* et le produit de la taxe sur les biens et services perçue par le Commonwealth selon une formule déterminée par la *Commonwealth Grants Commission*. Il faut noter que cette commission, dont les membres sont nommés par le Gouverneur général – quoiqu'au terme d'un processus informel auquel participent le *Treasurer* du Commonwealth et ceux des États – ne détient que des pouvoirs de recommandation à l'égard du Parlement, lequel conserve le contrôle sur les sommes ainsi distribuées et leur affectation.

À travers les méandres d'une évolution complexe et sinueuse, l'Australie a donc conservé, depuis la création de cette fédération, une structure constitutionnelle où les autorités fédérales contrôlent presque entièrement les revenus des États et l'usage qu'ils en font : c'est le seul exemple de constitutionnalisation expresse du « pouvoir de dépenser » que nous ayons repéré dans notre échantillon. Au premier abord, cette centralisation extrême semble avoir été rendue possible par l'homogénéité exceptionnelle, malgré la présence d'une minorité autochtone, d'une population largement concentrée dans deux États contigus, en présence par ailleurs de disparités mineures entre la capacité fiscale des États membres. Bref, il s'agit d'un cas où le fédéralisme formel n'a été invoqué que comme cas limite d'une

⁸¹ *Id.*, articles. 87, 89, 93 et 94.

⁸² *Surplus Revenue Bill Act 1910*, No 8, 1910 ; *Commonwealth and States Financial Agreement Act 1927 Act*, No. 3554 de 1927 ; *Income Tax (War-time Arrangements) Act 1942*, No 21 de 1942 ; *States Grants (Income Tax Reimbursement) Act 1942* annulé par *States Grant Tax Reimbursement Act 1946*, no. 1 de 1946.

⁸³ *South Australia c. Commonwealth*, (1942) 65 CLR 373.

⁸⁴ *States (Personal Income Tax Sharing) Act 1976*, No. 122 of 1976.

⁸⁵ *States (Tax Sharing and Health Grants) Act 1981*, no.99 de 1981 annulé par la Conférence des premiers ministres des États en 1985.

⁸⁶ *Intergovernmental Agreement of Commonwealth-State Financial Relations (IGA)*, *Schedule 2 to A New Tax System (Commonwealth-State Financial Agreements) Act*, 1999, no. 110, 1999.

décentralisation administrative territoriale exigée par l'étendue exceptionnelle du territoire.

2.1.2 États-Unis

Le cas des États-Unis est différent, où le « pouvoir de dépenser » n'est pas mentionné dans les textes constitutionnels, mais constitutionnalisé par la jurisprudence de la Cour suprême. Cette différence ne porte pas seulement sur la source constitutionnelle de ce pouvoir, mais sur les instruments à travers lesquels ce pouvoir se matérialise, à savoir, des programmes à frais partagés, comme ce fût le cas autrefois au Canada, plutôt que la levée par les autorités fédérales de taxes en vue de redistribution directe aux États, comme en Australie.

En effet, c'est à partir des années trente, pour assurer l'instauration de programmes sociaux susceptibles de répondre à la crise, que les tribunaux ont commencé à valider certaines tentatives des autorités fédérales de dépenser conditionnellement dans les champs de compétence des États. La constitution américaine, bien que silencieuse sur le « pouvoir de dépenser » comme tel, leur ouvrait cependant des portes. D'abord par son silence sur des limites éventuelles aux fins pour lesquelles les autorités fédérales peuvent dépenser les revenus qu'elles sont par ailleurs expressément autorisées à prélever « *for the common defence and general welfare of the United States* »⁸⁷, où la Cour a lu une compétence fédérale valide⁸⁸ malgré les compétences résiduelles des États⁸⁹. Puis par le jeu de la compétence implicite, confirmée dès le XIX^e siècle⁹⁰, en vertu de laquelle le Congrès peut adopter « *all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof* »⁹¹. Sans parler de l'*Interstate Commerce Clause*⁹², dont la Cour a réussi à valider l'usage même en matière de politiques sociales⁹³.

En principe, en vertu de ces fondements, la réglementation du champ auquel les conditions des transferts ou subventions s'appliquent n'est pas toujours autorisée : les normes associées à ces paiements ne seront valides que si elles sont nécessairement reliées soit à la perception des taxes, soit au but, inclus dans une compétence fédérale, pour lequel ces taxes sont perçues. Mais en pratique, il n'est pas facile de trouver des cas où les tribunaux auraient estimé que les conditions imposées n'étaient pas « *necessary and proper* ».

Les mesures adoptées en vertu de cette construction jurisprudentielle d'un « pouvoir de dépenser » des autorités fédérales dans le champ des

⁸⁷ U.S. Const., Art. 1, (8).

⁸⁸ *United States c. Butler*, 297 US 1 (1936).

⁸⁹ *Charles C. Steward Machine Co. c. Davis*, 301 US 548 (1937).

⁹⁰ *McCulloch c. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

⁹¹ U.S. Const., Art. 1, (8), par 18.

⁹² *Id.*, par 3.

⁹³ *United States c. Derby*, (1991) et *Heart of Atlanta Motel, Inc. c. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

compétences des États se sont surtout concrétisées dans des programmes conjoints, des « matching grants », auxquels certaines taxes fédérales (essence, aéroports, accise) ont été pré-affectées, bien qu'il n'y ait pas formellement de perception fédérale des revenus des États comme en Australie. À cause de cela, et compte tenu par ailleurs des limites intrinsèques de la compétence implicite (*necessary and proper*), on peut soutenir que le « pouvoir de dépenser » est plus restreint aux États-Unis qu'en Australie.

À première vue, il n'a pas non plus été rendu possible tout à fait pour les mêmes raisons : la population des États-Unis, contrairement à celle de l'Australie, n'était certes pas homogène au départ, et l'est de moins en moins depuis qu'une forte minorité hispanique est venue s'ajouter à la minorité noire, sans s'intégrer comme les vagues précédentes d'immigrants. Si cependant cette fédération n'a pas échappé à une centralisation croissante dont le « pouvoir de dépenser » n'est qu'un instrument parmi d'autres, c'est sans doute que jusqu'à présent ses minorités se sont ou bien assimilées ou, du moins, dispersées sur l'ensemble du territoire, renonçant ainsi implicitement au levier des États. Pourtant, malgré ces différences au plan de la source, de la portée et de l'instrumentalisation de leur « pouvoir de dépenser » respectif, l'Australie et les États-Unis ont en commun la constitutionnalisation de cet instrument de centralisation, ce qui les différencie des autres fédérations classiques, par ailleurs européennes.

2.2 Un « pouvoir de dépenser » absent ou contrôlé dans les constitutions fédérales européennes

Les trois pays européens de notre échantillon (Allemagne, Suisse et Belgique) ont, comme les deux précédentes, des constitutions fédérales classiques, du moins au sens où les compétences législatives et les pouvoirs exécutifs y sont partagés entre les autorités fédérales et fédérées, qui disposent respectivement du pouvoir de taxation nécessaire à l'exercice de ces compétences. Pourtant, la centralisation y est moindre et différente – matérialisée par un panaché de partage des champs d'intervention et des tâches – et le « pouvoir de dépenser », absent ou contrôlé par le « principe de loyauté », le mode de perception des taxes ou encore les modalités d'autorisation des dépenses.

2.2.1 Allemagne

Dans la constitution allemande, les compétences sont partagées entre la fédération et les *Länder*. Ces derniers, qui agissent à certains égards comme des mandataires de la fédération, exerçant cependant ces compétences à titre propre⁹⁴, disposent aussi d'autres compétences propres portant sur la santé, l'éducation, la culture, le développement régional, la sécurité publique et les matières résiduelles⁹⁵. Ils perçoivent par ailleurs la totalité des impôts

⁹⁴ *Loi fondamentale* pour la République fédérale d'Allemagne, du 23 mai 1949, article 83.

⁹⁵ *Id.*, article 30.

sur le revenu, dont ils retournent une part à la fédération⁹⁶. Au surplus, les compétences des *Länder* sont souvent exercées en coopération, et la fédération comprend deux chambres législatives, dont la seconde, le *Bundesrat*, est composée de membres des gouvernements des *Länder*⁹⁷. C'est cette seconde Chambre qui doit autoriser les dépenses que la fédération fait dans le domaine des compétences des *Länder*⁹⁸, de sorte que le « pouvoir de dépenser » est conditionnel au contrôle des *Länder* affectés. Enfin, ce « pouvoir de dépenser » est également limité par le « principe de loyauté » ou *Bundesrue*, un principe jurisprudentiel dont on a écrit qu'il traverse « *the borderline between enforcing the law and preaching good behaviour* »⁹⁹, et selon lequel les États constitutants ne doivent pas empiéter sur la compétence des autres, et les États et la fédération doivent se respecter et s'entraider mutuellement.

2.2.2 Suisse

La constitution suisse, analogue à la constitution allemande, est sans doute encore plus décentralisée, du moins au plan formel. Le partage des compétences y prévoit en effet que les compétences résiduelles sont attribuées d'emblée aux Cantons, qui doivent consentir à une modification constitutionnelle pour tout transfert à la fédération : quand les autorités fédérales prétendent exercer une compétence, le fardeau de la preuve leur appartient donc. Ces transferts sont par ailleurs sujets au principe de subsidiarité, selon lequel les « tâches » effectuées par les communes ne peuvent être attribuées aux Cantons – et les tâches des Cantons à la fédération – que lorsque les premiers ne peuvent plus les réaliser de manière « efficiente », et cela seulement après un amendement constitutionnel, sujet à référendum¹⁰⁰.

En conséquence, la plupart des matières ne tombent pas entièrement dans la compétence de l'une ou l'autre institution, car ce sont les « tâches » qui sont partagées. Il en résulte un fédéralisme coopératif, où il arrive que les Cantons et surtout les communes jouent parfois un rôle de mandataire, mettant en œuvre des lois-cadre fédérales, selon le modèle « mandataire ». Pourtant l'éducation, incluant le niveau universitaire (sauf les *Federal Polytechnics*), est principalement concentrée dans la compétence des Cantons, même si les communes sont responsables de l'administration du parc immobilier du primaire/secondaire et du paiement, selon une échelle cantonale, des salaires des professeurs¹⁰¹. Il en va de même pour la culture, les sports, la santé, l'environnement et les routes, qui font partie, dans l'ensemble, des enveloppes cantonale et communale, alors que la défense et les affaires étrangères tombent dans celles de la fédération¹⁰². Au plan fiscal, le partage,

⁹⁶ *Id.*, article 106 (3).

⁹⁷ *Id.*, article 51.

⁹⁸ *Id.*, article 104 a.

⁹⁹ KISKER, G., « The West German Federal Constitutional Court as a Guardian of the Federal System », 1989, 19 *Publius* 35, 40.

¹⁰⁰ *Constitution fédérale de la confédération suisse*, du 18 avril 1999, art. 138.

¹⁰¹ DAFFLON, B., « Fiscal Federalism in Switzerland : A survey of Constitutional Issues. Budget Responsibility and Equalization », manuscrit, Université de Fribourg, Suisse, p. 12.

¹⁰² *Id.*, p. 10.

complexe et détaillé, entraîne un enchevêtrement croissant des budgets des trois administrations gouvernementales¹⁰³. Fixant les limites des taxes que la fédération peut imposer et l'obligeant à maintenir l'équilibre budgétaire à long terme, la constitution en réserve par ailleurs la perception aux Cantons¹⁰⁴. Dans ces conditions, on aura compris que le « pouvoir de dépenser », non prévu expressément dans une telle constitution avec laquelle il a peu d'affinités, ne peut non plus s'exercer à travers des pratiques en marge de la constitution, qui se heurteraient à l'obligation de la modifier par un procédé qui implique le consentement des Cantons.

2.2.3 Belgique

La constitution belge, d'une complexité et d'une ambiguïté voulues¹⁰⁵, cherche à aménager la coexistence de trois logiques, fondées respectivement sur la protection de la minorité francophone, sur les intérêts économiques de trois régions (Flandres, Wallonie, Bruxelles-capitale), et sur la protection de trois communautés (flamande, française et germanophone)¹⁰⁶. La fédération et chacune de ces entités se voient attribuer des compétences, dont on ne peut vraiment pas dire qu'elles sont faciles à cerner. En effet, bien que les Communautés et les Régions soient compétentes en matières résiduelles¹⁰⁷, l'État fédéral est d'abord investi non seulement de compétences propres, au nombre desquelles il faut compter, entre autres et dans les domaines qui intéressent le « pouvoir de dépenser » : les institutions culturelles et scientifiques fédérales, l'emploi et le travail, les pensions et la santé publique¹⁰⁸, mais également de certaines autres compétences qui se présentent comme des exceptions découpées à l'intérieur de l'objet des compétences qui sont attribuées aux Communautés et aux Régions, notamment « les matières personnalisables », savoir l'enseignement, la santé et l'aide aux personnes¹⁰⁹.

Le modèle est donc fondé sur un partage complexe établi principalement entre des champs et des objets d'intervention étatique et, exceptionnellement, entre des tâches désignées à propos d'un même objet (compétence fédérale spécifique en matière de fixation des normes scolaires, de conditions minimales de délivrance des diplômes, du régime de pension des enseignants)¹¹⁰. À cet égard, il se situe donc plus près du fédéralisme classique que du modèle mandataire où les entités constituantes deviennent

¹⁰³ *Id.*, p. 35.

¹⁰⁴ *Constitution fédérale de la confédération suisse*, précitée note 100, articles 126 à 135.

¹⁰⁵ UYTTERDAELE, M., « La Belgique, un modèle de fédéralisme panaché », dans JAUMIN, S. (dir.), *La réforme de l'État... et après ? L'impact des débats constitutionnels en Belgique et au Canada*, Bruxelles, Éditions de l'U. de Bruxelles, 1997, p. 131.

¹⁰⁶ BAYENET, B., M. FERRON, V. GILBERT et F. THYS-CLÉMENT, *Le fédéralisme budgétaire, mode d'emploi*, Bruxelles, Éditions de l'U. de Bruxelles, 2000, p. 10.

¹⁰⁷ *La Constitution belge - Texte coordonné du 17 février 1994*, art. 35. C'est en effet ce que stipule cet article de la constitution, mais dans les faits, le Parlement fédéral conserve cette compétence résiduelle jusqu'à ce que ses compétences propres soient plus précisément définies. Voir à ce sujet, BRASSINE, J., *La Belgique fédérale*, CRISP 1994, Dossier no. 40.

¹⁰⁸ *Id.*, art. 77.

¹⁰⁹ *Id.*, art. 127 (1), 2e et *Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles* (M.B., 15 août 1980), art. 5 (1) II.

¹¹⁰ *La Constitution belge*, précitée note 107, art. 127 (1), 2e alinéa.

les mandataires des autorités fédérales dans l'application de normes nationales, quoique l'exception mentionnée annonce ce modèle, caractéristique des quasi-fédérations.

À cela il faut ajouter que, malgré la centralisation de la perception de l'impôt, partagé par des mécanismes de redistribution entre les unités fédérées selon le principe de la capacité contributive ou de l'équité¹¹¹, l'autonomie financière des entités fédérées est assurée par le fait que la part de l'impôt fédéral – calculée sur la base des « crédits budgétaires auparavant ouverts pour ces mêmes compétences au budget national » – peut ensuite en principe être affecté librement à leurs dépenses¹¹². Il existe néanmoins deux exemples de subventions conditionnelles, concernant respectivement les mesures de développement du rôle international de Bruxelles-Capitale¹¹³ et le régime particulier concernant les programmes régionaux de remise au travail de chômeurs, fixé aussi par loi spéciale¹¹⁴, à propos de laquelle on a estimé que « l'ensemble des conditions fixées par [son] article 35 tend à faire de cette intervention de l'État fédéral une subvention conditionnelle »¹¹⁵. Cette autonomie est pourtant en principe protégée par le « principe de loyauté », inscrit dans la constitution¹¹⁶, qui prévoit que « l'État fédéral, les Communautés, les Régions et la Commission communautaire commune agissent dans le respect de la loyauté fédérale, en vue d'éviter les conflits d'intérêts ».

En fait, la Belgique constitue un cas limite, plus proche du fédéralisme classique que de la décentralisation administrative territoriale, pourtant connotée par un partage hybride des champs d'intervention et des tâches. En principe, le « pouvoir de dépenser » n'y est pas constitutionnalisé, mais une pratique émerge en marge de la constitution, matérialisée par les deux subventions conditionnelles mentionnées, auxquelles il faut ajouter les attributions en bloc de fonds fédéraux dans les domaines des Régions, qui impliquent une orientation externe de leurs priorités. Ce qui la range parmi les fédérations classiques décentralisées, c'est donc un partage des compétences basé davantage sur des objets d'intervention que sur des tâches, le principe de loyauté, l'absence de constitutionnalisation expresse du « pouvoir de dépenser » et le caractère exceptionnel de la présence de conditions expresses à l'utilisation des fonds transférés. Ce sont là les éléments qui distinguent cette dernière fédération des quasi-fédérations, avec lesquelles elle partage pourtant leur caractère évolutif.

¹¹¹ ILZKOVITZ, F. et F. THYS-CLÉMENT, « La Belgique dans un double processus de fédéralisme économique », dans JAUMIN, S., *op. cit.* note 105, p. 208.

¹¹² LEBRUN, J. et A. NOËL, « Le financement des communautés et des régions », dans DELPÉRÉE, F. (dir.), *La Belgique fédérale, Bruxelles*, Bruylant, 1994, pp. 360-68.

¹¹³ *Loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises*, art. 46.

¹¹⁴ *Loi spéciale du 13 juillet 2001 portant refinancement des Communautés et extension des compétences fiscales des Régions* (M.B. 3 août 2001), art. 47.

¹¹⁵ LEBRUN, J. et A. NOËL, *loc. cit.* note 112, p. 382.

¹¹⁶ *La Constitution belge*, précitée note 107, art. 143 (1).

3. LE « POUVOIR DE DÉPENSER » DANS LES QUASI-FÉDÉRATIONS

Pourtant, la différence essentielle entre les fédérations et les quasi-fédérations se situe ailleurs, dans le statut du partage des compétences, constitutionnalisé, et par conséquent fixe, dans les fédérations, mais au contraire sujet à des modifications législatives de l'autorité centrale, plus ou moins discrétionnaires selon les cas, dans les quasi-fédérations, qui relèvent en fait de la décentralisation administrative territoriale. Trois pays européens de notre échantillon (Espagne, Italie et Royaume-Uni) se méritent ainsi le titre de « quasi-fédérations », à cause du degré de décentralisation non constitutionnalisée dont jouissent, à des degrés divers, leurs entités régionales. On peut aussi attribuer ce qualificatif à l'Union européenne, mais dans un tout autre sens, comme on le verra.

S'il fallait résumer d'un trait les rapports que ces quasi-fédérations entretiennent avec le « pouvoir de dépenser », on pourrait affirmer que leur adoption du modèle de décentralisation administrative territoriale y rend inutile l'introduction du pouvoir de dépenser. Ou, pour le dire autrement, la décentralisation administrative a le même effet sur le « pouvoir de dépenser » que ce dernier sur les fédérations classiques : la destruction. En effet, lorsque le partage constitutionnel des compétences permet déjà expressément à l'autorité centrale de régir entièrement les enjeux principaux du « pouvoir de dépenser » (santé, éducation, politiques sociales) ou encore vise non pas des domaines d'intervention étatique, mais des tâches distinctes et compatibles à l'intérieur de ces domaines —par exemple lorsque les autorités centrales peuvent adopter des lois-cadre que les unités constituantes appliquent— les finalités du « pouvoir de dépenser » sont atteintes sans que l'on ait besoin d'utiliser cet instrument.

Enfin, il faut noter que dans ces États unitaires, il existe souvent une volonté de décentralisation (passage de l'État central moniste, à un certain pluralisme via la dévolution), même si juridiquement les entités sub-étatiques restent contrôlées par le centre, alors que dans plusieurs fédérations, on assiste au contraire à une volonté de centraliser davantage.

3.1 Espagne

Presqu'aussi rigide que les constitutions de certaines fédérations classiques, celle que l'Espagne a adoptée en 1978¹¹⁷ relève pourtant de la décentralisation administrative territoriale à géométrie variable, et cela en intégrant en grande partie le modèle mandataire. L'État espagnol comprend en effet deux niveaux de Communautés Autonomes (CA) : les Communautés « à voie rapide » (Andalousie, Pays Basque, Îles Canaries, Catalogne, Galicie, Navarre et Valence) et les Communautés « à voie lente »¹¹⁸. Prévu par la constitution, elles sont néanmoins créées dans le droit interne par des lois organiques dont l'adoption exige cependant des procédures spéciales et

¹¹⁷ *La Constitution espagnole de 1978*, B.O.E. num. 311.1, du 29 décembre 1978.

¹¹⁸ *Id.*, art. 151.

par ailleurs différentes selon les catégories de communautés, procédures qui doivent également être respectées pour toute modification de leur statut ou de leurs compétences¹¹⁹. Au surplus, la constitution ne partage pas expressément les compétences de ces unités décentralisées et celles de l'État espagnol, se contentant d'établir les règles de distribution d'après lesquelles chaque Statut d'autonomie fixera, dans une loi organique interne, les compétences de la Communauté autonome qu'il crée.

Il s'agit d'un système où l'État central jouit d'une compétence exclusive¹²⁰, alors que les Communautés pourront seulement en assumer si elles y sont prêtes, selon les modalités constitutionnelles prévues¹²¹. Ainsi, les Communautés « à voie rapide » ont bénéficié, dès le retour à la démocratie, en raison de leurs particularités culturelles et historiques, de compétences élargies (enseignement, santé, police), alors que les Communautés à « voie lente », bénéficient seulement de « compétences initialement limitées », mais devraient elles aussi assumer à terme les compétences élargies¹²² : notamment l'éducation et la santé, sur les trois ou quatre prochaines années. Ce modèle résulte sans doute du fait que l'Espagne se trouve dans un processus évolutif au plan constitutionnel, celui d'un état unitaire autrefois centralisé, qui transfère une mesure croissante de ses compétences aux unités constituantes¹²³, sans avoir cependant encore franchi le seuil du fédéralisme.

Ainsi, l'État central conserve en général le pouvoir d'élaboration des politiques même dans les domaines confiés aux Communautés, qui deviennent dès lors, selon un modèle désormais familier, ses agents-mandataires, quand il ne va pas jusqu'à définir les modalités mêmes de l'application de ses politiques, auxquelles les Communautés ne peuvent plus dès lors qu'apporter des compléments. Sur le plan fiscal, cette centralisation est favorisée par le fait que – sauf le Pays Basque et la Navarre, qui perçoivent eux-mêmes leurs impôts et ceux de l'État sur leur territoire – les Communautés autonomes dépendaient jusqu'à récemment des ressources de l'État central à hauteur de 80%, dont une moitié sous forme d'ouverture de crédits et l'autre sous forme de programmes conjoints¹²⁴. Dans ces circonstances, les tribunaux ont confirmé la validité de l'intervention de l'État central dans le domaine des compétences des Communautés, au nom de l'égalité des Espagnols dans l'exercice de leurs droits ou encore de la coordination économique¹²⁵.

¹¹⁹ *Id.*, art. 147.3 et 152.2.

¹²⁰ *Id.*, art. 149.

¹²¹ *Id.*, art. 148 et 149.

¹²² *Id.*, art. 143.

¹²³ *Id.*, art. 150.1 et 150.2.

¹²⁴ *Ley Organica 8/1980, de 22 septiembre de Financiación de las Comunidades Autonomas*, B.O.E. 1 d'octobre de 1980 ; et OCDE, « La gestion publique à travers les différents niveaux d'administration – Espagne », sur <http://www.oecd.org/puma/malg97/sp-fr.pdf>, mise en ligne le 15 décembre 1998. Cette dépendance a cependant été réduite par le nouvel accord de financement des Communautés autonomes (2002-2006), adopté en 2001.

¹²⁵ *La Constitution espagnole de 1978*, précitée note 117, art. 149 (1)-1 et 149 (1)-13.

Si les compétences en question étaient constitutionnalisées, on pourrait parler de véritable fédération et, conséquemment, de véritable « pouvoir de dépenser ». Mais tel n'est pas le cas, même si les lois organiques par lesquelles sont fixés les statuts et les compétences des diverses communautés ne peuvent pas être modifiées unilatéralement par une simple loi du Parlement espagnol, mais sont adoptées selon des procédures spéciales qui incluent celles prévues à leur propre statut : il ne s'agit pas formellement de règles constitutionnalisées.

3.2 Italie

Malgré les changements introduits par l'adoption le 7 octobre 2001 d'une loi constitutionnelle modifiant le statut des régions¹²⁶, le contexte reste différent en Italie, où la facilité de modification du partage des compétences se conjugait jusqu'ici à une décentralisation administrative très contrôlée pour créer une centralisation croissante. Dotée avant la guerre de l'une des constitutions les moins rigides du monde occidental¹²⁷, dont la possibilité de modification par décret a permis l'instauration du régime fasciste, l'Italie ne s'est pas encore complètement éloignée de ce contexte culturel et politique qui ne favorise pas la fixation constitutionnelle stable des institutions et invite par conséquent les autorités nationales à centraliser les compétences et les pouvoirs des structures politiques sous-centrales. Jusqu'à récemment, et bien que la constitution italienne ait esquissé le régime juridique des 15 régions à statut ordinaire et des 5 régions à statut spécial, ce régime était en effet largement complété par des lois qui, contrairement à ce qui se passe en Espagne, étaient des lois ordinaires, que le Parlement pouvait modifier à sa discrétion, une faculté dont il ne s'est pas privé semble-t-il¹²⁸.

Conséquemment, de toutes les quasi-fédérations étudiées ici, c'est sans doute l'Italie qui, par sa décentralisation administrative territorialisée à la carte, répondait jusqu'ici le mieux au modèle mandataire et qui était peut-être la plus centralisée. Mais la donne vient de changer, du moins en partie. Dorénavant, les régions peuvent choisir, en vertu de la constitution telle qu'elle se lit maintenant, certaines compétences – dont, pour ce qui nous intéresse ici, la santé et les politiques sociales¹²⁹. Toutefois, elles continuent de ne pouvoir les exercer que dans les limites fixées par le législateur national, lui même cependant désormais encadré dans cette limitation par le critère de l'« intérêt national ». Bref, les changements se résument à des nuances, elles-mêmes nuancées.

Transférées au départ en bloc, sans conditions, sur la base historique du coût des programmes nationaux dévolus au niveau régional en 1972, les sommes destinées aux fins régionales étaient depuis longtemps déjà

¹²⁶ Nous remercions M. Nino Olivetti, professeur de droit constitutionnel comparé à Padoue, qui a eu la gentillesse de nous faciliter l'accès à la portée générale de ce texte, jusqu'ici disponible uniquement en italien.

¹²⁷ BRYCE, J., « Flexible and Rigid Constitutions », dans *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1901.

¹²⁸ FURLONG, P., (1991) « Parliament in Italian Politics », WEP.

¹²⁹ *Costituzione della repubblica italiana* (1961), Gazzetta Ufficiale, 7 décembre 1961, art. 117.

devenus conditionnelles. Ainsi, dans bien des cas, la législation nationale attributive des ressources nécessaires au financement des fonctions régionales définies par lois-cadre rendrait ces transferts conditionnels non seulement au point de départ, mais pendant leur utilisation, qui resterait sous le contrôle de l'administration nationale¹³⁰. Par ailleurs la part que représentaient ces sommes dans les budgets régionaux, qui avait augmenté entre les années soixante-dix jusqu'aux années quatre-vingt-dix de 85 % à 95 %, a considérablement régressé depuis¹³¹.

Récemment toutefois, l'autonomie fiscale des régions, basée sur « leur besoin de couvrir les dépenses reliées à l'exercice de leurs fonctions ordinaires »¹³², jusqu'ici constitutionnalisée uniquement dans la mesure définie par les lois de la République¹³³, a été redéfinie par la nouvelle loi constitutionnelle du 7 octobre 2001, dans des termes cependant si flous que les spécialistes italiens refusent de les interpréter avant que la Cour constitutionnelle ne se soit prononcée, ce qu'elle ne manquera vraisemblablement pas de devoir faire.

En effet, même le partage antérieur avait suscité un important contentieux devant la Cour constitutionnelle, constamment occupée à tracer la frontière entre les matières d'intérêt national et les exigences de l'autonomie régionale. C'est dans le domaine de la santé que l'autonomie régionale avait été le plus souvent contestée, et le système mis sur pied en 1978 demeurait jusqu'à l'an dernier et même après les nombreuses modifications de 1992, 1997 et 2000, suffisamment centralisé pour être décrit comme national plutôt que régional¹³⁴.

Mais, on l'aura saisi, la nouvelle loi constitutionnelle du 7 octobre 2001, adoptée dans la foulée du néo-libéralisme ambiant, se trouve indirectement à inverser cette tendance antérieure à la centralisation, non pas au nom du principe de subsidiarité, mais comme conséquence indirecte de la privatisation d'une partie importante des services de santé, ce qui risque d'infléchir en conséquence la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans ces circonstances, bien qu'on ne puisse pas parler formellement d'un « pouvoir de dépenser » tel que défini ici comme impliquant la transgression du partage constitutionnalisé des compétences, il faut constater que la constitution italienne arrivait déjà au même résultat par d'autres moyens.

En effet, tant que la nouvelle loi constitutionnelle ne sera pas mise en vigueur, il n'y a pas lieu de parler de la transgression par l'administration centrale d'un partage des compétences dont la constitutionnalisation n'est

¹³⁰ LUPO, S., « The Changing Mezzogiorno : between representations and reality », dans GUNDLE, S. et S. PARKER, Routledge, 1996.

¹³¹ FRASCIHINE, A. et F. OSCULTATI, (1991) « Controlling Local Government : the Italian Experience », dans OWENS, J. et G. PANNELLA (dir.), *Local Government : An Institutional Perspective*, OCDE, Amsterdam.

¹³² *Costituzione della repubblica italiana* (1961), précitée note 129, art. 119 (2).

¹³³ *Id.*, art. 119 (1) « The regions shall be granted financial autonomy **within the forms and limits established by the laws of the Republic, which shall coordinate this regional autonomy with the finances of the State, of the Provinces and of the Municipalities.** » – Caractères gras ajoutés.

¹³⁴ HINE, D., « Federalism, regionalism and the Unitary State » dans *Italian Regionalism*, 1996.

pas complétée. Mais précisément parce que l'Italie n'était jusqu'ici qu'une quasi-fédération – ce qu'elle reste sans doute dans une grande mesure – le résultat concret y était analogue à celui qui caractérise le « pouvoir de dépenser », où les autorités nationales définissent par loi-cadre les règles que les régions vont appliquer dans les domaines qui, dans les fédérations, sont l'enjeu même du « pouvoir de dépenser », notamment la santé et les politiques sociales. Reste à voir ce que la privatisation – et la décentralisation constitutionnalisée qu'elle semble avoir engendrée – changeront à cet état de choses, au terme des interprétations éventuelles de la Cour constitutionnelle.

3.3 Royaume-Uni

Si l'Italie a une constitution « souple », parler de souplesse dans le contexte du Royaume-Uni, c'est emprunter, et sans doute pas par hasard, la figure de style nationale des britanniques, la *litote*... Des positivistes durs et purs – pour lesquels le droit ne saurait être qu'écrit et les constitutions non modifiables par les lois ordinaires, par ailleurs sujettes au contrôle constitutionnel – diront même que le Royaume-Uni n'a pas de constitution.

Pourtant, dans le système de *common law*, auquel il convient de se référer ici, rien n'empêche une constitution de n'être pas écrite, mais basée uniquement sur des coutumes, des principes généraux et des précédents. C'est le cas de l'Angleterre, où comme chacun sait, le principe suprême est précisément la suprématie du Parlement, en vertu de laquelle tout statut émanant du Parlement de Westminster peut modifier la situation « constitutionnelle » antérieure résultant de sources informelles et implicites. Et cela, à l'abri du contrôle de la constitutionnalité puisque la Constitution britannique offre dès lors une base trop imprécise pour fonder le contrôle constitutionnel, comme cela transparaît dans le refus même des juges britanniques de l'exercer. Car il faut remonter dans l'histoire constitutionnelle britannique jusqu'en 1610 pour trouver une affirmation de la possibilité du contrôle du législateur interne par le juge : *Bonham's Case*¹³⁵. Lord Coke y affirmait qu'une loi pouvait être invalidée pour contrariété à un principe fondamental du droit. Mais les précédents sur lesquels il s'appuyait s'avérèrent ne pas soutenir ses prétentions, et cette doctrine fut abandonnée par la suite¹³⁶, de sorte qu'il a fallu attendre jusqu'en 1991 pour qu'un tribunal britannique ne censure le Parlement, non pas au nom de la Constitution, mais par égard pour les directives de la Communauté européenne¹³⁷.

¹³⁵ (1610), 8 Rep. 118.

¹³⁶ PLUNCKNETT, T., *A Concise History of the Common Law*, 5e éd., London, Butterworth, 1956, p. 336.

¹³⁷ *Factortame Ltd. and others c. Secretary of State for Transport* (N° 2), [1991] 1 All E.R. 71. Cette décision serait advenue dans le contexte « d'une augmentation remarquable des saisies, à partir de la seconde moitié des années 80 » selon GUARNIERI, C. et P. PEDERZOLI, *La puissance de juger*, Paris, Michalon, 1996, p. 134. Ces auteurs font remarquer par ailleurs de façon plus générale que « [...] le droit communautaire s'impose désormais comme un véritable ordre juridique transnational », p. 133; dans le même sens, M. DELMAS-MARTY, écrit dans « Le rôle du juge européen dans la reconnaissance du *jus commune*, Signification et limites », (1997) *Mélanges Rolv Ryssdal*, Köln, Éditions Carl Heymanns-Verlag: « La convention est devenue "instrument constitutionnel de l'ordre européen", ce qui donne à la Cour [la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg] un statut comparable à celui d'une cour constitutionnelle supra nationale ».

Dans ces circonstances, même en admettant que le Royaume-Uni ait une constitution, cette constitution est modifiable discrétionnairement par une loi ordinaire de Westminster, et les récents statuts de « dévolution »¹³⁸, comme on désigne pudiquement la décentralisation administrative dans ce pays, n'y ont rien changé. Ainsi, le statut et les compétences de l'Écosse, de l'Irlande du Nord et du Pays de Galles peuvent être modifiés à volonté par l'autorité centrale de Westminster, limitée en cela uniquement par les éventuelles conséquences politiques de telles lois, qui resteraient par ailleurs parfaitement valide au plan constitutionnel.

L'état actuel du partage des compétences prévoit que l'Écosse dispose d'une véritable compétence législative et d'une compétence administrative générale, allant jusqu'à la modification adaptatrice des lois britanniques applicables à son territoire¹³⁹, alors que le Pays de Galles n'a pas de compétence législative et ne dispose que de pouvoirs administratifs restreints visant le financement et la direction des organismes de sécurité sociale, la définition des programmes scolaires, le soutien financier aux sociétés, la gestion des fonds structurels européens et l'application des politiques de santé¹⁴⁰. Quant à l'Irlande du Nord, elle s'est vue investie d'une compétence résiduaire sujette notamment à celles de la Communauté et du Royaume-Uni, sous réserve d'aménagement local des lois britanniques¹⁴¹, mais son statut actuel est trop instable, au moment de la rédaction de ce texte, pour faire l'objet d'une qualification.

Le partage fiscal accentue encore la vulnérabilité des entités régionales, dont le financement provient à 80 % de dotations de Westminster. Toutefois, après leur attribution par Londres, les sommes découlant de ces dotations sont en principe administrées par les unités décentralisées. C'est davantage vrai en ce qui concerne les « subventions de soutien au revenu », cependant déterminées discrétionnairement par le gouvernement central, à partir du coût estimatif des services de base¹⁴², alors que les subventions spécifiques sont « *instaurées en tant que moyen de s'assurer qu'il soit tenu compte des priorités du gouvernement central (au moyen de dispositions conditionnelles rigoureuses) que l'argent serve aux fins auxquelles il était destiné* »¹⁴³.

Quand le statut interne – non constitutionnalisé et par ailleurs non invalidable constitutionnellement – des entités décentralisées d'un pays unitaire mime à ce point non seulement les effets, mais la forme même du « pouvoir de dépenser », pourquoi aurait-on besoin d'un pareil instrument, au surplus oxymoronique hors des véritables fédérations ? Le paradoxe, présent dans toutes les quasi-fédérations étudiées ici, n'est qu'apparent : on ne devrait pas s'étonner de retrouver dans des constitutions unitaires un niveau de

¹³⁸ *Scotland Act 1998*, chapitre 46 ; *Government of Wales Act 1998* (C.38), chapitre 38 ; *Northern Ireland Act 1998*, chapitre 47.

¹³⁹ *Scotland Act 1998*, chapitre 46, art. 28.

¹⁴⁰ *Government of Wales Act 1998* (C.38), chapitre 38, art. 22 à 33.

¹⁴¹ *Northern Ireland Act 1998*, chapitre 47, art. 6.

¹⁴² Institut sur la gouvernance, « Les relations financières intergouvernementales : perspective internationale », Rapport, Ottawa, 24 février 1998, p. 45.

¹⁴³ *Id.*, p. 45. Italiques ajoutés.

centralisation visé dans certains pays fédéraux par les tenants de la centralisation que sont les défenseurs du « pouvoir de dépenser ».

3.4 Union européenne

Mais le paradoxe est encore plus grand dans l'Union européenne, qui n'a pas de constitution et n'est pas une fédération – sauf pour les constructivistes qui sont prêts à considérer qu'il y a bien là une constitution fédérale en émergence – bien que les traités qui la fondent fassent partie de la constitution de tous les États constitutants et lui attribuent des compétences législatives prépondérantes si envahissantes qu'elles feraient pâlir les constitutions unitaires, sans le contrôle que les pays constitutants détiennent via le Conseil de l'union européenne. L'imbroglio vaut pourtant d'être démêlé, ne serait-ce que pour cerner l'intérêt et les limites de ce modèle.

Tout d'abord, l'Union n'est pas un pays doté d'une constitution, mais un regroupement de 15 pays (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède) liés par trois traités successifs : Rome¹⁴⁴, Maastricht¹⁴⁵ et Amsterdam¹⁴⁶. Ces traités, qui sont au départ des instruments de droit international, sont par ailleurs intégrés dans l'ordre constitutionnel interne de tous les pays membres, de sorte qu'ils peuvent être qualifiés d'une certaine manière de « constitution externe » de ces pays. Il en résulte une nullité des dispositions constitutionnelles nationales incompatibles avec ces traités et une suprématie des directives de la Communauté sur les lois nationales¹⁴⁷.

Les compétences de l'Union étant au surplus formulées non pas comme des domaines d'intervention de l'État ou même comme des tâches, mais comme des objectifs à atteindre et des moyens pour les réaliser, on est déjà en présence d'instruments exceptionnels de centralisation, surtout si l'on considère l'ampleur et l'imprécision de ces buts et de ces moyens.

Les buts comprennent en effet rien de moins que la promotion dans l'ensemble de la Communauté d'un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, d'un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, de l'égalité entre les hommes et les femmes, d'une croissance durable et non inflationniste, d'un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, d'un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de vie, de la cohésion économique, sociale, et de la solidarité entre les États membres¹⁴⁸.

Quant aux catégories d'actions autorisées pour réaliser ces objectifs, elles comportent l'interdiction des droits de douane, une politique commerciale commune, la libre circulation des marchandises, personnes, services et

¹⁴⁴ Traité instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957.

¹⁴⁵ Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992.

¹⁴⁶ Traité d'Amsterdam, signé à Amsterdam le 2 octobre 1997.

¹⁴⁷ Traité instituant la Communauté européenne, art. 249.

¹⁴⁸ *Id.*, art. 2.

capitaux, une politique commune dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, un régime de concurrence, l'harmonisation des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun¹⁴⁹, sans exclure toute action qui paraît nécessaire pour réaliser ces objectifs dans le cadre du marché commun, l'un des objectifs de la communauté¹⁵⁰. Qui dit mieux ? Les tribunaux, bien sûr, qui ont reconnu une compétence implicite rattachée à ces compétences expresses¹⁵¹.

On serait donc en présence d'une quasi-fédération potentiellement hypercentralisée, si ce n'était du partage des compétences fiscales qui, en l'absence jusqu'à présent d'administration fiscale européenne, confie aux États-membres la perception de 99 % des ressources¹⁵² dont la levée est par ailleurs soumise à un vote unanime du Conseil de l'Union européenne. Le budget est quant à lui soumis à l'approbation du Parlement et du Conseil de l'Union européenne, ce dernier statuant à majorité qualifiée¹⁵³. Ce mécanisme exclut concrètement l'existence de tout instrument fiscal équivalent au « pouvoir de dépenser », lequel est déjà formellement inconcevable en l'absence d'une constitution fédérale classique.

Mais ce verrou que constitue le veto du Conseil de l'Union européenne sur la perception des revenus nécessaires aux dépenses de l'Union, qui a déjà fait l'objet de propositions d'abolition lors des négociations infructueuses du Traité de Nice, pourrait bien sauter avec l'extension de l'Union vers les pays de l'Europe de l'Est. Dans de telles circonstances, l'Union européenne n'aurait plus rien à envier au jacobinisme français.

4. SYNTHÈSE COMPARATIVE

Un certain nombre de traits se dégagent de cette analyse du « pouvoir de dépenser » dans d'autres fédérations et quasi-fédérations. On peut en effet distinguer trois groupes de pays en ce qui concerne les rapports de leur constitution avec le « pouvoir de dépenser » (4.1), de manière à les classer ensuite selon leur degré d'intégration de cet instrument (4.2), avant de cerner les facteurs qui sont susceptibles d'expliquer ces différences (4.3). Il devient ensuite possible d'examiner en conclusion la pertinence éventuelle pour le propos de la Commission de l'un ou l'autre mécanisme d'aménagement, formel ou non, du « pouvoir de dépenser », repérés dans ces autres constitutions fédérales ou quasi-fédérales.

¹⁴⁹ *Id.*, art. 3.

¹⁵⁰ *Id.*, art. 308.

¹⁵¹ Cour de justice des communautés européennes, 29.11 1956, *Fédéchar*, aff. 8/55, Rec. 291.

¹⁵² 94/728/CE, Eurotom, Décision du Conseil du 31 octobre 1994, relative aux ressources propres des Communautés européennes.

¹⁵³ Traité sur l'Union européenne, art. 203 et 251.

4.1 Trois groupes de pays

Le « pouvoir de dépenser » n'a pas le même statut – quand il en a un – dans tous les pays de notre échantillon. À cet égard on peut distinguer les fédérations classiques issues de l'ancien empire britannique, les fédérations classiques européennes, et les quasi-fédérations.

4.1.1 Les fédérations classiques issues de l'ancien empire britannique

L'Australie et les États-Unis ont en commun un partage des compétences constitutionnalisé, axé sur des domaines d'intervention, de même qu'une population, si non entièrement homogène, du moins excluant la territorialisation de ses minorités. Le « pouvoir de dépenser » y est constitutionnalisé, dans le texte en Australie et par la jurisprudence aux États-Unis. On y constate une centralisation par ailleurs croissante, plus accentuée en Australie qu'aux États-Unis.

4.1.2 Les fédérations classiques européennes

Ces fédérations ont en commun un partage des compétences constitutionnalisé axé, dans tous les cas, à la fois sur des domaines d'intervention étatique et sur des tâches à l'intérieur de certains de ces champs, l'absence de passé colonial récent au moment de la fédéralisation, et une population comportant plus d'une minorité, territorialisées à des degrés divers. Le pouvoir de dépenser y est absent (Suisse), conditionnel à l'accord des entités fédérées et limité également (Allemagne) ou exceptionnel et limité en théorie, mais croissant dans les faits (Belgique). Dans les deux premiers de ces pays, on constate une décentralisation beaucoup plus grande que dans les fédérations classiques issues de l'ancien empire britannique. Le cas de la Belgique est plus nuancé, pour dire le moins : car si la décentralisation y est croissante, les deux tiers des dépenses publiques continuent d'y relever des autorités fédérales, dont les transferts vers les administrations locales représentent aussi les deux tiers des revenus de ces dernières.

4.1.3 Les quasi-fédérations

Les quasi-fédérations ont en commun l'absence de constitutionnalisation de leurs partages respectifs des compétences et une décentralisation administrative territoriale plus ou moins importante, résultant de partages axés davantage sur les tâches que sur les domaines d'intervention (Espagne, Royaume-Uni), sauf dans le cas de l'Union européenne, où le modèle semble inversé, et de l'Italie, où les récentes modifications constitutionnelles impliquent une transition vers la constitutionnalisation de compétences jusqu'ici vulnérables à la législation ordinaire.

4.2 Deux classements révélateurs

À partir de ces données, on peut procéder à deux classements, dont la comparaison elle-même est fort révélatrice. Le premier reflète la pénétration du seul « pouvoir de dépenser » formel dans les constitutions fédérales, alors que le second prend également en compte les éventuels homologues du « pouvoir de dépenser » dans ces mêmes pays.

4.2.1 La pénétration du « pouvoir de dépenser » formel

Ce premier classement, qui range les pays selon le degré décroissant de pénétration du « pouvoir de dépenser » formel dans les constitutions fédérales, fait apparaître son absence tautologique dans les quasi-fédérations, qui relèvent de la décentralisation administrative territoriale.

Australie

« Pouvoir de dépenser » constitutionnalisé expressément dans le texte constitutionnel depuis le début de la fédération; aucun contrôle effectif des États constitutants qui ne détiennent de pouvoir à cet égard qu'à travers le mécanisme informel de nomination des membres d'une commission purement consultative. Vulnérabilité totale des États constitutants à l'égard du Commonwealth, qui conserve la décision finale et perçoit 75 % des impôts.

États-Unis

« Pouvoir de dépenser » constitutionnalisé par la jurisprudence, faiblement contrôlé par la « *necessary and proper clause* » et le principe, également jurisprudentiel, de subsidiarité. Aucun mécanisme politique de contrôle.

Allemagne

« Pouvoir de dépenser » constitutionnalisé mais effectivement contrôlé par le principe jurisprudentiel de loyauté et surtout par la nécessité pour les autorités fédérales d'obtenir l'accord *majoritaire* des Länder au sein du Bundesrat pour dépenser conditionnellement dans leurs champs de compétences.

Union européenne

« Pouvoir de dépenser » non constitutionnalisé en l'absence de constitution et de fédéralisme, mais dépenses conditionnelles dans le champ des compétences nationales soumises à l'approbation du Parlement et du Conseil de l'Union.

Belgique

« Pouvoir de dépenser » non constitutionnalisé expressément et limité par le principe constitutionnalisé de loyauté, mais présence de pratiques équivalentes émergeant en marge de la constitution.

Suisse

« Pouvoir de dépenser » non constitutionnalisé, formellement écarté par l'obligation de modifier la constitution par un procédé qui implique le consentement des Cantons pour tout transfert à la fédération des compétences résiduelles de base qui leur sont attribuées.

Espagne

Décentralisation administrative territoriale non fédérale du modèle mandataire et donc absence de « pouvoir de dépenser » faute de fédéralisme. Résultat équivalent obtenu par le modèle de mandataire. Financement des régions par les autorités centrales à hauteur de 80 %.

Italie

Décentralisation administrative territoriale du modèle mandataire très centralisée, à travers des transferts conditionnels contrôlés dans leur exécution, évoluant cependant vers une autonomie fiscale régionale en voie de constitutionnalisation. Bref, ici aussi absence de « pouvoir de dépenser » faute de fédéralisme. Financement des régions par les autorités centrales à hauteur de 79 % pour les régions spéciales et 42,6 % pour les régions ordinaires¹⁵⁴.

Royaume-Uni

Décentralisation administrative territoriale non fédérale très limitée et centralisée. Absence de « pouvoir de dépenser » faute de fédéralisme. Financement des régions par dotation de Westminster à hauteur de 80 %.

4.2.2 La présence de transferts conditionnels

Ce second classement – qui prend acte de l'équivalence entre le fédéralisme modifié par le « pouvoir de dépenser » formel et la simple décentralisation administrative territoriale – range les mêmes pays selon le degré décroissant de présence effective de transferts conditionnels de la part de leurs autorités centrales dans les champs attribués – constitutionnellement ou par la législation interne – à leurs unités constituantes. C'est alors que se manifeste l'effet de destruction du fédéralisme propre au « pouvoir de dépenser ».

¹⁵⁴ RAIMUNDO, L., «The Process of Decentraliation in Italy: a Focus on Regional Governments», document soumis à la Commission sur le déséquilibre fiscal en vue du symposium annulé du 13 septembre 2001.

Sur cette nouvelle base, on peut regrouper autrement les mêmes pays, en trois ensembles : ceux où les transferts conditionnels des autorités fédérales aux unités constituantes s'exercent sans contrôle, ceux où ils sont faiblement contrôlés et ceux où ils le sont efficacement.

Transferts conditionnels sans contrôle

Les pays où les transferts conditionnels sont autorisés sans contrôle sont l'Australie, l'Espagne, le Royaume-Uni et l'Italie, bref une fédération classique où le « pouvoir de dépenser » formel, constitutionnalisé dans le texte, a détruit le caractère fédéral de la constitution, deux quasi-fédérations qui ne sont que décentralisées territorialement et une dernière qui évolue vers une fédéralisation constitutionnalisée.

Transferts conditionnels faiblement contrôlés par la jurisprudence

Cette catégorie regroupe les États-Unis, où les transferts conditionnels – constitutionnalisés par la jurisprudence – sont importants et contrôlés uniquement par la « *necessary and proper clause* », de même que la Belgique, où les transferts conditionnels, non autorisés par la constitution qui tente de les contrôler par le *principe de loyauté*, commencent néanmoins à se manifester comme une pratique en marge de la constitution.

Transferts conditionnels contrôlés efficacement par des instruments politiques

En Allemagne, dans l'Union européenne et en Suisse, les éventuels transferts conditionnels de la part des autorités centrales vers les unités constituantes sont contrôlés par des mécanismes politiques institutionnels généralement efficaces : l'exigence de l'accord majoritaire des *Länders* allemands au sein du *Bundesrat*, l'accord du Parlement et du Conseil de l'Union européenne, ou le référendum nécessaire à la modification de la constitution helvétique.

4.3 Les facteurs susceptibles d'expliquer ces différences

Des facteurs susceptibles d'expliquer ces différences se dégagent de ces constantes, dont il serait étonnant qu'elles soient le fruit du hasard. Il pourrait être imprudent, sinon même prétentieux, ici plus que jamais, de parler de causalité à partir d'un échantillon aussi restreint et sélectif de fédérations, mais ces constantes, historiques, culturelles, structurelles et institutionnelles, méritent au moins d'être présentées comme des hypothèses documentées, qu'il serait éventuellement intéressant de vérifier pour l'ensemble des pays fédéraux du monde.

4.3.1 Facteurs historiques et culturels

On aura noté que le « pouvoir de dépenser » n'est véritablement constitutionnalisé sans restriction efficace, dans cet échantillon, que dans les anciennes colonies britanniques (Australie et États-Unis) qui se sont fédérées dans des contextes certes différents mais où le pouvoir impérial était transféré à des autorités centrales qui n'allaient pas renoncer à leur hégémonie. Ces données tendent à documenter, sinon confirmer, l'hypothèse selon laquelle l'instrument de centralisation que constitue le « pouvoir de dépenser » ne peut s'insérer dans une constitution fédérale qu'en l'absence d'un rapport de forces égalitaires entre les unités fédérées et la fédération, une condition qui se retrouve plus facilement dans les pays qui ont subi la colonisation que dans ceux qui se fédèrent volontairement dans l'égalité.

En effet, par contraste, le « pouvoir de dépenser » est absent ou rendu inoffensif dans les fédérations européennes regroupant des minorités anciennement autonomes qui se sont fédérées volontairement et pour de toutes autres raisons. Il s'agissait justement d'éviter la colonisation (Suisse), de concurrencer le Commonwealth, qui réunissait un marché capable de permettre des économies d'échelle que de petites principautés isolées ne pouvaient pas obtenir (Allemagne), de concurrencer les États-Unis dans des circonstances analogues (Union européenne) ou d'éviter l'éclatement (Belgique).

Tout se passe comme si ces fédéralisations volontaires, effectuées hors contexte colonial par des groupes en rapport de forces relativement égalitaire, débouchaient sur des fédérations plutôt décentralisées, excluant ou contrôlant sévèrement le « pouvoir de dépenser », alors que la fédéralisation imposée par l'Empire britannique, sans doute aussi occupé à « diviser pour régner » que respectueux des minorités situées hors du territoire métropolitain, et acceptée avec réserve par les populations visées, évolue vers une centralisation croissante aux mains d'autorités centrales héritières à cet égard du pouvoir impérial, qui constitutionnalisent le « pouvoir de dépenser » comme l'un des instruments de cette centralisation.

4.3.2 Facteurs structurels

Le facteur structurel le plus important c'est évidemment la constitutionnalisation du partage des compétences, qui distingue les fédérations classiques des quasi-fédérations et délimite en même temps la frontière que le « pouvoir de dépenser » formel, qui implique la transgression d'une règle constitutionnelle, ne franchira pas faute précisément de telle barrière. Dans les quasi-fédérations, qui relèvent en fait de la décentralisation administrative territoriale, la subordination des unités fédérées peut être obtenue par loi interne ordinaire et il n'est pas besoin de transgresser une frontière constitutionnelle pour y arriver.

Ce n'est pas dire que ces constitutions n'arrivent pas au même résultat concret par d'autres moyens, qui font bien voir par ailleurs en quoi la

décentralisation administrative territoriale dans les quasi-fédérations est équivalente dans les faits à la constitutionnalisation du pouvoir de dépenser dans les fédérations classiques : seul l'instrument (l'expédient, diraient Brooke et Claxton...) ¹⁵⁵ juridique diffère, dont le choix est dicté par l'histoire, les fédérations cherchant la centralisation, et les quasi-fédérations cherchant la décentralisation progressive. Mais au centre du parcours où elles se rencontrent, le résultat concret est le même.

On aurait pu croire qu'un autre facteur structurel, à savoir précisément le choix entre les instruments juridiques disponibles pour réaliser différentes formes de décentralisation, insérées dans les fédérations classiques aussi bien que dans les quasi-fédérations, ait lui aussi eu un effet sur l'accueil de ces différentes constitutions à l'égard du pouvoir de dépenser. On réfère ici à l'alternative entre des partages de compétences axés respectivement sur des champs d'intervention et sur des tâches à accomplir dans l'un ou l'autre de ces champs. Il semble que ce facteur ne joue pas, du moins dans les fédérations classiques. En effet, si dans les quasi-fédérations, le modèle mandataire de décentralisation entraîne tautologiquement la réplique exacte du « pouvoir de dépenser », dans les fédérations européennes classiques, la présence, à côté d'un partage des champs d'intervention, d'un partage des tâches pourtant proche du modèle mandataire ne contribue pas pour autant à l'intégration du « pouvoir de dépenser » dans leur constitution ou même dans leurs pratique constitutionnelle. C'est que dans ces cas, le contrôle du « pouvoir de dépenser » est assuré par des facteurs institutionnels.

4.3.3 Facteurs institutionnels

Certaines institutions particulières à certaines constitutions différencient les fédérations classiques issues du colonialisme britannique de certaines de celles qui, en Europe, regroupent hors de ce contexte des minorités en rapport de forces plus égalitaires : il s'agit du Bundesrat allemand, formé par des membres des gouvernements des Länder, qui dispose d'un droit de veto sur les dépenses conditionnelles, et de l'Union Européenne où le mécanisme de co-décision réservé à l'adoption des dépenses implique une majorité qualifiée au Conseil de l'Union européenne et une majorité absolue du Parlement européen ¹⁵⁶. Ces particularités institutionnelles sont bien sûr le reflet des facteurs historiques et culturels qui ont amené la fédération allemande et l'Union européenne à se regrouper. Mais elles ajoutent une dimension qui accentue la décentralisation et permet d'écarter le « pouvoir de dépenser » ou de le rendre moins invasif.

¹⁵⁵ Voir *supra* note 1.

¹⁵⁶ Voir le site http://europa.eu.int/comm/budget/budget/index_fr.htm.

5. CONCLUSION

Au terme de cette analyse qui a permis de dégager et de tenter d'expliquer des constantes dans la constitutionnalisation du « pouvoir de dépenser » dans les constitutions de certains pays fédéraux et dans l'institutionnalisation de ses homologues dans des quasi-fédérations, dont les sociétés sont comparables à celle du Canada, on débouche sur un clivage intéressant. D'une part, des fédérations classiques issues du colonialisme britannique et des quasi-fédérations relevant de la décentralisation administrative, où le « pouvoir de dépenser » ou ses homologues ne sont que peu ou pas contrôlés par des instruments surtout judiciaires et qui n'ont pas pour effet d'attribuer quelque pouvoir décisionnel que ce soit aux autorités des entités fédérées ou régionales. De l'autre, en Europe, d'autres fédérations classiques et des États regroupés par traités où des mécanismes politiques attributifs de pouvoirs réels aux unités constituantes permettent de contrôler les éventuels transferts conditionnels dont ces dernières seraient l'objet de la part des autorités centrales.

Le Canada est une ancienne colonie britannique et se rapproche à cet égard de la situation de l'Australie et des États-Unis, à ceci près que, comme en Belgique, le « pouvoir de dépenser » n'y est pas constitutionnalisé, ni dans le texte, ni par la jurisprudence, mais fait l'objet d'une pratique importante en marge de la constitution. Cette différence peut sans doute s'expliquer par la présence de la minorité francophone, majoritairement territorialisée au Québec, comme c'est le cas des minorités des fédérations européennes, qui contraste avec l'homogénéité de la population australienne et à la non-territorialisation des minorités américaines.

Le Québec et les autres provinces canadiennes n'ont évidemment rien à envier au statut subordonné des minorités des quasi-fédérations auxquelles la décentralisation administrative du modèle mandataire ne donne aucune protection contre les dépenses conditionnelles des autorités centrales dans les champs de compétence des régions. Il n'aurait non plus rien à gagner au plan de son autonomie à s'inspirer de la structure des transferts conditionnels qui sévit dans d'autres fédérations issues du colonialisme britannique.

Quant aux principes jurisprudentiels de subsidiarité et de loyauté, le premier est nuisible et le second de peu d'utilité. Le premier, qui tente de se frayer un chemin dans la jurisprudence de notre Cour suprême, est constitutionnalisé aux États-Unis, en Suisse, en Belgique et dans l'Union européenne. Il pose deux problèmes. D'une part il détruit la protection constitutionnelle des compétences des unités constituantes, dès lors soumises à des variations selon « l'efficacité » présumée d'un niveau ou l'autre de décision par rapport à un champ d'intervention, un objet ou une tâche. De l'autre il évacue l'enjeu politique véritable du fédéralisme ou de la décentralisation, qui est précisément la détermination du lieu où le pouvoir s'exerce, et qui ne saurait être choisi uniquement en fonction de facteurs économiques.

Le second de ces principes est constitutionnalisé en Allemagne et en Belgique. Dans ce dernier pays, où le statut du « pouvoir de dépenser » est très proche de celui qu'il occupe en droit constitutionnel canadien, cette règle de politesse non contraignante qu'introduit le « principe de loyauté » n'a pas réussi, là non plus, à endiguer les ambitions normatives des autorités centrales, qui ont amorcé, en marge de la constitution, une pratique de transferts conditionnels. Tout au plus peut-on croire que ce principe ait un rôle d'appoint en Allemagne, où il est conjugué à un mécanisme institutionnel autrement efficace.

Ne restent dès lors que les mécanismes politiques structurels qui caractérisent deux des fédérations européennes classiques et l'Union européenne. Il peut s'agir de la perception de l'ensemble des taxes par les unités fédérées, avec remise aux autorités fédérales des sommes qui sont nécessaires à l'exercice de leurs compétences, prévue en Suisse, en Allemagne, dans l'Union européenne et en Espagne pour le Pays Basque et la Navarre. C'est un mécanisme qui serait sans doute utile ici, dans la mesure où, obligeant les autorités fédérales à faire la preuve de la constitutionnalité des dépenses qu'elles se proposent de faire, il pourrait entraîner l'instauration d'un certain contrôle du « pouvoir de dépenser ».

On peut également penser au pouvoir de blocage qui résulte en Suisse de la nécessité de modifier la constitution pour autoriser la fédération à imposer des conditions normatives aux Cantons. Apparemment efficace dans ce pays, une telle modification est théoriquement exigible au Canada aussi, où l'on voit pourtant que les autorités fédérales ont réussi à la contourner. De même, l'autorisation nécessaire du Bundesrat allemand, conjuguée avec la quasi-exclusivité de perception des impôts dont jouissent les Länder, semblent intéressantes au premier abord. Plus encore, pour peu qu'il soit maintenu, le veto pourtant fragile qui résulte pour les pays membres de l'Union européenne de l'obligation de faire approuver ses recettes par le Conseil de l'Union Européenne semble à première vue offrir une solution intéressante. Mais même s'il s'agissait là de modifications constitutionnelles à la portée d'une minorité qui n'arrive même pas à faire respecter une constitution bien moins contraignante pour la majorité canadienne, un veto sur la perception des recettes couplé à une majorité simple et/ou qualifiée en matière budgétaire ne réglerait rien aux problèmes que pose ici le « pouvoir de dépenser ».

