

L'apport du fédéralisme à la construction européenne : l'asymétrie, instrument de protection des différences et de liberté de choix dans un cadre commun

The Contribution of Federalism to European Integration: Asymmetry as an Instrument for Protecting Differences and Freedom of Choice Within a Common Framework

Rémi Barrué-Belou

Maître de conférences en droit public, Université de La Réunion

Résumé

Les critiques à l'encontre d'organisations *supra* et internationales se font de plus en plus entendre depuis plusieurs mois à la faveur de choix souhaitant protéger les spécificités nationales. L'Union européenne n'en est pas exempte mais elle peut se servir d'un outil traditionnellement utilisé dans les systèmes fédératifs et qui permet juridiquement de reconnaître et protéger des particularités

nationales tout en maintenant un cadre commun : l'asymétrie. Revêtant les deux faces d'une même pièce, l'asymétrie *de facto* permet l'asymétrie *de jure* afin de protéger les différences tout en assurant l'égalité.

Abstract

More and more criticisms are leveled against supra or international organizations for several months due to the wish to protect national particularities. EU is one of the organizations concerned but it can use a tool existing usually in federative systems and that allows legal recognition and protection of national features in a common framework : asymmetry. With two sides of a single coin, asymmetry de facto justify asymmetry de jure so as to defend differences while protecting equality.

Sommaire

- I. L'asymétrie, instrument de compensation des différences dans les ensembles fédératifs
 - A. L'asymétrie comme instrument nécessaire à l'équilibre
 - B. L'asymétrie comme instrument de protection des différences
- II. L'asymétrie, instrument de protection des particularismes au sein d'un ensemble multinational : le cas de l'Union européenne
 - A. L'asymétrie comme instrument permettant d'adopter des mesures différenciées
 - B. L'asymétrie comme mesure de recherche d'égalité

Lorsque le terme « asymétrie » est employé afin de désigner un outil juridique dans un contexte institutionnel, il l'est généralement dans un contexte de type fédératif. Selon la logique du fédéralisme, l'égalité entre membres d'un ensemble fédératif est une condition naturelle. Lorsque des États précédemment indépendants se regroupent afin de former une nouvelle entité fédérative, un *pool* de souverainetés est *de facto* créé. Les entités transférant une part de l'exercice de leur souveraineté à la nouvelle Fédération créée reçoivent en contrepartie, par le *contrat fédératif originel* qu'est la constitution fédérale, l'assurance d'une égalité entre elles. Cette égalité constitutionnellement garantie suppose que chaque entité membre jouit d'une même place, de mêmes pouvoirs, au sein de la Fédération. Ainsi, l'égalité est capitale au moins pour les compétences les plus importantes comme l'organisation du pouvoir législatif et comme la fiscalité ou l'organisation interne des entités fédérées. Toutefois, dans chaque système fédératif existent des différences naturelles, économiques, ethniques, politiques, sociales, géographiques, religieuses ou linguistiques entre les entités composantes que l'on qualifie d'« asymétries *de facto* ». Partant de ce postulat, l'égalité réelle de chaque membre de la Fédération ne peut exister que si des statuts différents sont reconnus à chacune d'entre elles puisqu'aucune ne dispose des mêmes conditions d'existence que les autres (superficie, démographie, situation géographique favorable, poids économique, poids politique, etc.). Le statut constitutionnel de ces entités peut donc différer afin de compenser ces différences. La doctrine du fédéralisme qualifie ces mesures reconnaissant des statuts différents ou plus largement des règles différentes aux entités composant un ensemble

fédératif d'« asymétrie *de jure* »¹. En cela, le fédéralisme ne conditionne aucunement une égalité pure entre ses composantes. Daniel Elazar, grand penseur du fédéralisme, écrivait déjà en 1987 que le fédéralisme impliquait une *self rule* dans son organisation, c'est-à-dire des règles propres selon les entités². Ce principe de *self rule* suppose donc que des mesures différenciées soient permises selon les conditions physiques ou juridiques d'une entité appartenant à un ensemble fédératif³.

L'asymétrie doit alors se comprendre selon deux faces d'une même pièce, tel un Janus. Elle désigne d'abord une situation, c'est-à-dire des conditions sociales, géographiques, culturelles, économiques. En ce sens, l'asymétrie se définit comme le fait que des entités ayant des intérêts, des compositions et des caractéristiques différents coexistent dans une même société⁴. Elle désigne ainsi une réalité sociale et physique d'un ensemble territorial et peut se situer sur deux plans : socio-économique et historique ou idéologico-culturel⁵. On parle alors d'asymétrie *de facto* car elle désigne une situation d'inégalité de fait. Cependant, l'asymétrie désigne aussi des moyens mis en place pour compenser une situation de déséquilibre et d'inégalité entre plusieurs entités ou pour permettre de protéger des spécificités. Cela concerne les mesures juridiques adoptées pour permettre un rééquilibrage de conditions inégales. On parle alors d'asymétrie *de jure*⁶. D'un point de vue pratique, l'asymétrie se manifeste à trois niveaux : l'organisation des pouvoirs (législatif mais aussi exécutif), la représentation des entités appartenant à un ensemble institutionnel et l'organisation des pouvoirs financiers et fiscaux de chaque entité.

L'asymétrie *de facto* désigne différentes et nombreuses conditions. Il s'agit des conditions physiques, géographiques, sociales et démographiques. Une entité dotée d'un relief difficile (montagnes, désert, zones humides inconstructibles, etc.) sera nécessairement moins favorisée qu'une entité en plaine, en bord de mer, à un carrefour de routes. La taille du territoire sera aussi décisive car les entités à faible superficie ne permettent pas l'accueil de populations ni de nombreuses industries ou entreprises. Par voie de conséquence, il appert que les entités à forte démographie sont plus fortes économiquement et fiscalement que les entités à faible démographie. En effet,

1. Voy. R. L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, 3^eéd., Montréal et Kingston/Londres, Mc Gill-Queens University Press, Ithaca, 2008, p. 125 ; Ch. D. TARLTON, « Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation », *Journal of Politics*, 1965, vol. 27, pp. 861-874 ; R. AGRANOFF, *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999 ; D. J. ELAZAR, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, AL, University of Alabama Press, 1987, pp. 54-59 ; A. MULLINS *et al.*, in B. DE VILLIERS, *Evaluating Federal Systems*, Cape Town/Dordrecht, Juta and Co., Martinus Nijhoff Publishers, 1994 ; D. J. ELAZAR, *Federal Systems of the World: A handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, 2^e éd., Harlow, U.K., Longman Current Affairs, 1994, pp. 275-296 ; A.-G. GAGNON, *Le fédéralisme asymétrique au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006.

2. D. ELAZAR, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987, p. 12.

3. Plusieurs conditions permettent de mesurer l'existence de la *self rule* et conditionnent l'asymétrie : le degré de décentralisation ; le nombre de compétences attribuées à l'entité fédérée (dans les domaines économique, de la culture, de l'éducation, de la santé, de la police, en particulier) ; la reconnaissance de compétences résiduelles ; l'autonomie fiscale (pouvoir de créer des impôts ou des taxes dans certains domaines, d'en percevoir le produit, possibilité de déterminer l'assiette et le taux de ces impositions) ; la capacité à contracter un emprunt sans autorisation de l'entité fédérale et le degré de représentation (les organes législatif et exécutif doivent être indépendants de l'entité fédérale et être composés, pour partie ou en totalité, d'élus).

4. Voy. en ce sens Ch. TARLTON, « Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation », *Journal of Politics*, 1965, vol. 27, pp. 867 et s. ; M. BURGESS, *Comparative Federalism. Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2006, pp. 217 et s.

5. Voy. M. BURGESS, « The Paradox of Diversity. Asymmetrical Federalism in Comparative Perspective », in F. PALERMO, C. ZWILLING et K. KÖSSLER (éd.), *Asymmetries in Constitutional Law*, Bolzano, EURAC, 2009, p. 24.

6. En reprenant cette même distinction, Ronald L. Watts utilise les expressions d'asymétrie « politique » et d'asymétrie « constitutionnelle », voy. *Comparing Federal Systems*, 3^e éd., Montréal et Kingston/Londres, Mc Gill-Queens University Press, Ithaca, 2008, p. 125.

plus un territoire est peuplé, plus les forces économiques sont nombreuses et plus les recettes fiscales sont importantes. Pour compenser ces asymétries *de facto*, des mesures asymétriques *de jure* peuvent être adoptées. Les mesures asymétriques *de jure* sont les mesures prises afin de compenser une situation d'inégalité ou de difficulté qui ont pour vocation de protéger, préserver et même promouvoir la diversité et les différences ou bien les mesures permettant l'application de régimes ou de règles différents des autres entités. Elles permettent de reconnaître et protéger formellement les différences soit dans la loi, soit dans le texte constitutionnel. La question de la représentation du territoire (de l'entité) constitue une illustration spécifique de mesures asymétriques. Lorsqu'une entité appartient à un ensemble politique plus grand (Fédération, organisation supranationale), son degré de représentativité individuel (des citoyens) et collectif (de l'entité) a un impact sur son pouvoir d'action et sur son influence à l'égard des autres entités et de l'ensemble auquel elle appartient. En effet, lorsqu'il existe deux organes représentant les citoyens et les entités membres, si le second est généralement organisé selon une égalité (même nombre de représentants par entité), le premier jouit d'un nombre de représentants variable selon sa démographie. Il en résulte qu'une entité à forte démographie est davantage représentée (en nombre de représentants) qu'une entité à faible démographie. C'est le cas dans l'immense majorité des Fédérations dans le monde. Les mesures asymétriques peuvent également être inverses comme c'est le cas du Parlement européen de l'Union européenne : les plus petits États sont surreprésentés par rapport aux plus grands suivant une logique dégressivement proportionnelle. Dans ces deux cas, il s'agit de mesures asymétriques.

L'adoption de mesures asymétriques peut donc résulter de procédures législatives ou constitutionnelles mais également de procédures de négociations. Dans ce dernier cas, cela implique l'existence formelle ou informelle de réunions de dialogue entre autorités politiques ou administratives afin de définir et décider de la mise en place de politiques communes. Un processus centrifuge doit alors se mettre en place pour passer d'une décentralisation administrative à une décentralisation fonctionnelle, voire politique. Cela implique l'existence de représentants élus dans une circonscription régionale pour agir et mettre en œuvre des politiques publiques communes avec d'autres entités, que cela se fasse dans un rapport horizontal (avec d'autres entités régionales) ou dans un rapport vertical (avec l'entité nationale). Dans tous les cas, l'asymétrie instaure un véritable régime juridique différencié au sein d'un système juridique.

Au regard de ces éléments de définition de l'asymétrie, l'on constate qu'elle désigne, en partie, des situations d'inégalité et qu'elle concerne également des mesures de différenciation cherchant à compenser une inégalité. Le double aspect de l'asymétrie – *de facto* et *de jure* – en fait un concept à double face. L'analyse historique montre que l'asymétrie, depuis longtemps permise et mise en œuvre dans les Fédérations, a servi de modèle à la différenciation qui n'en est qu'un aspect limité car on ne peut placer les deux concepts sur le même plan. En effet, la différenciation ne permet la reconnaissance de règles différentes à des entités placées dans une situation statutaire identique qu'à des degrés moindres et sur autorisation législative ou constitutionnelle. En effet, sur le plan normatif, la différenciation n'est possible que si elle ne remet pas en cause le principe d'égalité. L'autonomie, sur laquelle repose l'asymétrie, peut, elle, conduire à la prise de décisions réglementaires ou législatives sans pour autant que le texte constitutionnel ait besoin de le permettre. Les mesures asymétriques peuvent également résulter de conventions passées entre Gouvernements fédérés, sans passer par le Gouvernement fédéral et sans passer par la loi fédérale. De plus, l'autonomie peut également conduire à la prise de décisions qui divergent ou

s'opposent à des normes supérieures, ce qui n'est pas le cas de la différenciation⁷. L'asymétrie peut également permettre la concurrence (notamment fiscale) alors que cela n'est pas permis par la différenciation car cela irait à l'encontre du principe d'égalité. À titre d'exemple, en France, la loi du 21 février 2022 dite « loi 3 DS » introduit la différenciation – uniquement – territoriale qui n'a pu être constitutionnalisée⁸. Elle permet des différences limitées dans les règles d'attribution et d'exercice des compétences des collectivités territoriales mais dans le respect du principe d'égalité⁹. De plus, la différenciation doit être limitée et justifiée par l'intérêt général ou des différences de situations et ne se rapporter qu'à un nombre réduit de compétences clairement identifiées. La différenciation ne peut pas remettre en cause les catégories de collectivités territoriales. Cela encadre fortement les possibilités et ne peut être vu comme une manifestation de l'autonomie des collectivités. D'ailleurs, nombre d'auteurs ont expliqué la faible portée de cette loi et de ses effets¹⁰. Il résulte de cela qu'à la différence de la différenciation ou de l'inégalité, l'asymétrie désigne deux aspects différents (un aspect de fait et un aspect normatif) et va plus loin dans la possibilité de déroger à l'égalité.

Traditionnellement incluse à tout système fédératif, l'asymétrie a depuis longtemps été un outil au service de la construction européenne. Aujourd'hui, le réflexe à la mondialisation débuté en Europe dans les années 1980 est le repli sur soi par les États afin de retrouver une certaine forme de souveraineté par l'adoption de mesures protégeant les intérêts nationaux. Ce repli n'implique pas pour autant une sortie des organisations supranationales ou internationales mais celles-ci souffrent de cette tendance¹¹. L'asymétrie constitue donc un moyen de protéger les différences tout en gardant une attache dans une organisation supranationale par la reconnaissance de régimes juridiques différenciés (coopération renforcée, intégration différenciée, mesures de *opt-out*, etc.) à l'intérieur du même système juridique. Pour cela, l'asymétrie représentera un outil central dans les futures années afin de permettre à la fois de maintenir un cadre supranational dans les relations entre États, mais en même temps de protéger les différences nationales en matière de législation pour satisfaire les manifestations de plus en plus nombreuses de protection des particularismes nationaux, voire locaux. Il paraît intéressant, pour cela, de comprendre comment fonctionne l'asymétrie et en quoi elle constitue un instrument ayant tendance à se développer et permettant de compenser des situations de différences et d'inégalité (I) puis de voir comment et dans quelle mesure l'Union européenne s'inspire de cet outil fédératif dans une logique de protection des particularismes, afin de mesurer le degré d'intégration dans une perspective évolutive à court terme (II).

7. S. MUELLER, « Self-rule and Shared Rule », *50 Shades of Federalism*, 2017, <http://50shadesoffederalism.com/theory/self-rule-shared-rule/>.

8. J.-M. WOEHRING, « Perspectives sur le droit local », *JurisClasseur*, 1^{er} septembre 2023, fasc. 30.

9. Voy. art. L. 1111-3-1 CGCT.

10. Voy. par exemple L. JANICOT, « La loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, une loi de circonstances », *Dr. adm.*, juillet 2022, n° 7, étude 9.

11. L'ONU, l'OMC ou l'OMS font l'objet de nombreuses critiques croissantes détériorant leur poids au niveau international. Dans une autre mesure, les dissensions au sein de l'Union européenne concernant la politique migratoire ou les politiques fiscales s'expliquent notamment par des choix politiques nationalistes et individuels de la part des États membres.

I. L'asymétrie, instrument de compensation des différences dans les ensembles fédératifs

Les mesures asymétriques constituent un instrument permettant de compenser des inégalités ou plus largement des déséquilibres existant entre plusieurs entités (A). Les tendances à la protection des droits des minorités et à la reconnaissance des diversités à l'intérieur des sociétés contemporaines imposent l'adoption de mesures asymétriques afin de satisfaire ces besoins manifestés depuis plusieurs dizaines d'années et dont la multiplicité récente est manifeste (B).

A. L'asymétrie comme instrument nécessaire à l'équilibre

Caractéristique du cadre fédératif, l'asymétrie représente une réponse à la volonté de recherche de réduction des inégalités. Traditionnellement, les Fédérations construites par association (qui sont les plus nombreuses) prévoyaient une réelle symétrie des pouvoirs et de leur organisation afin de donner le plus de garanties possibles aux États antérieurement indépendants, devenus des États fédérés, en contrepartie de l'abandon de leur pleine souveraineté¹². C'était également le cas dans les quasi-Fédérations comme l'Espagne, le Royaume-Uni, l'Italie ou l'Afrique du Sud. Le principe était celui de l'égalité entre les membres composant la nouvelle entité créée. Pour autant, il a été rapidement constaté que ces mêmes membres n'étaient pas dans des conditions identiques. Certains étaient très peuplés, d'autres moins, certains avaient de puissantes industries ou entreprises procurant une force économique importante à la différence d'autres entités dont le poids économique était restreint. La position géographique a également une influence extrêmement notable sur le poids des entités car le fait d'avoir accès à la mer, être frontalier avec un État étranger avec lequel les échanges sont établis et être au carrefour de plusieurs routes apporte un poids beaucoup plus grand en termes d'attractivité que si l'entité est isolée ou peu desservie. Ainsi, avoir le même pouvoir législatif et le même nombre de représentants dans l'une des chambres législatives fédérales que les autres entités membres de la Fédération ne permet pas de trouver un gain aux difficultés consubstantielles à leur situation. En conséquence, il a fallu mettre en place des mécanismes de compensation de ces inégalités géographiques, économiques, démographiques pour permettre aux entités les moins favorisées de bénéficier de mesures de réajustement. Ces mécanismes de compensation des asymétries normatives (*de jure*) peuvent être constitutionnels ou législatifs. Ils sont devenus inhérents à tout ensemble composé d'entités aux régimes juridiques divers, aujourd'hui. Toutefois, le degré et le nombre de mesures asymétriques dépendent de choix politiques.

Si l'asymétrie se retrouve dans un très grand nombre de Fédérations ou quasi-Fédérations, elle trouve de nombreuses applications (et utilités) dans les Fédérations qualifiées de « multiculturelles » ou « multinationales ». Cela n'empêche pas la présence de mesures asymétriques dans des Fédérations dites « mono-nation » mais elle acquiert une utilité toute particulière dans les cas où plusieurs langues, cultures, peuples composent un ensemble fédératif ou quasi fédératif.

B. L'asymétrie comme instrument de protection des différences

Les États n'ayant pas formellement adopté la forme fédérative mais connaissant des identités culturelles multiples ont été confrontés à des problématiques identiques à celles des Fédérations. Ils ont donc également fait le choix de la mise en place de mesures asymétriques. À titre d'exemple,

12. Voy. en ce sens R. AGRANOFF, *Accommodating Diversity. Asymmetry in Federal States*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 43-48.

l'Espagne offre un cas particulier d'asymétrie. État composé de dix-sept communautés autonomes et marqué par plusieurs formes de nationalisme (basque, galicien et catalan notamment), ces dernières bénéficient de garanties comme le droit à l'autonomie des nationalités et régions qui le composent¹³. En effet, le préambule de la Constitution de 1978 reconnaît d'emblée l'existence de « peuples d'Espagne ». La diversité qui compose la nation espagnole est donc reconnue par le texte constitutionnel tout comme un droit à l'autonomie¹⁴. Il est précisé que les provinces et les territoires insulaires peuvent se gouverner eux-mêmes, ce qui ouvre la voie à des asymétries qui sont permises constitutionnellement. Pour autant, il ne s'agit pas d'une Fédération. Il serait juste de la situer entre État unitaire et Fédération¹⁵ et de la qualifier de quasi-Fédération. En s'appuyant sur l'article 2 de la Constitution et suivant la procédure prévue à l'article 151¹⁶, quatre communautés autonomes (Galice, Pays basque, Catalogne et Andalousie) ont mis en œuvre des mesures asymétriques en demandant la jouissance d'un plus grand nombre de compétences et de davantage de pouvoirs¹⁷. Les communautés autonomes peuvent, si elles le souhaitent, demander le transfert de compétences afin de renforcer leur autonomie¹⁸.

Dans d'autres États, la possibilité juridique de prendre des mesures asymétriques est prévue dans le texte constitutionnel. Il en va ainsi pour le Canada qui, dans la Loi constitutionnelle de 1867, permet l'adoption de mesures asymétriques. Ceci s'explique notamment par le fait qu'il s'agit (depuis l'origine de la création de cet État) d'un État composé de deux populations différentes (anglophone et francophone) aux langues, religions et cultures différentes. La province du Québec a pu bénéficier de mesures asymétriques donc différentes des autres provinces. Cela concerne la gouvernance de la province québécoise, sa législation, la représentation parlementaire et les politiques publiques fédérales (venant du Gouvernement ou des chambres législatives fédérales). En premier lieu, en vertu de l'article 94 de la Loi constitutionnelle de 1867 et de l'article 23 (1) (a) de la Charte des droits et libertés contenue dans la Loi constitutionnelle de 1982, une asymétrie permet de protéger la langue française ainsi que la tradition civiliste au Québec. Des mesures identiques sont inscrites aux articles 16 et 20 de la Loi constitutionnelle de 1982 au bénéfice du Nouveau-Brunswick et à l'article 23 de la loi de 1870 sur le Manitoba¹⁹. Ensuite et en matière de pouvoirs et de législation, si les articles 91 à 95 de la Loi constitutionnelle de 1867 prévoient que les provinces ont quasiment les mêmes pouvoirs, l'article 94 donne le pouvoir au Parlement fédéral d'uniformiser

13. Art. 2 de la Constitution.

14. Voy. art. 143 de la Constitution.

15. Voy. J. J. SALOZABAL, « Spain: A Federation in the Making? », in J. J. HESSE et V. WRIGHT (éd.), *Federalizing Europe? The Costs, Benefits and Preconditions of Federal Political Systems*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 240-265.

16. « Il ne sera pas nécessaire de laisser passer le délai de cinq ans auquel se réfère l'article 148, paragraphe 2, lorsque l'initiative du processus d'autonomie est prise dans le délai prévu à l'article 143, paragraphe 2, non seulement par les Conseils généraux ou les organes interinsulaires correspondants, mais aussi par les trois quarts des communes de chacune des provinces concernées représentant, au moins, la majorité du corps électoral de chacune d'elles, et que cette initiative est ratifiée, par voie de référendum, par la majorité absolue des électeurs de chaque province, dans les termes qu'une loi organique établira ».

17. Le Pays basque et la communauté de Navarre, par exemple, bénéficient de prérogatives fiscales très importantes qui s'exercent sur la majorité des impositions, voy. F. BARQUE, « Le financement des territoires foraux en Espagne : réflexion sur une originalité du droit public financier », *R.I.D.C.*, 2017, vol. 69, n° 2, pp. 327-347 ; *id.*, « L'autonomie financière des communautés autonomes en Espagne », *RFDA*, 2012, p. 1003.

18. Voy. L. M. DIEZ-PICAZO, « L'autonomie des nationalités et des régions en Espagne », *Constitutions*, 2014, pp. 143-154 ; H. ALCARAZ, « L'État des autonomies après l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol sur le nouveau statut de la Catalogne », *RFDA*, 2011, pp. 403-422.

19. Loi constitutionnelle.

les droits civils et les droits sur la propriété, sauf pour le Québec. De même, l'article 93 reconnaît aux provinces le droit de légiférer dans le domaine de l'éducation²⁰ (dans le respect de certaines conditions) mais le Québec ne se voit pas appliquer le respect de ces conditions²¹. Encore, dans le cas de la représentation au niveau fédéral, existent des asymétries importantes. En effet, le Sénat fédéral n'assure pas une représentation égale des provinces, comme c'est pourtant généralement le cas dans les Fédérations. Les 10 provinces et les 3 territoires fédéraux sont représentés en 3 blocs régionaux de 24 sénateurs chacun. Le Québec et l'Ontario (provinces les plus peuplées) composent un premier bloc avec 12 sénateurs chacune. Le Manitoba, la Saskatchewan, l'Alberta et la Colombie-Britannique forment un deuxième bloc avec 6 sénateurs chacune. Puis, la Nouvelle-Écosse (10 sénateurs), le Nouveau-Brunswick (10 sénateurs) et l'Île-du-Prince-Édouard (4 sénateurs) forment le troisième bloc. Terre-Neuve et les Territoires du Nord-Ouest sont représentés par, respectivement, 6 et 2 sénateurs.

Une autre mesure asymétrique prévue par la Constitution canadienne – et non des moindres – concerne le droit de retrait (*opting out*). L'article 38 (3) de la Loi constitutionnelle de 1982 permet à toute province qui ne le souhaiterait pas de ne pas se voir appliquer une modification de la Constitution. Les situations sont très limitées puisque cela doit concerner les cas visés à l'article 38 (2) de la Loi constitutionnelle de 1982²² et que cela entre dans le cas de la règle du « 7/50 », c'est-à-dire dans les cas où la règle en question doit faire l'objet d'un accord entre l'entité fédérale et au moins 7 provinces représentant au minimum 50 % de la population du Canada.

Dans un autre cadre, un autre cas d'asymétrie concerne le Nigéria et la question de la religion. La Constitution, depuis 1999, reconnaît l'existence de tribunaux rendant des décisions sur la base de la charia²³ et d'autres tribunaux sur la base de la coutume²⁴. Des cours d'appel islamiques jugent sur la base du droit musulman. Un Code criminel de la charia est également entré en vigueur dans l'État fédéré du Zamfara, suivi par 11 autres États (sur 36). Ce Code et les règles de la charia ne s'appliquent qu'aux seuls musulmans et pas aux autres religions (qui représentent environ 45 % de la population²⁵). De plus, du fait des 250 ethnies et autant de langues parlées par les 219 millions d'habitants, l'article 97 de la Constitution permet à chaque État fédéré de choisir la langue utilisée dans son assemblée législative.

Il ressort de ces analyses que l'asymétrie constitue un outil intéressant dans la gestion des rapports de force entre entités dans les ensembles fédératifs. En effet, les mesures asymétriques *de jure* peuvent permettre de compenser des inégalités démographiques souvent fluctuantes, qu'elles concernent la moyenne d'âge et donc les différences entre entités à la population jeune ou âgée, mais aussi la densité de population ainsi que la gestion de la répartition des zones d'habitation (rurales, urbaines²⁶). Les tendances à la protection des particularismes et au besoin de reconnaissance de droits des minorités et plus largement dans un grand nombre d'États dans le monde semblent être une réaction aux

20. Ces conditions s'appliquent à l'Ontario, et dans certains cas à la Saskatchewan, au Manitoba, à l'Alberta et à Terre-Neuve.

21. Depuis la révision constitutionnelle de 1997, TR/97-141.

22. Article relatif à la procédure normale de modification de la Constitution.

23. Titre VII, partie I, E, art. 260 à 264 ; partie II, B, art. 275 à 279.

24. Titre VII, partie I, F, art. 265 à 269 ; partie II, C, art. 280 à 284.

25. Voy. B. ABAH, « Can Sharia Law Work in Multi-Religious Federation? », *Federations*, mars/avril 2006, vol. 5, n° 2, Ottawa, Forum of Federations, 2006, pp. 3 et 4.

26. Voy. en ce sens Ch. LEUPRECHT, « Demographic Change. A Catalyst for Federal Asymmetry », in F. PALERMO, C. ZWILLING et K. KÖSSLER (éd.), *Asymmetries in Constitutional Law*, Bolzano, EURAC, 2009, pp. 189-223.

effets considérés comme négatifs de la mondialisation. En réponse à cela, les asymétries *de jure* sont utilisées comme des instruments permettant de compenser des différences, voire des inégalités. Juridiquement efficaces, elles mettent en place un véritable régime juridique variant par rapport au droit commun et instaurant des différences parmi les entités d'un ensemble juridique national et nous allons voir qu'elle crée aussi un régime juridique différencié dans un système international.

II. L'asymétrie, instrument de protection des particularismes au sein d'un ensemble multinational : le cas de l'Union européenne

L'asymétrie, dans le cadre de l'Union européenne, se constate notamment par la diversité des régimes politiques, des politiques économiques et des conditions physiques des États membres. Elle conduit alors à l'adoption de mesures différenciées (A) afin de créer de meilleures conditions à une cohésion européenne. Elle permet de compenser certaines différences entre États membres de manière à tendre vers une meilleure égalité (B). En cela, il est possible de considérer que si l'Union européenne s'inspire de cet instrument propre au fédéralisme, elle contribue également à faire évoluer le fédéralisme par la nature unique et spécifique de sa forme d'organisation.

A. L'asymétrie comme instrument permettant d'adopter des mesures différenciées

L'asymétrie ne peut être mise en place que si elle correspond à un objectif précis et souhaité. Si ce n'est pas le cas, son efficacité en sera fortement limitée et pourra même avoir des effets néfastes. En effet, en instaurant un régime juridique permettant l'existence de situations ou de droits différenciés à l'intérieur d'un même système juridique, si les buts de ces droits à la différenciation ne sont pas clairs et ne répondent pas à un objectif précis, il en résultera une discrimination non justifiée et par là même une incohérence qui affaiblira la validité du système juridique dans son entièreté ainsi que sa légitimité auprès de la population²⁷. Les contextes historique, culturel et social (au sens large, c'est-à-dire le nombre de langues officielles, les religions pratiquées, les ethnies reconnues) constituent le soubassement sur lequel peut être justifiée une mesure asymétrique. Cet objectif doit reposer sur l'idée d'une meilleure harmonie entre les composantes d'un État ou d'un ensemble international. Toutefois, les mesures asymétriques doivent être limitées car une trop grande disparité entre membres d'un ensemble aurait pour conséquence une implosion de cet ensemble. En effet, il est manifeste que des différences de niveau économique, de choix politiques en matières fiscale, environnementale, migratoire, du travail et plus largement économique peuvent conduire à une inertie qui n'est pas aussi marquée dans les Fédérations. L'une des raisons de cela est précisément l'existence de mesures et de normes asymétriques ainsi qu'un degré d'intégration moins fort que dans un ensemble fédératif.

Sans entrer dans la réflexion du degré de fédéralisme de l'Union européenne, notamment depuis l'adoption du traité de Lisbonne, le processus d'intégration européenne s'appuie sur des traits fédératifs comme un Parlement représentant la population des États membres, une instance représentant les États membres (le Conseil européen), une instance détentrice du pouvoir exécutif définissant une politique commune à l'ensemble européen (la Commission), une cour chargée de juger en dernier

27. Le but recherché doit être celui de l'égalité des membres par des mesures d'équité. L'équité est entendue comme ce qui est juste en tant qu'il correspond à ce qui est dû à chacun. Ainsi et suivant l'énoncé commun, « l'équité est un moyen, l'égalité une finalité ».

ressort, de trancher les litiges de compétences et dont les décisions s'appliquent de plein droit au sein des États membres (la Cour de justice de l'Union européenne), une monnaie unique, etc. Des principes structurants de l'Union européenne manifestent une teinte fédérative comme la primauté du droit de l'Union sur les normes nationales dans les matières prévues, l'effet direct des normes européennes dans les systèmes juridiques nationaux ou la reconnaissance et la protection par la Cour de justice de droits fondamentaux inhérents à tout ressortissant européen. Si l'on ajoute à cela la formalisation d'une répartition des compétences entre l'Union et les États membres dans le texte fondamental qu'est le traité de Lisbonne, la reconnaissance du principe de subsidiarité, du principe de proportionnalité et du principe de coopération loyale, le caractère *sui generis* de l'organisation européenne trouve des affinités certaines avec les éléments structurants du fédéralisme. Parmi ces traits fédératifs, l'asymétrie est fortement ancrée dans le fonctionnement de l'Union européenne, notamment depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht.

Dans le cadre de l'Union européenne, c'est toute la construction par des règles communes, des procédures et des institutions qui revêt un caractère asymétrique. En effet, même si dans les domaines exclusifs de l'Union les règles sont applicables à tous les États membres, ces règles sont adoptées par des directives qui laissent le choix à chaque État membre d'atteindre un résultat identique mais avec les moyens et selon les modalités voulus par chaque État, en fonction de leur situation propre. Il s'agit donc bien d'appliquer une philosophie caractéristique de l'asymétrie. Il faut également signaler que les mesures asymétriques se sont développées et multipliées au fil des traités et en particulier à partir de Maastricht en 1992. Les traités d'Amsterdam, de Nice puis de Lisbonne ont étendu les domaines dans lesquels les mesures asymétriques s'appliquent. Toutefois, le caractère fédératif de l'entité européenne n'étant pas politiquement (ni juridiquement) reconnu, de nombreux adjectifs ont été et sont encore utilisés afin de qualifier ces mesures asymétriques. Les expressions de « géométrie variable », de mesures « à la carte », ou « d'intégration à plusieurs vitesses » qualifient ces mesures d'intégration différenciée tout en ne se risquant pas à entrer dans un champ lexical propre au fédéralisme. Il paraît important d'ajouter que les procédures ayant permis la mise en œuvre de ces mesures asymétriques ont pris des formes variées. Elles ont été inscrites dans les traités, ont été prévues par des directives mais ont également été, pour certaines, établies lors de réunions intergouvernementales grâce à des procédures de coopération.

Une manifestation typique de l'asymétrie est la procédure dite du *opt out* ou de « non-participation ». Offrant un choix de politique « à la carte » dans les domaines de la politique étrangère et de sécurité, de l'Union économique et monétaire²⁸, de la politique migratoire²⁹ (accords de Schengen), de la défense³⁰, de l'espace de liberté, de sécurité et de justice³¹ ou encore concernant l'application de la Charte des droits fondamentaux³², tout État membre peut refuser d'appliquer une disposition ou une politique commune. Si cela peut être critiqué par certains États ou responsables politiques, l'avantage est de permettre à chaque État membre de pouvoir manifester sa souveraineté en décidant ou en refusant l'application d'une disposition en fonction de ses propres besoins ou choix politiques. Toutefois et dans un objectif d'intégration tel qu'il est prévu par les traités, les champs

28. Cas du Danemark.

29. Cas de l'Irlande et du Royaume-Uni.

30. Cas du Danemark.

31. Cas de l'Irlande, du Royaume-Uni et de la Pologne.

32. Cas de la Pologne et du Royaume-Uni.

ouverts à la non-participation doivent être encadrés et limités. L'objectif étant de garder une cohérence entre les membres de l'Union européenne, les disparités dans les champs de compétences européennes doivent se limiter à quelques domaines et pas à la majorité.

Cette procédure de non-participation se manifeste à plusieurs niveaux et dans différents cadres. C'est d'abord le cas dans les domaines de coopération renforcée. Prévue à l'article 20 du Traité sur l'Union européenne et au titre III du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (art. 326 à 334), instaurée par le traité d'Amsterdam en tant que procédure d'intégration différenciée, elle permet à un minimum de 9 États membres de mettre en œuvre une intégration ou une coopération dans un domaine déterminé, faisant partie des compétences non exclusives de l'Union³³. Ainsi, les États qui le souhaitent peuvent recourir aux institutions de l'Union afin d'adopter des normes par le biais de la procédure législative. Des normes communes peuvent donc être adoptées par un minimum de 9 États membres afin de ne pas être empêché par les États réfractaires et peuvent alors se soustraire à l'obligation d'unanimité ou de majorité qualifiée. D'autres États membres peuvent se joindre à cette procédure ultérieurement, s'ils le souhaitent.

Encore, manifestation évidente de l'asymétrie, l'Union économique et monétaire associe vingt États ayant l'euro comme monnaie commune. De nombreuses mesures juridiques ont été adoptées par ses membres dans les domaines de la gouvernance économique ou financière³⁴. Les effets de ces mesures ne concernent donc que les États membres qui souhaitent y participer.

Un autre domaine marqué par l'asymétrie et concerné par la procédure de non-participation libre est l'accord de Schengen. Relatif à la circulation des personnes et prévoyant la suppression du contrôle aux frontières entre États parties à cet accord, il a d'abord concerné 5 États membres lors de son adoption en 1985. Puis, le traité d'Amsterdam de 1997 fit participer à cet accord 15 États membres de l'Union européenne (à l'exclusion de la Grande-Bretagne et de l'Irlande). Le nombre d'États membres parties à l'accord de Schengen continuera à augmenter pour atteindre 27 dont 4 États ne faisant pas partie de l'Union européenne³⁵. Quatre États membres de l'Union ont fait le choix de ne pas se voir appliquer les règles de cet accord : l'Irlande, Chypre, la Roumanie et la Bulgarie.

Enfin, même si cela n'est pas exhaustif, un autre domaine dans lequel l'asymétrie est présente est l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui met en place des mesures en matière de contrôle aux frontières, du droit d'asile, d'immigration et de coopération policière et judiciaire. Là encore, l'Irlande et le Danemark ne sont pas membres de cet espace.

Ces mesures asymétriques permettent à chaque État membre de pouvoir adapter des dispositions normatives selon ses conditions nationales et parfois de ne pas appliquer certaines décisions par des mesures différenciées. Cependant, d'autres mesures asymétriques peuvent avoir pour objet, non pas la mise en œuvre d'un régime juridique différencié mais de tendre vers une égalité.

33. Les domaines visés ne concernent pas les compétences exclusives de l'Union. Les normes adoptées ne doivent entraîner aucune discrimination ni entrave aux échanges entre les États membres et ne doivent provoquer aucune distorsion des conditions de concurrence entre ceux-ci. Cela concerne principalement les politiques communes et de sécurité, la politique de défense, le droit d'asile, l'union monétaire, l'éducation, le droit familial ou les brevets.

34. On trouve le *six-pack* et le *Pacte pour l'euro plus* adoptés tous deux en 2011, le *Mécanisme européen de stabilité* adopté en 2012, le *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance* (dit « Pacte budgétaire européen ») adopté également en 2012, la *Méthode ouverte de coordination des politiques économiques* adoptée en 2012, le *two-pack* adopté en 2013, et l'Union bancaire.

35. Norvège, Suisse, Islande et Liechtenstein.

B. L'asymétrie comme mesure de recherche d'égalité

Des mesures asymétriques dont le rôle est différent peuvent également être citées. Ces autres mesures vont avoir pour fonction de chercher à créer une certaine égalité entre plusieurs entités et en l'occurrence, plusieurs États membres de l'Union européenne. La présidence tournante du Conseil de l'Union européenne est une illustration de mesures asymétriques ayant une fonction différente. Sans entraîner de représentation inégale mais au contraire, en prévoyant une présidence tournante pour chaque État membre, les petits États bénéficient des mêmes conditions que les plus grands. En effet, la présidence est dévolue pendant six mois à chaque État membre. Son rôle est essentiel dans la procédure d'adoption des actes européens. En permettant, avec le Parlement, de pouvoir négocier et adopter les actes législatifs dans le cadre de la codécision, c'est-à-dire dans les domaines de compétences exclusives de l'Union ainsi que dans les domaines de compétences partagées avec les États membres, chaque État membre se trouve sur un pied d'égalité. Cette égalité permet ainsi de coordonner les politiques des États membres dans les domaines économiques, budgétaires, de l'éducation, de la culture, du sport ou concernant la politique de l'emploi. De plus, le Conseil de l'Union vote le budget de l'Union avec le Parlement et signe les accords internationaux. À cela s'ajoute le rôle de définir et mettre en œuvre la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union en lien avec le Conseil mais aussi avec le Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères. Cette mesure d'égalité est donc profitable à de nombreux États membres dont le poids au sein de l'Union est moindre.

Une autre mesure asymétrique concerne le nombre et l'origine nationale des commissaires européens puisque ces derniers sont issus des vingt-sept États membres. Sans pour autant les représenter, les commissaires viennent de chaque État membre et quelle que soit la dimension ou la puissance économique ou politique d'un État, chacun des vingt-sept est présent au sein de la Commission européenne. Là encore, ce mode de désignation des commissaires européens par chaque État membre conduit à favoriser les « petits » États afin de contrebalancer une inégalité *de facto* initiale.

À une échelle régionale, des mesures asymétriques ont également été prises afin de tendre vers une plus grande égalité. Dès le milieu des années 1970 et surtout après les années 1990, l'asymétrie a été mise en place dans le cadre de la construction européenne. Toujours existante, elle consiste principalement à prévoir des mesures de soutien au développement régional selon les besoins et les conditions économiques que connaissent les régions, afin de rééquilibrer les trop grandes inégalités. La mise en œuvre de ces mesures asymétriques relève notamment de procédures de négociation. Des conditions sont posées par les instances européennes en accord avec les États membres : seules les régions répondant aux critères établis sont éligibles, les projets financés doivent s'inscrire dans une stratégie à la fois nationale et régionale, toutes les sphères politiques et administratives doivent être impliquées dans le projet tout comme la société civile qui doit participer à la mise en place et à la détermination du projet et des moyens financiers provenant de plusieurs niveaux (local, régional, national, européen) doivent apporter une contribution au projet. L'une des conséquences et des objectifs de la mise en œuvre de mesures asymétriques est le renforcement des entités régionales afin de tendre vers une réduction des déséquilibres entre régions. Cela est moindre dans les États ayant une organisation fédérative, mais pour les États régionaux comme l'Espagne ou l'Italie et bien sûr les États-nations, cela a permis de donner une force financière et donc politique aux entités régionales. L'autonomie de ces dernières s'est renforcée. L'existence du Comité des régions depuis 1994 vient appuyer ces mesures de renforcement des régions. Il permet à ce que chaque région soit

représentée au sein de cette assemblée et de faire entendre les voix de celles-ci auprès des institutions européennes. De plus, des relations entre régions appartenant à des États différents se sont établies et les échanges (sur les plans politique, social, culturel, etc.) se sont multipliés, renforçant l'autonomie de celles-ci. Une logique de cohésion territoriale par la coopération a donc vu le jour reposant d'abord sur les dimensions économiques et sociales permettant à des régions différentes de partager et de participer à des programmes communs. Ces mesures asymétriques ont permis un indéniable renforcement des régions ainsi que d'accéder à une plus grande autonomie. Cela constitue un objectif affiché par la Commission européenne qui souhaite que toute entité (qu'elle soit nationale ou régionale) puisse agir comme un véritable acteur au sein de l'Union européenne. Les mesures asymétriques constituent de très bons leviers pour compenser les différences ainsi que pour permettre de stabiliser un système politique dans lequel des entités aux caractéristiques variées coexistent. Deux modalités permettent cette asymétrie : la reconnaissance de règles différentes selon les entités en fonction de leur souhait de participer ou non à un programme commun, mais aussi l'imposition de règles identiques à tous les États membres, quels que soient leurs poids économique, démographique et plus largement politique. Que cela concerne des États ou des organisations *supra* ou internationales, l'asymétrie permet de répondre aux besoins de plus en plus manifestés de garder un régime juridique propre ou adapté à des conditions particulières tout en faisant partie d'une organisation regroupant plusieurs entités. Qu'il s'agisse du respect de mesures fiscales n'ayant pas pour effet de créer une grande disparité avec les entités voisines, du maintien de certains monopoles publics dans des domaines précis en raison des effets négatifs d'une ouverture à la concurrence, des domaines économiques doivent pouvoir faire l'objet de mesures adaptées à des situations structurelles mais également conjoncturelles propres à toute entité qui appartiendrait à un ensemble institutionnel tel que l'Union européenne.

L'asymétrie, plus large que la différenciation ou la simple inégalité, représente donc un aspect essentiel de la construction européenne et fait partie des principes qui la constituent. Les tendances au repli national qui se multiplient depuis quelques années et qui semblent perdurer durant les prochaines trouveront dans les procédures d'asymétrie permises par le droit de l'Union européenne une solution à une intégration « à la carte » afin de choisir les normes juridiques qui s'appliqueront à chaque État membre dans les domaines dans lesquels l'asymétrie est permise. La volonté permanente d'extension de l'Union européenne à de nouveaux États membres comme l'Ukraine, la Moldavie, la Géorgie ou des pays des Balkans manifestée par la présidente de la Commission lors de son discours de l'Union le 13 septembre 2023 ne semble pouvoir être permise qu'en s'appuyant sur l'asymétrie. L'intégration de l'Ukraine a d'ailleurs fait l'objet de réflexions quant aux conditions exceptionnelles qui pourraient permettre son appartenance à l'Union européenne : procédure simplifiée ou plus rapide quant aux conditions de respect des règles démocratiques devant être établies par le droit ukrainien, procédure de vote à la majorité pour décider de la mise en œuvre de procédures exceptionnelles.

Le pluralisme prend une place centrale dans les sociétés démocratiques et libérales. Il adopte de nombreuses formes et existe sur différents plans. Les voix dans chaque société cherchent de plus en plus à se faire entendre, à être représentées dans les organes politiques afin de participer aux processus décisionnels qu'ils soient institutionnel ou citoyen par les enquêtes publiques, les consultations populaires ou les référendums. Or, l'urgence et la rapidité des prises de décisions dans un souci d'« efficacité » – aussi possible soit-elle si aucune vision à long terme n'est proposée par les

acteurs politiques – se conjuguent mal avec la prise en compte de ces voix diverses qui ralentissent le processus décisionnel. Pour répondre à ces volontés sociales contraires (écoute et prise en compte des diversités d'opinions et action politique rapide et efficace), l'asymétrie constitue une solution idoine. Elle permet la mise en œuvre de décisions par l'adoption de mesures juridiques aux entités qui le souhaitent, laissant le choix à celles qui refusent de les intégrer à leur système normatif la possibilité de les appliquer ultérieurement, si elles le décident. L'asymétrie est donc une réponse au besoin de pluralisme et à la prise de décision partagée dans un espace européen marqué par la diversité mais cherchant la protection de l'appartenance à un ensemble grand et fort. Plus large dans sa définition que la différenciation et plus importante dans son spectre d'actions car non soumise au respect du principe d'égalité, l'asymétrie représente un outil significatif dans la protection des particularismes sans constituer une dérogation à l'égalité. Nul besoin de faire de la voyance pour savoir que l'asymétrie a de beaux jours devant elle et qu'elle continuera à marquer la construction européenne pour de nombreuses années, en particulier si l'élargissement envisagé à de nouveaux États membres se concrétise. Elle constitue une solution à l'inertie impliquée par les procédures d'unanimité car le temps du respect des diversités et du pluralisme est plus que jamais actuel et a pris une dimension qui n'est pas prête de se réduire. Par son utilisation de l'asymétrie, l'Union européenne contribue donc à l'évolution de la pratique de l'asymétrie et par là même à l'évolution du fédéralisme, sans pour autant être classée dans la catégorie des organisations fédératives.

février 2024