

L'objectif de cette disposition serait de formaliser les opérations de « cocomisation » qui, comme nous l'avons vu, sont actuellement dépendantes de la bonne volonté des acteurs des secteurs transférés. En effet, ni la Communauté flamande, si elle se décidait un jour à renoncer à une partie des matières qu'elle assume à Bruxelles, ni la COCOF, ne peuvent en vertu du principe d'indisponibilité abandonner leurs compétences¹⁴¹. Au moyen de cet hypothétique article 138bis, les entités uni-communautaires pourraient transférer l'exercice de certaines compétences, ainsi que leur financement, en échappant au risque qu'une institution privée brandisse son droit d'être agréée, voire financée, tout en restant uni-communautaire.

Si l'intervention de la Communauté flamande est assez marginale dans les domaines des matières personnalisables à Bruxelles, certaines politiques restent fragmentées entre la COCOM et la COCOF. Nous pouvons citer le secteur du handicap dont la partie « ambulatoire » est principalement aux mains de la COCOM, alors que la partie « résidentielle » reste à la COCOF. Dans le secteur de la santé mentale, c'est l'inverse qui se produit. Un recentrage au moyen de ce nouvel article 138bis apporterait une grande simplification du secteur social-santé à Bruxelles. La lenteur et la portée limitée du mouvement de cocomisation témoignent cependant de la difficulté d'atteindre un consensus suffisant en faveur de cette option, non pas seulement au niveau fédéral, mais aussi « en intra-bruxellois ».

Une autre voie serait de recourir encore à l'article 138 de la Constitution, mais pour un nombre plus limité de matières que celles dont nous plaidons pour la régionalisation. Vu le relatif succès de la cocomisation dans le domaine de la santé, on peut se demander si les pans de politiques restées dans l'escarcelle de la Communauté française dans ce domaine ne pourraient pas être transférés en « intra-franco-phone » pour diminuer sa fragmentation. Ce scénario paraît d'autant plus imaginable que ces nouveaux transferts ne devraient concerner que des budgets limités, et ne représenteraient donc pas un poids trop lourd pour les épaules des entités réceptacles, comme le serait l'accueil de la petite enfance.

On le comprend, ces voies ne seraient à ranger qu'au rang de *second best*. Elles constitueraient des aménagements provisoires, le temps que les architectes de l'État belge posent, comme nous l'espérons, un choix résolu – mais nuancé – en faveur de la régionalisation.

141. M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'indisponibilité des compétences », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, op. cit., pp. 251-263.

L'AUTONOMIE CONSTITUTIVE DES ENTITÉS FÉDÉRÉES : BOULET OU ÉLYTRE DU FÉDÉRALISME BELGE ?

Anne-Emmanuelle Bourgaux

Chargée de cours en droit constitutionnel à l'École de droit
Université de Mons – Université libre de Bruxelles

Quentin Peiffer

Assistant chargé d'exercice à l'Université libre de Bruxelles

Jérôme Sohier

Avocat

Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles

En Belgique, les chiffres du décrochage des gouvernés à l'égard du modèle démocratique belge sont de plus en plus alarmants. Selon une enquête récente, seulement 16,5 % des Belges considèrent que notre système démocratique « fonctionne généralement bien tel qu'il est », tous niveaux de diplôme confondus¹. À l'égard du droit de vote, pierre angulaire de notre démocratie représentative, seulement un jeune sur trois estime que l'élection des représentants est « une base essentielle de la démocratie »². Cette faible proportion se retrouve aussi chez les moins diplômés³. Sans surprise, la tentation de céder à un modèle autoritaire grandit. Confier le pouvoir à « un leader fort sans l'influence du Parlement » séduit près d'un Belge sur deux parmi les moins diplômés⁴.

1. « La Belgique n'est pas une démocratie pour un Belge sur trois. Enquête », *Le Vif*, 5-11 octobre 2023, p. 15.

2. Soit 31,5 % des jeunes de 18-34 ans (op. cit., p. 13).

3. Soit 33,6 % des diplômés du Primaire + Secondaire inférieur (op. cit., p. 15).

4. Soit 46 % des diplômés du Primaire + Secondaire inférieur (op. cit., p. 14).

un Belge sur trois parmi les diplômés de l'enseignement obligatoire⁵ et un Belge sur quatre parmi les plus diplômés⁶.

Comment en est-on arrivé là ? Par habitude, méconnaissance ou nostalgie, les yeux se tournent vers les institutions fédérales et leur fonctionnement. Pourtant, comme l'épingle David Schleicher⁷, l'état démocratique d'une Fédération ne s'apprécie pas seulement en observant ses institutions fédérales. Il se scrute également au niveau de ses entités fédérées : le mode de désignation des organes fédérés, leur composition, leur organisation, les rapports qu'elles entretiennent avec les citoyens et citoyennes conditionnent tout autant la qualité démocratique d'une Fédération que les caractéristiques des organes fédéraux.

En Belgique, il faut en effet attendre 1993 pour qu'une « autonomie constitutive » soit accordée aux entités fédérées en matière d'élection, de fonctionnement et de composition des organes parlementaires et gouvernementaux fédérés. Sur le plan théorique, cette « autonomie constitutive » concerne des compétences qui permettraient aux entités fédérées de redessiner les contours de la citoyenneté qui s'exerce en leur sein, qu'elle soit électorale ou non électorale (pétition, consultation populaire, référendum, tirage au sort...). L'« autonomie constitutive » est donc le sésame juridique qui ouvre potentiellement les portes aux entités fédérées de leur agora.

En ce qu'elle annonçait un envol des entités fédérées vers de nouveaux espaces de citoyenneté, l'autonomie constitutive belge aurait pu incarner l'élytre du fédéralisme belge. Selon une analyse théorique (section 1) puis comparative (section 2), nous pointerons les déséquilibres et les faiblesses qui la condamnent au sol, avant de tracer de nouvelles pistes pour lui redonner des ailes (section 3).

Section 1. L'autonomie constitutive en Belgique : un impensé

L'autonomie constitutive en Belgique témoigne de plusieurs inattentions. D'abord, la citoyenneté fédérée est, dès les origines, délaissée par le fédéralisme belge (§ 1). Ensuite, l'autonomie constitutive qui est prévue à partir de 1993 est une autonomie constitutive inassumée (§ 2). Enfin, l'autonomie constitutive pêche par ses fragilités théoriques (§ 3).

5. Soit 33,3 % des diplômés du Secondaire supérieur (*ibid.*).

6. Soit 23,7 % des diplômés de l'Enseignement supérieur (*ibid.*).

7. D. SCHLEICHER, « Federalism and State democracy », *Texas Law Review*, 2017, vol. 95, pp. 763-820.

§ 1. La citoyenneté fédérée délaissée par le fédéralisme belge

Aux origines du fédéralisme belge, la citoyenneté fédérée est largement délaissée. Le fédéralisme belge organise les pouvoirs fédérés selon une logique de reproduction et non d'innovation : l'État fédéral transpose le gouvernement représentatif fédéral au sein des ordres fédérés. À quelques exceptions près⁸, la démocratie parlementaire fédérée est calquée sur la démocratie parlementaire fédérale. Pour les citoyens, la participation à l'élaboration des décrets et des ordonnances est aussi indirecte que leur participation aux lois. Elle l'est même davantage en raison du caractère indirect du mandat parlementaire fédéré⁹.

Quand l'élection directe est consacrée en 1993, la même logique de reproduction est à l'œuvre : le citoyen est essentiellement un électeur, et il accomplit son devoir électoral selon des modalités similaires, quelle que soit l'assemblée qu'il élit. L'agora fédérée ressemble donc à s'y méprendre à l'agora fédérale. L'État fédéral ne saisit donc pas l'occasion de la création de nouveaux espaces politiques pour innover sur le plan de la citoyenneté et de la démocratie. Si l'on admet les accointances profondes qu'entretiennent le fédéralisme et la démocratie¹⁰, c'est un paradoxe.

Non seulement l'État fédéral n'innove pas au sein des entités fédérées mais jusqu'en 1993, il les empêche de faire différemment que lui. À défaut de transfert de compétences en ce domaine et selon la logique de répartition des compétences qui est à l'œuvre¹¹, les entités fédérées ne détiennent pas les compétences pour modéliser leur agora autrement que l'État fédéral. En d'autres termes, on peut déceler dans les origines du fédéralisme belge une « logique caporalisée ou jacobine » pour reprendre la formule percutante de Marc Uyttendaele car « [e]n contradiction avec un discours officiel fondé sur l'autonomie des entités,

8. Les deux différences majeures sont : le monocalaméralisme fédéré qui s'oppose au bicaméralisme fédéral ; la place occupée par le Roi dans l'ordre fédéral en tant que pouvoir exécutif et branche du pouvoir législatif, place perdue dans les ordres fédérés.

9. Rappelons qu'avant 1993, les mandats parlementaires au sein des Conseil flamand, Conseil de la Communauté française et Conseil régional wallon étaient exercés par les parlementaires nationaux selon un système de double casquette. Sur les conséquences, en termes de démocratie, de la représentation indirecte : M. CELLI et C. ESTAS, « Le contrôle de l'élection indirecte et l'installation des assemblées », *A.P.T.*, 2020/1, pp. 118-131.

10. Pour la discussion de cette affirmation : A.-E. BOURGAUX, « Fédéralisme et démocratie – quelles affinités électives ? », in C. XHARDEZ M. COUNET, F. RANDOUR et C. NIESSEN (dir.), *50 ans de fédéralisation de la Belgique. Institutions, acteurs, politiques publiques et particularités du fédéralisme belge*, Louvain-la-Neuve, Academia, 2020, pp. 219-237.

11. Sur ce sujet, voy. ci-après § 3.

les autorités de l'État central se voyaient réserver le soin exclusif de régler, jusque dans les moindres détails, le sort des entités fédérées »¹².

Nous aimerions beaucoup écrire que l'octroi de l'autonomie constitutive en 1993 incarne un tournant qui a doté les entités fédérées d'une autonomie leur permettant de développer leur espace de citoyenneté. Comme nous le développons ci-après, le constat est beaucoup plus nuancé.

§ 2. Une autonomie constitutive inassumée

À partir de 1993, les entités fédérées sont dotées de l'« autonomie constitutive »¹³. L'effet d'annonce est maximal. Dans son « discours de clôture » ponctuant le colloque consacré à « la Constitution fédérale du 5 mai 1993 », feu le Premier ministre Jean-Luc Dehaene exposait ainsi que « l'instauration de l'autonomie constitutive est une importante donnée nouvelle, génératrice d'une dynamique propre [...] Tous les Conseils sont dotés de la compétence, fût-elle limitée, de fixer leur propre organisation. À partir de là, d'aucuns se sont mis à rêver à une Constitution propre. Soyons clairs : c'est impossible sur la base de la Constitution actuelle. Mais l'idée n'est peut-être pas aussi choquante qu'il n'y paraît. Dans la plupart des États fédéraux, les entités fédérées disposent de leur propre constitution. L'autonomie constitutive limitée, qui est actuellement réalisée, peut être un premier pas en ce sens »¹⁴.

La réalité juridique est moins grandiloquente. C'est en effet une « autonomie constitutive » peu autonome et peu constitutive qui est confiée aux entités fédérées à partir de cette date.

A. Une autonomie constitutive peu autonome¹⁵

Le Constituant prévoit que des compétences en matière d'élection, de composition et de fonctionnement des parlements d'une part¹⁶, de composition et de fonctionnement des gouvernements d'autre part¹⁷,

12. M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge. Regard sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 707-708.

13. Ces termes ne se retrouvent pas dans le droit positif mais font partie du vocabulaire politique utilisé par les auteurs de la réforme, vocabulaire repris par la presse et la doctrine. Pour un exemple : *Doc. parl.*, 1992-1993, S., n° 1063/7, 4.

14. J.-L. DEHAENE, « Discours de clôture », in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 240.

15. Pour un retour sur ce concept : Y. LEJEUNE, « Quel sens l'autonomie reçoit-elle en droit public ? », *R.B.D.C.*, 2022, pp. 187-199.

16. Révision de l'article 118 de la Constitution du 5 mai 1993. M.B. 8 mai 1993.

peuvent être octroyées au Parlement flamand, au Parlement régional wallon et au Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles, tandis que le Parlement bruxellois et le Parlement de la Communauté germanophone restent sur le carreau. Les entités n'en deviennent cependant pas pour autant maîtresses de leur élection, de leur composition et de leur fonctionnement. Le Constituant habilite le législateur spécial à désigner, de manière spécifique, quelle matière va être confiée à l'autonomie des entités fédérées. De plus, cette « autonomie constitutive » ne peut pas être mise en œuvre de manière ordinaire mais par décret spécial. En conséquence, c'est une autonomie corsetée et chiche-face qui est offerte aux entités fédérées en 1993¹⁸.

Après vingt ans d'autonomie peu autonome, la sixième réforme de l'État s'annonce ambitieuse. En effet, elle se fixe comme objectif « des entités plus autonomes »¹⁹, et fait du « renouveau politique » sa priorité²⁰. Les attentes sont grandes, pas seulement parce que le pays est bloqué par une crise politique pendant 541 jours. Elles le sont aussi parce qu'à partir des années 2010, les chiffres du fossé entre gouvernants et gouvernés deviennent alarmants, surtout auprès des jeunes. Selon l'enquête *Que vivent les 18-30 ans ?* (2014), un jeune sur deux veut changer radicalement la société. Mais seulement un sur vingt pense que voter peut vraiment changer quelque chose²¹. Selon l'enquête RTBF *Génération quoi ? – 18-34 ans* (2016), 90 % d'entre eux n'ont pas du tout/plutôt pas confiance en la politique²². Déjà, les critiques émises à l'encontre de la démocratie représentative se transforment en remise en cause de la démocratie tout court. Selon l'étude *Noir-Jaune-Blues* (2016), 70 % des sondés sont d'accord avec la proposition « Il faut un pouvoir fort pour remettre de l'ordre »²³.

18. Pour avoir une vue complète des compétences confiées à l'« autonomie constitutive » en 1993 des entités fédérées susmentionnées, le plus efficace était de se référer à l'ancien article 35 § 3 de la loi spéciale du 8 août 1980 introduit par l'article 46 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 (M.B., 20 juillet 1993). Ce paragraphe énumérait en effet les cas dans lesquels les décrets devaient être adoptés à la majorité spéciale des deux tiers et partant, identifiait les matières déferées à l'autonomie constitutive des entités.

19. La note du formateur Elio Di Rupo du 4 juillet 2011 qui présente l'accord politique sur la sixième réforme de l'État s'intitule « Un État fédéral plus efficace, des entités fédérées plus autonomes ».

20. Le deuxième chapitre de la note susmentionnée porte sur le renouveau démocratique, après le premier relatif à l'assainissement des finances publiques.

21. « Que vivent les 18-30 ans ? », rapport de recherche, Solidaris, *Le Soir*, RTBF, 11/2014, pp. 30 et 36 (en ligne).

22. J. TIRIAUX et J. PIETERS, « Génération Quoi ? – Autoportrait des 18-34 ans en Belgique francophone (avec la RTBF) », 2016, p. 30.

23. J.-B. SCHEUEUR (dir.) « Noir-Jaune-Blues 2017 – Quel monde voulons-nous bâtir ? », jan-

Malgré des objectifs ambitieux et un contexte pressant, le résultat ne peut qu'être décevant. En effet, la sixième réforme de l'État ne remet pas fondamentalement en cause la philosophie de l'« autonomie constitutive » arrêtée en 1993. De manière particulièrement confuse et alambiquée²⁴, cette réforme tentaculaire consacre un accroissement du contenu de l'autonomie constitutive dans la première phase de 2012²⁵, puis de ses bénéficiaires dans la deuxième phase de 2014²⁶. Si la Région de Bruxelles-Capitale et la Communauté germanophone font désormais partie du club, la COCOF et la COCOM restent toujours exclues.

Sans remise en cause substantielle des choix opérés par le Constituant de 1993, les entités fédérées restent donc tributaires des matières désignées au compte-gouttes par le législateur spécial. Concrètement, ce n'est toujours pas toute l'élection, toute la composition et tout le fonctionnement de ses organes politiques que les Parlements fédérés pourront désormais modéliser. C'est encore telle ou telle matière désignée par le législateur fédéral spécial (ou ordinaire pour la Communauté germanophone), et qui devra être réglée par une norme législative spéciale (décret ou ordonnance)²⁷.

C'est donc toujours une autonomie fort peu autonome qui est confiée aux entités fédérées à l'aube du XXI^e siècle, autonomie peu autonome qui s'annonce bien peu pratique pour faire face aux défis de plus en plus pressants que lancent à la Belgique un modèle représentatif essoufflé et une citoyenneté déboussolée après 541 jours de crise.

B. Une autonomie peu constitutive

Pour les entités fédérées, relever les défis de la citoyenneté et de la démocratie au XXI^e siècle avec une autonomie peu autonome, ce serait un exploit. Si cette autonomie est en outre peu constitutive, c'est une gageure. Le caractère peu constitutif de cette autonomie se marque d'une double manière. Les matières qui sont confiées par le législateur

24. Pour un précieux et solide fil d'Ariane, voy. https://www.law.kuleuven.be/icr/doc_6e_shv.

25. Lors de la 1^{re} phase : loi spéciale du 19 juillet 2012 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 en ce qui concerne l'élargissement de l'autonomie constitutive de la Communauté française, de la Région wallonne et de la Communauté flamande, *M.B.*, 22 août 2012.

26. Lors de la 2^e phase : révision du 6 janvier 2014 des articles 118 § 2 et 123 § 2 de la Constitution, *M.B.*, 31 janvier 2014 ; loi spéciale du 6 janvier 2014 portant modification de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises en exécution des articles 118 et 123 de la Constitution, *M.B.*, 31 janvier 2014 ; loi du 6 janvier 2014 modifiant la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la communauté germanophone et la loi du 6 juillet 1990 réglant les modalités de l'élection du Parlement de la Communauté germanophone, *M.B.*, 31 janvier 2014.

27. Art. 118 § 2 et 123 § 2, Const.

spécial en 1993 puis en 2012 sont distillées au compte-gouttes, et elles le sont sans cohérence ni logique.

Quel domaine est-il laissé à l'autonomie des entités ? Pourquoi une mesure plutôt qu'une autre ? La description résiste au classement et à la systématisation. En témoigne la difficulté d'offrir un aperçu des matières transférées, sans en passer par une énumération à laquelle seuls les plus courageux ne renoncent pas²⁸. À titre d'exemple, les Parlements fédérés peuvent prévoir des incompatibilités parlementaires supplémentaires. Mais non en supprimer²⁹. Ils peuvent créer de nouvelles circonscriptions et même une circonscription électorale unique³⁰, ou modifier les règles de répartition des sièges entre candidats³¹. Mais non les règles de répartition des sièges entre les listes électorales^{32,33}.

Une fois n'est pas coutume : le caractère incohérent et chiche-face de l'autonomie constitutive est relevé par les commentateurs des deux côtés de la frontière linguistique.

Dès 1993, « le caractère peu cohérent » et « modeste » de la réforme est épinglé³⁴. Les mesures confiées aux entités fédérées sont

28. J. VELAERS, « De gewestelijke volksraadpleging en het Grondwettelijk Hof, de constitutieve autonomie van gemeenschappen en gewesten et de (niet-)samenvallende Europese, federale en deelstatelijke verkiezingen », in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS et W. VANDENBRUWAENE (éds), *De zesde staatsvorming: instellingen, bevoegheden en middelen*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 257-260.

29. Art. 24bis, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 inséré par l'article 10 de la loi spéciale du 16 juillet 1993, *M.B.*, 20 juillet 1993 ; dernier alinéa de l'article 10bis de la loi du 31 décembre 1983 inséré par l'article 3 de la loi du 6 janvier 2014 (CG), *op. cit.* ; art. 12, § 5, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 inséré par l'article 4 de la loi spéciale du 6 janvier (RB), *op. cit.*

30. Art. 26 de la loi spéciale du 8 août 1980 tel que modifié par l'article 14 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 (*op. cit.*) et par l'article 3 de la loi spéciale du 19 juillet 2012 (*op. cit.*) ; art. 11 de la loi du 6 juillet 1990 tel que modifié par l'article 11 de la loi du 6 janvier 2014 (*op. cit.*). En ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale dont l'élection est organisée à partir d'une circonscription unique, elle peut les pluraliser pour autant qu'elle respecte plusieurs garde-fous liés aux garanties de représentation des deux groupes linguistiques (art. 14 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 tel que modifié par l'article 6 de la loi spéciale du 6 janvier 2014 (RB) (*op. cit.*)).

31. À propos de la compétence des entités fédérées pour modifier le mode de répartition des sièges entre les candidats au sein d'une liste : A-E. BOURGAUX, Th. GAUDIN et J.-B. PILET, « La case de tête et son effet dévolutif », in F. BOUHON et M. REUCHAMPS (dir.), *Les systèmes électoraux de la Belgique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 465-491.

32. Les Parlements fédérés ne sont pas habilités à modifier le principe de la représentation proportionnelle prévu à l'article 29 de la loi spéciale du 8 août 1980, l'article 40 de la loi du 6 juillet 1990 et l'article 20 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 – pour cette dernière, la représentation proportionnelle est tempérée par la fixation du nombre d'élus francophones et néerlandophones (17/72). Sur ce sujet, voy. *infra*, section 3.

33. Pour d'autres exemples d'incohérences : M. ELST et J. VAN NIEUWENHOVE, *De zelfinrichtingsbevoegheden van de deelstaten*, Bruges, die Keure, 2016, p. 188.

34. F. TULKENS, « L'autonomie constitutive : un nouveau concept de droit constitutionnel belge ? », *A.R.T.*, 1994, p. 164.

jugées « éparses » et « peu significatives »³⁵. L'autonomie constitutive « à la belge » est estimée « loin des expériences suisse, allemande ou américaine »³⁶.

Un quart de siècle plus tard, l'évaluation n'est pas plus élogieuse. La réforme de l'autonomie constitutive par la sixième réforme de l'État est toujours jugée « peu significative »³⁷ ou encore « plus que parcimonieu[se] »³⁸. Malgré l'extension matérielle et organique de l'autonomie constitutive, cette dernière est assimilée à une « coquille vide »³⁹ ou à un « pas de souris »⁴⁰.

En d'autres termes, il est au mieux incertain qu'après 1993, la Belgique ait réussi à dépasser « la logique caporalisée ou jacobine »⁴¹ qui la caractérise avant cette date, quand on constate le caractère parcimonieux de l'autonomie constitutive confiée aux entités fédérées à partir de celle-ci.

Cela n'est bien sûr pas sans conséquence sur l'usage qui peut en être fait sur le terrain. Comment, à l'aide de compétences confuses, les entités fédérées pourraient-elles dessiner les contours d'une citoyenneté renouvelée ? Après la sixième réforme de l'État, les chiffres du désamour entre gouvernants et gouvernés s'envolent⁴², mais les entités fédérées restent sur le tarmac. Du point de vue des citoyens et citoyennes, à une citoyenneté essoufflée succède une citoyenneté emberlificotée. Comment retrouver le fil dans le labyrinthe de cette nouvelle répartition des compétences ? Le principe de l'autonomie constitutive faisait miroiter le reflet d'une citoyenneté regonflée à bloc. Mais la complexité qui caractérise la première menace la seconde d'étouffement.

35. *Ibid.*

36. P. VANDERNACHT, « Les nouvelles règles de fonctionnement et de composition des organes des entités fédérées à la lumière des dernières réformes institutionnelles », in *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé ?*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 374. Sur ce sujet, voy. *infra*, section 2.

37. Q. PEIFFER, v° « Autonomie constitutive », in M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (dir.), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 94.

38. Q. PEIFFER et J. SAUTOIS, « L'autonomie constitutive après la Sixième réforme de l'État », in *La Sixième réforme de l'État (2012-2013). Tournant historique ou soubresaut ordinaire ?*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit public de l'ULB les 25 et 26 avril 2013, Limal, Anthemis 2013, p. 103. Dans le même sens : M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Limal, Anthemis 2014, p. 812.

39. Q. PEIFFER, v° « Autonomie constitutive », *op. cit.*, p. 96.

40. M. ELST, « De constitutieve autonomie: muizenstapjes, maar wel meer muizen », in A. ALLEN, B. DALLE, W. PAS, J. VAN NIEUWENHOVE et W. VERRIJDT (éds), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Bruges, die Keure, 2014, p. 321.

41. M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 707-708.

42. Voy. les chiffres cités ci-dessus.

§ 3. L'autonomie constitutive, péché originel du fédéralisme belge

Nous venons de relever le caractère incohérent et inabouti de l'autonomie constitutive telle qu'elle est organisée en 1993, puis en 2012-2014. Mais il y a plus. À notre avis, l'« autonomie constitutive » est *ab initio* marquée par le sceau d'un impensé, ou plutôt d'un mal pensé : celui d'envisager l'élection, la composition et le fonctionnement des organes fédérés comme des compétences matérielles comme les autres et qui pourraient à ce titre, être transférées par morceau. Or, est-il certain que ces matières, qui, on l'a dit, sont les outils qui permettront aux entités fédérées d'organiser leur agora et de définir la citoyenneté qui se noue en leur sein, peuvent être assimilées conceptuellement à des compétences matérielles telles que, par exemple, le tourisme, la gestion des forêts ou le contrôle des films ? Rien n'est moins certain pour plusieurs raisons.

D'abord, l'« autonomie constitutive » à la belge consacrée par la Constitution et les lois institutionnelles réduit les rapports entre État fédéral et entités fédérées à une plate-forme de distribution de compétences matérielles législatives. Tout se passe comme si « tout » devait être passé à la moulinette des compétences matérielles. Or, « tout », dans un État fédéral, ne peut être réduit en ces termes. L'autonomie constitutive belge illustre l'impasse dans laquelle conduit une telle réduction. Si l'on admet que les matières (partiellement) transférées aux entités fédérées au titre de l'autonomie constitutive sont intimement liées à la qualité démocratique de ces entités, l'impasse est manifeste. Peut-on sérieusement considérer que le caractère démocratique d'une entité politique est une compétence matérielle comme une autre, et à ce titre, qu'elle peut faire l'objet de transferts partiels, à la fois dans son contenu et à l'égard des entités bénéficiaires ? Implicitement mais nécessairement, cela revient à considérer que la démocratie pourrait être la compétence exclusive – et donc le monopole – de telle ou telle entité, à l'exclusion des autres, ce qui n'a pas de sens.

En réalité, l'autonomie constitutive à la belge est une illustration parfaite de la pertinence de l'objection formulée par Olivier Beaud qui dénonce « [l]a vision réductrice de la répartition des compétences ou la focalisation sur la répartition de la compétence législative »⁴³. Selon lui, « la question de la répartition des "pouvoirs" ne peut certainement pas se limiter à cette seule question du pouvoir législatif envisagée

43. O. BEAUD, « La répartition des compétences dans une Fédération. Essai de reformulation du problème », *Jus Politicum*, 2016, n° 16, p. 194.

uniquement sous l'angle de la distribution des matières législatives entre Fédération et États-membres »⁴⁴.

Ensuite, en attribuant les compétences en matière de composition, d'élection et de fonctionnement comme des compétences matérielles législatives classiques, cela suppose implicitement mais nécessairement que ces entités fédérées ne disposent pas *ipso iure* d'une compétence auto-organisationnelle dès leur création. Or, est-il possible de créer des nouveaux parlements sans qu'ils soient dotés *ab initio* des attributions leur permettant de jouer un rôle crédible en tant que parlement dans un régime démocratique ? Cela nous semble scabreux depuis le prisme du fédéralisme, pour les raisons qui viennent d'être exposées ci-dessus. Mais cela est aussi bancal depuis le prisme du parlementarisme : un parlement privé de la compétence de régler son élection, son fonctionnement, le statut de ses membres, la manière dont il adopte ses normes et ses relations avec les destinataires des normes qu'il édicte, n'est-ce pas un parlement-croupion ? C'est enfin fragile sous le prisme de la démocratie. En effet, créer une entité politique compétente pour adopter des normes obligatoires à l'égard des citoyens et citoyennes en pleine autonomie, sans lui reconnaître une capacité de modéliser tous les aspects de ses propres pouvoirs, cela revient à priver ces citoyens et citoyennes de décider, même indirectement, de leur place au sein de cette entité, et des conditions du dialogue démocratique qui s'y noue. À l'inverse, la Belgique aurait évité ces écueils en reconnaissant pleinement *ab initio* la compétence des parlements fédérés sur leur fonctionnement, leur élection et leur composition, tout en définissant dans la Constitution les principes fondamentaux communs à l'ensemble de la Fédération.

Par ailleurs, la fragilité conceptuelle de l'autonomie constitutive apparaît quand on tente de différencier l'autonomie constitutive d'une part, la compétence réglementaire interne reconnue aux parlements fédérés dès 1980 d'autre part. Dès leur création, le législateur (spécial) reconnaît aux entités fédérées une certaine compétence d'auto-organisation via la compétence d'adopter leur propre règlement⁴⁵. L'autonomie constitutive est partielle et soumise à décret spécial ; l'auto-organisation est complète et s'exerce par la voie réglementaire. Or, comment distinguer le « fonctionnement » visé par l'article 118 de la Constitution et l'organisation interne des parlements visée par les lois institutionnelles ?

44. *Ibid.*, p. 197.

45. Art. 44 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ; art. 28 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises ; art. 44 de la loi ordinaire du 31 décembre 1983.

La section de législation du Conseil d'État répond à cette question en excluant de la compétence réglementaire des parlements les matières qui « concernent les droits et obligations des tiers »⁴⁶. Mais cela ne dissipe pas pour autant la confusion. En témoigne la disparité juridique qui caractérise, par exemple⁴⁷, le droit de pétition. Dès 1980, les Parlements fédérés peuvent régler le droit de pétition via leur règlement, comme le font la Chambre et le Sénat. En 1993 et 2014, les parlements fédérés deviennent compétents pour modifier, abroger ou compléter par décret/ordonnance spécial(e) l'article 41 de la loi spéciale qui consacre le principe de l'interdiction de présenter en personne des pétitions⁴⁸. Compétents pour modéliser le droit de pétition par la voie de leur règlement, les Parlements doivent-ils régler désormais le droit de pétition par décret/ordonnance spécial(e) ? En pratique, on assiste à une adoption d'actes juridiques en cascade dont l'articulation est brumeuse⁴⁹. À nouveau, la dispersion des dispositions applicables nuit à l'accessibilité de celles-ci par les citoyens, alors que l'objectif de ces réformes est de revaloriser la citoyenneté.

Enfin, un dernier élément illustre la faiblesse théorique de l'autonomie constitutive. Comment s'articulent les compétences de l'État fédéral et des entités fédérées dans les matières confiées aux entités fédérées au titre de l'autonomie constitutive ? Étrangement, la question de savoir si l'État fédéral conserve ou non des compétences dans les matières confiées aux entités fédérées au titre de l'autonomie constitutive reste plongée dans l'ombre. Par exemple, en exécution des Assises de la démocratie, l'État fédéral limite en 1999 le cumul des mandats détenus par les parlementaires fédérés⁵⁰ malgré l'autonomie constitutive accordée au Parlement flamand et au Parlement wallon en 1993 pour prévoir des incompatibilités supplémentaires⁵¹. Était-il encore compétent pour ce faire ? L'habilitation confiée par le législateur spécial aux entités

46. Avis n° 68/041 (AG) du 29 décembre 2020.

47. Sur la disparité juridique qui caractérise les avancées fédérées en matière de tirage au sort, voy. *infra*, section 3, § 3.

48. Art. 49, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, tel que modifié par l'article 49 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 (*op. cit.*) ; nouvel art. 31bis de la loi spéciale du 12 janvier 1989 introduit par l'article 11 de la loi spéciale du 6 janvier 2014 (RB) (*op. cit.*) ; art. 45 de la loi du 31 décembre 1983 rétabli par l'article 6 de la loi du 6 janvier 2014 (*op. cit.*).

49. Par exemple, la Région wallonne réforme le droit de pétition en 2020 et en 2021 (décret spécial du 3 septembre 2020, M.B., 11 septembre 2020 ; décret ordinaire du 3 septembre 2020, M.B., 10 septembre 2020 ; modification du Règlement P.W., *Doc. parl.*, 2019-2020, 198/1 ; décret ordinaire du 24 juin 2021, M.B., 12 juillet 2021 ; modification du Règlement P.W., *Doc. parl.*, 2020-2021, 548/1).

50. Nouvel art. 24bis § 2ter, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 introduit par l'article 2 de la loi spéciale du 4 mai 1999, M.B., 28 juillet 1999.

51. Art. 24bis, § 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

fédérées précise qu'il s'agit d'une « possibilité » pour celles-ci de prévoir des incompatibilités supplémentaires⁵², ce qui accroît l'ambiguïté de l'autonomie qui leur est accordée. Sont-elles désormais seules compétentes pour ériger des incompatibilités supplémentaires, en pleine autonomie ? Ou sont-elles aussi compétentes, aux côtés de l'État fédéral ? Le principe de l'exclusivité des compétences sur lequel est fondé le fédéralisme belge est en tension. Quand la Région wallonne limite à son tour le cumul parlementaire en 2010, la tension juridique est maximale. Saisie de la question de la compatibilité de la réforme fédérale avec la réforme fédérale antérieure, la Cour constitutionnelle botte en touche⁵³. À nouveau, cet angle mort n'illustre pas seulement la fragilité de l'autonomie constitutive sur le plan juridique. Il mine son efficacité sur le plan de la citoyenneté. Comment mener des réformes lisibles et efficaces quand les autorités compétentes sont multiples et indécises ? Du point de vue des citoyens, vers qui se tourner pour réclamer telle ou telle réforme ?

Résumons-nous. À partir de 1993, l'autonomie constitutive est apparue comme une belle échappée dans les horizons représentatifs bouchés de la Belgique. Mais ses fragilités théoriques freinent son élan et compromettent son envol.

Dans le même temps, malgré des rendez-vous périodiques au chevet de la démocratie⁵⁴, l'État fédéral privilégie le *statu quo*. La démocratie représentative fédérale évolue peu. La citoyenneté des Belges reste essentiellement une citoyenneté électorale. Amarrée à la citoyenneté fédérale, la citoyenneté fédérée, malgré son dynamisme⁵⁵, est donc freinée par l'immobilisme de l'État fédéral, en particulier constitutionnel.

Comme elle est fondée sur une répartition des compétences à la fois bringuebalante et lésineuse, et qu'elle est limitée par un carcan constitutionnel figé, l'autonomie constitutive peine à offrir aux entités fédérées un cadre qui leur permettrait d'honorer les défis auxquels le gouvernement représentatif fait face au XXI^e siècle.

52. *Ibid.*

53. De manière laconique, la Cour met de côté la réforme fédérale car elle « ne garantit cependant pas aux parlementaires régionaux et communautaires qu'ils pourront toujours cumuler leur mandat avec une fonction de bourgmestre, d'échevin ou de président d'un conseil de l'aide sociale » (C.C., 28 juin 2012, n° 81/2012, B.8.1).

54. On peut citer les Accords de Gesves (partis politiques, 1994), les Assises de la démocratie (partis politiques, 1997), les Commissions réunies pour le renouveau politique (Chambre et Sénat, 2001-2002), le Groupe de Travail Renouveau politique (Chambre, 2017), le Rapport d'information sur la nécessaire modernisation de notre système démocratique (Sénat, 2020-2021).

55. Sur ce sujet, voy. *infra*, section 3.

Si l'on se tourne pourtant vers les autres États fédéraux, on observe que d'autres modélisations de l'autonomie constitutive des entités fédérées sont possibles, et qu'elles gagnent à être observées de près. Tournons-nous à présent vers ces autres modèles pour y chercher une source d'inspiration.

Section 2. L'autonomie constitutive en droit comparé : une source d'inspiration

En matière d'autonomie constitutive, la Belgique fait figure d'exception parmi les États fédéraux. Après avoir épinglé que l'autonomie constitutive est un précieux marqueur du degré de fédéralisme d'un État (§ 1), nous verrons que dans plusieurs États fédéraux, les entités fédérées jouissent d'une véritable autonomie constitutionnelle (§ 2). Nous montrerons ensuite que l'autonomie des entités fédérées peut également porter sur les droits des citoyens et leur participation politique (§ 3). Nous nous attarderons enfin sur l'expérience catalane (§ 4).

§ 1. L'autonomie constitutive, condition nécessaire du fédéralisme ?

Dans un État fédéral, les entités fédérées devraient-elles nécessairement avoir le pouvoir d'adopter leurs propres règles de fonctionnement, voire leur constitution ? La réponse à cette question est nuancée.

Un examen rapide des trois fédérations « classiques » que sont les États-Unis, la République fédérale d'Allemagne et la Confédération suisse inviterait à répondre par l'affirmative. Chaque État américain, land allemand et canton suisse dispose de sa propre constitution et d'aucuns vont jusqu'à en déduire que l'autonomie constitutionnelle représenterait « le critère décisif de l'État fédéral »⁵⁶. Une telle conclusion nous semble cependant trop hâtive. En effet, l'autonomie constitutionnelle n'est pas une caractéristique nécessaire d'un État fédéral : il ne s'agit que d'un marqueur, parmi d'autres, du caractère plus ou moins approfondi du fédéralisme à l'œuvre⁵⁷. La Belgique et le Nigeria sont ainsi dépourvus de constitutions fédérées. Sa consécration permet malgré

56. V. MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons, Bâle/Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn*, 1999, p. 532. Voy. également P. POPELIER, « Hoe wezenlijk is grondwettelijke autonomie voor federale deelstaten? », *TvCR*, 2014, p. 118.

57. P. POPELIER, « Subnational multilevel constitutionalism », *Perspectives on federalism*, 2014, vol. 6 (2), p. 4.

tout – et sans être décisive – de positionner, entre autres indicateurs, les États fédéraux selon leur état d'aboutissement, voire de maturité⁵⁸.

Plus généralement d'ailleurs, si le fédéralisme présente certaines caractéristiques relativement claires, le contexte propre à chaque fédération et la diversité qui en résulte « rend[ent] vaine toute velléité de proposer une description exhaustive et prescriptive du fédéralisme »⁵⁹. Il suffit pour s'en convaincre de constater l'émergence de dynamiques politiques qui se soucient peu des classifications traditionnelles⁶⁰. Selon cette approche *dynamique*, « les systèmes politiques sont ordonnés sur ce spectre en fonction d'un barème général calculé suivant trois axes : un premier axe mesure l'autonomie dont disposent les unités sub-étatiques, un deuxième observe la cohésion du système dans son ensemble, et un troisième lie les deux premiers axes en se concentrant sur la participation, ou ce qu'on appelle souvent la "gouvernance partagée" »⁶¹. Sur la base de cette grille de lecture, l'autonomie constitutive n'est qu'un des paramètres qui permet de caractériser un système politique et de le situer suivant un barème allant de « très centralisé » à « très décentralisé ». Cette approche dynamique permet d'analyser, au regard d'une vision moins statique du fédéralisme, des systèmes institutionnels tels que celui de l'Espagne qui est traditionnellement considéré comme un État *régional*⁶².

58. P. POPELIER, « Hoe wezenlijk is grondwettelijke autonomie voor federale deelstaten? », *op. cit.*, p. 119.

59. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GÉLINAS, « Prolégomènes à une étude renouvelée du fédéralisme », in J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GÉLINAS (éds), *Le fédéralisme dans tous ses états*, Brussels/Québec, Bruylant/Yvon Blais, p. 3.

60. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GÉLINAS, « Prolégomènes à une étude renouvelée du fédéralisme », *op. cit.*, p. 3 ; P. POPELIER, *Dynamic Federalism*, Londres, New York, Routledge, 2021.

61. P. POPELIER, « Le fédéralisme dynamique », in F. MATHIEU, D. GUÉNETTE et A.-G. GAGNON (dir.), *Cinquante déclinaisons de fédéralisme : théorie, enjeux et études de cas*, coll. Politeia, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 127.

62. Comme le relève d'ailleurs R.L. Watts, déjà en 2002, « l'Espagne est donc une fédération à tous les égards sauf de nom, et ses dix-sept communautés autonomes possèdent des pouvoirs constitutionnels leur assurant un degré considérable d'autonomie. L'Espagne est aujourd'hui l'un des pays les plus décentralisés d'Europe mais la régionalisation politique est davantage le fait de stratégies partisans, de la concurrence et de la négociation au sein d'un cadre institutionnel relâché que d'un mandat constitutionnel » (R.L. WATTS, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^e éd., Institut des relations intergouvernementales, Queen's University, 2002, p. 33).

§ 2. L'autonomie constitutionnelle dans les États fédéraux⁶³

Plusieurs constitutions fédérales posent explicitement le principe selon lequel chaque entité fédérée dispose de sa propre constitution. Il en va notamment ainsi en Afrique du Sud, en Argentine⁶⁴, en Autriche, au Brésil, au Mexique et en Suisse.

Dans d'autres pays, à l'instar de l'Allemagne⁶⁵ ou des États-Unis, l'autonomie constitutionnelle est moins explicitement affirmée mais résulte clairement de la constitution fédérale ou de l'histoire constitutionnelle. Comme nous l'avons indiqué, les entités de certains États fédéraux ne disposent pas de leur propre constitution, à l'instar de la Belgique, de l'Espagne ou du Nigeria⁶⁶. Dans des fédérations telles que l'Inde, l'Afrique du Sud ou le Canada, seule une entité fédérée dispose de sa propre constitution, soit en raison de données constitutionnelles (l'Inde) soit pour des raisons propres⁶⁷.

Derrière cette donnée, plusieurs questions se posent sur la dynamique dans laquelle s'inscrivent les entités fédérées et l'Autorité fédérale en ce qui concerne l'autonomie constitutive.

Premièrement, quel rôle joue la fédération dans le processus constitutionnel fédéré ? Aux États-Unis, la Fédération n'a pas contrôlé les constitutions des treize premiers États mais par la suite, elle n'a admis que les nouveaux États dont la constitution était compatible avec la Constitution fédérale, sur la base de conditions imposées par le Congrès. Lors de la réunification allemande, la République fédérale n'a imposé aucune condition aux Länder de l'ancienne République démocratique.

63. R.L. WATTS, « States, Provinces, Landers, and Cantons: International Variety Among Subnational Constitutions », *Subnational Constitutional Governance*, Actes d'un colloque tenu du 16 au 18 mars 1999 à Pretoria (https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=b0955cb5-3af0-310c-a191-a36666228453&groupId=252038), pp. 11 et s. ; G.A. TARR et M. BURGESS, « Sub-national constitutions in federal systems », *Forum of Federations*, juin 2021.

64. R. RAMÍREZ CALVO, « SubNational Constitutionalism in Argentina. An Overview », *Perspectives on Federalism*, 2012, vol. 4 (2), p. 74.

65. Il faut rappeler qu'en Allemagne, avant l'avènement de la République de Weimar en 1918, le fédéralisme allemand se caractérisait par son caractère monarchique, en ce sens que les entités fédérées étaient issues des royaumes, grands-duchés, duchés, principautés et villes libres s'étant associés au sein de la Confédération d'Allemagne du Nord en 1867 puis de l'Empire allemand en 1871. Cf. M. FROMONT, « Le constitutionnalisme allemand », *Pouvoirs*, n° 66, pp. 11 et s.

66. J.L. MARSHFIELD, « Authorizing Subnational Constitutions in Authorizing Subnational Constitutions in Transitional Federal States », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 41, pp. 585-638.

67. G.A. TARR et M. BURGESS, « Sub-national constitutions in federal systems », *op. cit.*

En Suisse, la Confédération « garantit les constitutions cantonales »⁶⁸. Cette *garantie* signifie que l'Autorité fédérale contrôle la conformité des dispositions constitutionnelles cantonales au droit supérieur. Généralement, les juridictions suprêmes fédérales assurent le respect de l'ordre constitutionnel fédéral. Nous le verrons avec le cas catalan, une telle intervention peut s'avérer particulièrement délicate dans un contexte de méfiance vis-à-vis d'une institution juridictionnelle considérée comme représentant non la fédération, mais les autorités centrales.

Deuxièmement, indépendamment d'un tel contrôle, dans quelle mesure la constitution fédérale limite-t-elle l'autonomie constitutionnelle des entités fédérées⁶⁹ ? Ici aussi, les modèles diffèrent. Aux États-Unis, à part la *supremacy clause* en vertu de laquelle le droit fédéral prime le droit des États⁷⁰, la Constitution fédérale est muette sur ce que peut ou doit contenir une constitution étatique. En Allemagne, la Loi fondamentale impose que « l'ordre constitutionnel des Länder [soit] conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social » et dispose que, « dans les Länder, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret »⁷¹. De telles *clauses d'homogénéité* se retrouvent dans d'autres constitutions, notamment en Autriche⁷². Certaines constitutions sont bien plus précises, à l'instar des constitutions mexicaines ou brésiliennes. Dans cette dernière, la constitution fédérale limite le nombre de députés fédérés et la durée de leurs mandats ou leur plafond de rémunération. Au Mexique, la constitution fédérale fixe des règles précises quant à l'élection et la réélection du gouverneur et à certaines garanties en matière électorales⁷³.

68. Art. 172.2 Const. suisse. Voy. V. MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, op. cit., p. 455.

69. Voy. quelques exemples de spécificités constitutionnelles aux États-Unis, en Allemagne et en Suisse in Q. PEIFFER, « L'autonomie constitutive des entités fédérées », C.H. CRISP, vol. 2350-2351, 2017, n° 25-26, pp. 12 et s. ainsi que l'étude de cas de G.A. TARR et M. BURGESS, « Sub-national constitutions in federal systems », op. cit., pp. 14 et s.

70. Et sous réserve du quatorzième amendement de la Constitution qui fixe la résidence comme seul critère pour la citoyenneté étatique.

71. Cf. également l'article 142 de la Loi fondamentale allemande, en vertu duquel, « nonobstant [la règle de primauté du droit fédéral], les dispositions des constitutions des Länder demeurent également en vigueur pour autant qu'elles garantissent des droits fondamentaux en accord avec [...] la présente Loi fondamentale ».

72. La Constitution autrichienne détaille également la structure et le fonctionnement des Länder (voy. P. BUSSJÄGER, « Very Small Worlds: The Austrian Länder as Constitutive Units of the Austrian Federation », *L'Europe en Formation*, 2013/3, vol. 369, pp. 71-85).

73. G.A. TARR et M. BURGESS, « Sub-national constitutions in federal systems », op. cit., pp. 14 et s.

Indépendamment de ces questions formelles, il est permis de s'interroger sur les facteurs qui peuvent expliquer les différences entre ces systèmes constitutionnels infra-étatiques.

Le premier est évidemment l'origine de la fédération. Selon qu'il s'agit d'un fédéralisme d'intégration (ou d'association) ou de désintégration (ou de dissociation), l'autonomie constitutionnelle différera. Les États-Unis, initialement créés par treize États indépendants, ne sont pas la Belgique ou l'Espagne, anciennement unitaires. Ce facteur peut expliquer l'espace qui sera laissé aux entités fédérées dans leur autonomie constitutionnelle mais n'explique assurément pas tout. Dans un fédéralisme d'association, les entités fédérées disposent déjà de leur système institutionnel et elles chercheront, a priori, à conserver leur autonomie – ainsi que les pouvoirs résiduels – dans la mesure où cette autonomie s'inscrit dans le cadre fédératif. Comme le relèvent G. Alan Tarr et Michael Burgess, certains États nord-américains ont menacé de ne pas intégrer les États-Unis si les États n'étaient pas libres de déterminer leurs propres lois sur l'esclavage⁷⁴. Évidemment, les États fédéraux issus d'une association connaissent des évolutions institutionnelles qui peuvent tendre vers une certaine centralisation, en défaveur de l'autonomie originelle. Dans un fédéralisme de dissociation, on assiste à une logique inverse. L'autorité centrale ne cède de pouvoirs que pour aboutir aux objectifs de la nouvelle fédération et les nouvelles entités ne sont pas en capacité de négocier directement leur autonomie, ni en ce qui concerne les pouvoirs résiduels, ni en ce qui concerne une éventuelle autonomie constitutive⁷⁵.

Un deuxième facteur tient à la pluralité ethnique, linguistique ou religieuse au sein de la fédération. Dans de telles situations, l'espace constitutionnel fédéré est généralement réduit pour éviter le risque, précisément, de menacer l'unité nationale. Ainsi, en Inde ou en Afrique du Sud, a-t-il été décidé de réduire sensiblement l'autonomie en raison des différences ethniques ou religieuses, parfois profondes, qui divisent déjà ces pays. Dans de tels pays – et il en va de même en Espagne – la Constitution fédérale donne d'ailleurs à l'Autorité fédérale les moyens d'agir pour garantir l'unité⁷⁶. À l'inverse, lorsque le fédéralisme n'est pas construit sur de telles bases mais bien comme mode de gestion décentralisée du territoire, l'absence de préoccupation liée aux tendances

74. *Ibid.*, p. 7.

75. *Ibid.*

76. Voy. art. 155 Const. espagnole. Voy. également G.A. TARR et M. BURGESS, « Sub-national constitutions in federal systems », op. cit., p. 8.

centrifuges permet de laisser plus d'espace aux entités fédérées dans la définition de leur constitution⁷⁷.

Un troisième facteur explicatif tient dans le caractère symétrique ou asymétrique du fédéralisme. Une plus ou moins grande autonomie constitutionnelle peut être octroyée à certaines entités fédérées dans un fédéralisme asymétrique. En règle générale, les constitutions fédérales organisent une symétrie dans la distribution des pouvoirs des entités fédérées, y compris sur le plan de l'autonomie constitutionnelle. Toutefois, certaines fédérations consacrent constitutionnellement l'asymétrie pour tenir compte de facteurs propres. La constitution peut alors préserver certains pouvoirs en faveur de l'Autorité fédérale à l'égard de certaines entités fédérées sur certains sujets précis⁷⁸ ou, à l'inverse, accroître anormalement les pouvoirs de certaines entités fédérées⁷⁹. L'asymétrie peut également être organisée lorsque « la Constitution présente une symétrie en accordant des pouvoirs uniformes à tous les États membres mais prévoit aussi des dispositions qui, dans certains cas, leur laissent le choix entre une adhésion volontaire ou un refus de participer »⁸⁰. À cet égard, la situation des capitales fédérales peut faire l'objet d'un traitement spécifique sur le plan institutionnel. On connaît évidemment la situation de la Région de Bruxelles-Capitale mais également celle du district de Washington (qui n'est pas un État) ou de Berlin⁸¹.

§ 3. L'autonomie constitutive relative aux droits fondamentaux et à la participation des citoyens

En général, la Constitution fédérale organise les pouvoirs, définit le statut des gouvernés et leur accorde la protection de leurs droits fondamentaux⁸². Mais la définition de la place laissée aux citoyens dans

77. Ce n'est cependant pas toujours le cas, comme le montrent les exemples brésilien et mexicain.

78. C'est le cas en Belgique avec l'autonomie constitutive en Région de Bruxelles-Capitale.

79. Il en allait ainsi, en Inde, pour ce qui concerne l'État de Jammu-et-Cachemire avant la révocation de son autonomie constitutionnelle par le Président N. Modi en 2019.

80. R.L. WATTS, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^e éd., op. cit., p. 69.

81. C. VAN WYNSBERGHE, « Les capitales fédérales, une comparaison », *Revue Internationale de Politique Comparée*, 2003/1, vol. 10, pp. 63 et s. Voy. également K.-J. NAGEL (éd.), *The problem of the capital city*, Col·lecció Institut d'Estudis Autonòmics, 2013. En Russie, si seul Moscou est la capitale de la Fédération et son statut de capitale est établi par la loi fédérale, la Constitution russe reconnaît trois « villes d'importance fédérale », Moscou, Saint-Petersbourg et Sébastopol. On voit la portée symbolique donnée à Sébastopol, en Crimée, dans la Constitution russe.

82. Tel n'est cependant pas toujours le cas. Ainsi, les constitutions suisse (avant 1999), australienne et autrichienne ne disposent pas de catalogue de droits fondamentaux.

le fonctionnement démocratique des entités fédérées, et l'énumération des droits qui leur sont concédés, sont, dans certains États fédéraux, confiées à l'autonomie des entités fédérées.

Au niveau des entités fédérées, les situations sont diverses. La plupart des constitutions fédérées disposent également d'un catalogue de droits et libertés même si, en règle générale, l'autonomie constitutionnelle n'a généralement pour résultat que de reproduire les droits énoncés dans la Constitution fédérale ou dans des instruments de droit international. Il est cependant permis d'observer que certaines entités fédérées ont pu définir plus clairement, dans un texte à forte valeur juridique et symbolique, leurs choix fondamentaux⁸³.

En cela, en Suisse et aux États-Unis, les constitutions fédérées ont pu être qualifiées de « laboratoires » en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux⁸⁴. Plus généralement, on observe que certaines entités fédérées font usage de leur autonomie constitutionnelle pour élargir la portée de droits fondamentaux consacrés au niveau fédéral, ou pour octroyer de nouveaux droits et libertés aux citoyens, au-delà de ce qu'offre la Constitution fédérale. Cette faculté présente le double avantage, comme le relèvent G. Alan Tarr et Michael Burgess, de limiter les éventuels dommages à une entité en cas d'échec et d'inspirer les autres entités en cas de réussite⁸⁵. En effet, les innovations en la matière peuvent se diffuser horizontalement, entre entités fédérées, et verticalement, au niveau fédéral.

En Suisse, historiquement, la situation est particulière dans la mesure où, avant 1999, la Constitution fédérale ne contenait pas de catalogue formel de droits et libertés, même si ceux-ci étaient garantis au niveau fédéral de manière non écrite (singulièrement par la jurisprudence du tribunal fédéral, etc.). Les cantons ont donc pu faire preuve de dynamisme, voire d'audace dans la description des droits et libertés. Avec la

83. P. POPELIER, « Hoe wezenlijk is grondwettelijke autonomie voor federale deelstaten? », op. cit., p. 126.

84. J.A. GARDNER, « Subnational Constitutionalism in the United States: Powerful states in a powerful federation », in P. POPELIER, G. DELLEDONNE et N. ARONEY (éds), *Routledge Handbook of Subnational Constitutions and Constitutionalism*, Londres, Routledge, 2021 ; P. POPELIER, « Hoe wezenlijk is grondwettelijke autonomie voor federale deelstaten? », op. cit., p. 119 ; S. WEERTS, « Swiss Cantonal Constitutions as Sources of Law for the Protection of Fundamental Rights », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, vol. 77, n° 2, p. 204 et les réf. ; V. MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, op. cit., p. 535 et la référence à l'arrêt *New State Ice Co. v. Liebmann* de la Cour suprême des États-Unis, où le juge Brandeis indique : « It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country » (285 U.S. 262 [1932], 311).

85. G.A. TARR et M. BURGESS, « Sub-national constitutions in federal systems », p. 12.

codification des droits fondamentaux dans la Constitution fédérale, les constitutions cantonales ont été menacées d'être reléguées au second plan⁸⁶. Tel n'a cependant pas été le cas. Si certains cantons ont décidé de se référer à la Constitution fédérale, d'autres ont adopté leur propre catalogue de droits et libertés et d'autres encore ont continué à se montrer innovants, notamment en prévoyant des droits non prévus par la Constitution fédérale⁸⁷. Ainsi, si la publicité de l'administration ne figure pas au titre des droits octroyés par la Constitution fédérale⁸⁸, tel est le cas dans certains cantons. Dans certains cantons, il est possible de voter à 16 ans alors qu'il faut être âgé de 18 ans au niveau fédéral. En matière de droits sociaux également, certains cantons ont élargi la base constitutionnelle fédérale. Les constitutions cantonales montrent également une certaine richesse quant à la protection de l'État de droit et de la séparation des pouvoirs⁸⁹.

Aux États-Unis également, les constitutions des États peuvent être sources de libertés individuelles. Le cas du mariage pour les personnes de même sexe est, à cet égard, intéressant. Certains États ont modifié leur constitution pour garantir ce droit, élargissant de la sorte le *Bill of Rights* fédéral. D'autres États ont réagi en prenant des mesures visant, au contraire, à empêcher toute avancée dans ce domaine d'abord au niveau des États⁹⁰, puis, via leurs représentants fédéraux, dans la Constitution fédérale elle-même. Finalement, la Cour suprême reconnaîtra, en 2015,

86. Voy. le Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997, I, p. 63.

87. S. Besson a ainsi plaidé avec vigueur pour inscrire dans les constitutions cantonales des mesures positives en faveur des femmes, par exemple via des quotas, alors que cette possibilité est discutable au regard de la Constitution fédérale (S. BESSON, « Plus d'égalité pour les femmes dans les faits. Quel rôle pour la nouvelle Constitution cantonale ? », *Le droit en mouvement*, (2002) *I Revue Fribourgeoise de Jurisprudence*, pp. 3-18).

88. Même si un régime de publicité a été organisé dans la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration.

89. Sur ces questions, voy. S. WEERTS, « Swiss Cantonal Constitutions as Sources of Law for the Protection of Fundamental Rights », *op. cit.*, pp. 201 et s. et M. HERTIG RANDALL, *L'État de droit, une perspective de droit comparé : Suisse*, EPRS | Service de recherche du Parlement européen, Bruxelles, 2023, pp. 13 et s. Sur les principes d'égalité, voy. M. HOTTELLIER et D. CARRON, « Suisse », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 34-2018, 2019, « Égalité, genre et constitution – Populisme et démocratie », pp. 445-475 et N. FREI, *Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé : Suisse*, EPRS | Service de recherche du Parlement européen, Bruxelles, 2022.

90. Ainsi, après un arrêt de la Cour suprême de l'État d'Hawaï qui considérait que l'État ne pouvait refuser de donner aux couples de même sexe la possibilité de se marier dans des conditions d'égalité avec les couples de sexes différents, les citoyens de cet État ont modifié la constitution de l'État d'Hawaï pour permettre au législateur de réserver le mariage aux couples de sexes opposés (voy. S. ROBIN-OLIVIER et C. BARON, « Fédéralisme et dialogue sur l'égalité, Comparaison du droit des États-Unis et de l'Union européenne », *Droit et Culture*, 2005, p. 147).

le droit au mariage entre personnes d'un même sexe⁹¹. On voit là un dialogue constitutionnel s'installer : finalement, le dernier mot revient au niveau fédéral, via soit la Constitution, soit la Cour suprême.

En ce qui concerne l'Espagne et malgré les importantes réserves du Tribunal constitutionnel en 2010⁹², la vague de révision des statuts d'autonomie en 2006 a permis de consacrer dans certaines entités fédérées de nouveaux droits tels que le droit de vivre avec dignité le processus de mort, le droit à une bonne administration, le droit d'accès aux documents publics ou encore le droit d'accéder aux nouvelles technologies, qui n'étaient jusqu'alors pas prévus dans la Constitution espagnole⁹³. Comme nous le détaillerons ci-après⁹⁴, le statut d'autonomie de la Catalogne a créé le Conseil des garanties statutaires, chargé de remettre des avis ayant force obligatoire pour les projets et propositions de loi dès lors qu'ils concernent ou portent atteinte aux droits énoncés par le Statut.

Des constitutions fédérées qui octroient de nouveaux droits ou élargissent la portée de droits fondamentaux consacrés au niveau fédéral, existent également dans de nombreuses autres fédérations⁹⁵.

Il serait cependant réducteur de ne voir que des aspects positifs dans cette approche fédérée des droits fondamentaux. Dans certains cas, des progrès ont pu être contenus par des entités fédérées conservatrices. Ainsi, l'esclavage a persisté dans certains États américains sur la base de la protection que leurs constitutions étatiques conféraient aux propriétaires d'esclaves. De même, en Suisse, certains cantons ont été particulièrement lents pour octroyer le droit de vote aux femmes⁹⁶. La Convention européenne des droits de l'homme a été ratifiée relativement tard en raison des réticences de certains cantons⁹⁷.

À l'inverse, les clauses fédérales en matière de droits fondamentaux peuvent générer des effets centralisateurs et uniformisateurs, effets

91. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

92. O. LECUCCO et H. ALCARAZ, « L'État des autonomies après l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol sur le nouveau statut de la Catalogne », *Revue française de droit administratif*, 2011, pp. 413 et s.

93. M.E. BLAS LÓPEZ « Les droits sociaux en Espagne », *Revue internationale de droit comparé*, 2011/2, p. 290.

94. Voy. *infra*, section 2, § 4.

95. J.A. GARDNER, « Subnational Constitutionalism in the United States: Powerful states in a powerful federation », *op. cit.*, p. 16.

96. Ce n'est qu'après une décision du Tribunal fédéral suisse du 27 novembre 1990 que le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures se voit imposer d'octroyer le droit de vote et d'éligibilité aux femmes.

97. S. BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », in S. BESSON et E.M. BELSER (éds), *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014, p. 10.

qui portent atteinte à l'objectif même du fédéralisme⁹⁸. Pour contrer ces effets, deux mécanismes de défense ont été prévus : les clauses fédérales et les clauses de dérogation (« *notwithstanding clause* »). Les clauses fédérales sont celles « qui rappellent que dans le cadre de l'exercice des compétences locales des entités locales ou fédérées, ce sont les droits fondamentaux locaux qui s'appliquent ». Les clauses de dérogation sont celles « qui autorisent les dérogations législatives aux droits fondamentaux fédéraux par les entités fédérées dans le cadre de leurs compétences locales »⁹⁹. On ne s'étonnera cependant pas qu'avec l'internationalisation des droits fondamentaux et le contrôle de conventionnalité du droit fédéral et fédéré, de tels mécanismes de protection tendent à disparaître *de facto* ou *de iure*¹⁰⁰.

En ce qui concerne la participation des citoyens à la décision politique, plusieurs États fédéraux permettent aux entités fédérées de les y associer via le référendum. En Allemagne, la pratique référendaire est particulièrement inégale entre le niveau fédéral et le niveau fédéré. Au niveau fédéral, le recours au référendum n'est prévu que pour changer de Constitution (art. 146 de la Loi fondamentale) ou lors de la restructuration du territoire fédéral (art. 29 de la Loi fondamentale). En revanche, même sous-utilisé, le référendum est une pratique largement consacrée dans les constitutions des Länder¹⁰¹. Contrairement à la pratique référendaire en Suisse, la différence entre le caractère marginal de ce procédé de démocratie directe au niveau fédéral par rapport à sa généralisation au niveau des Länder mérite d'être soulignée. Plus généralement, la participation directe du peuple des Länder est organisée de différentes manières et sous différentes appellations selon les Länder¹⁰². Les Länder

98. Voy. notamment F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « *E pluribus unum ? Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme* », *Itinéraires d'un constitutionnaliste : en hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2007, p. 1517.

99. S. BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », *op. cit.*, p. 24. Pour une clause de dérogation, voy. art. 33 de la Charte canadienne des droits et libertés de 1982.

100. Ainsi, en Suisse, après avoir refusé de contrôler la conventionnalité des constitutions cantonales, le tribunal fédéral s'est plus largement immiscé dans l'examen de celles-ci au regard des droits fondamentaux (voy. S. BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », *op. cit.*, p. 29).

101. J. GERMAIN, « Chronique de droit constitutionnel allemand : la démocratie directe en Allemagne au niveau fédéral et au niveau fédéré », *Civitas Europa*, vol. 46, n° 1, 2021, pp. 381-399. L'auteur relève que le seuil de signature qui mène au référendum peut aller, selon le land, de 3,6 % (Schleswig-Holstein) des électeurs inscrits à 13 % (Saxe), voire 20 % pour réviser la Constitution de Berlin.

102. *Ibid.*

autrichiens ont également, à partir des années 1980, introduit des mécanismes de démocratie directe dans leurs constitutions fédérées¹⁰³.

On le constate, dans plusieurs États fédéraux, le droit constitutionnel fédéré a permis d'élargir la protection des droits et libertés des citoyens ainsi que leur participation directe à l'exercice du pouvoir. Cette complémentarité permet une approche plus dynamique des droits fondamentaux au sein des entités fédérées, dans le respect de la constitution telle qu'interprétée par la juridiction constitutionnelle fédérale.

Le cas espagnol mérite qu'on s'y attarde. En effet, l'autonomie constitutive concédée aux entités fédérées en Espagne a été l'objet d'un rapport de force inédit entre État fédéral et entité fédérée lors du référendum de 2017.

§ 4. L'autonomie constitutive en Espagne : le cas de la Catalogne

Typiquement asymétrique, l'Espagne offre un modèle particulièrement intéressant en ce qui concerne l'organisation institutionnelle des communautés dans la mesure où chaque communauté peut disposer de son propre statut d'autonomie. Les revendications de certaines communautés (singulièrement basque et catalane) pour un surcroît d'autonomie à l'égard de Madrid ont connu leur apogée en 2017 avec la déclaration d'indépendance de la Catalogne. Il nous semble donc intéressant d'examiner et de comprendre cet épisode avec l'autonomie constitutive comme grille de lecture, singulièrement au regard de ce qu'il a pu représenter pour la Flandre. Rappelons en effet que son Parlement revendique, depuis sa résolution du 3 mars 1999, une « autonomie constituante propre »¹⁰⁴. Plus généralement, l'exemple catalan permet de nourrir la réflexion sur l'avenir du modèle institutionnel belge.

La Constitution espagnole se caractérise par l'absence de consécration d'un modèle d'État¹⁰⁵. En 1978, pour tenir compte des aspirations basques et catalanes, l'Espagne post-franquiste fait le choix de

103. P. BUSSJÄGER, « Very Small Worlds: The Austrian Länder as Constitutive Units of the Austrian Federation », *op. cit.*, pp. 81 et s.

104. *Doc. parl.*, V.P., 1998-1999, n° 1339/1, pt 8. Sur le texte « *Proeve van grondwet voor Vlaanderen* », publié en 1996 par cinq auteurs issus du monde académique et de cabinets ministériels, voy. J. BRASSINNE DE LA BUISSIÈRE, « La Constitution flamande. Essai de constitution pour la Flandre », C.H. CRISP, 1997, n° 1569-1570.

105. On a ainsi pu parler de « déconstitutionnalisation » de la forme de l'État ainsi que d'une « prolongation du processus constituant » (voy. J.-L. REQUEJO PAGÈS, « L'évolution générale de l'État des autonomies », in P. BON (dir.), *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*, Paris, Dalloz, 2009, p. 196).

pouvoir, constitutionnellement, rester unitaire ou devenir fédérale. La Constitution laisse en effet ouvert le modèle de séparation verticale des pouvoirs. Il a été choisi de mettre en place un *État autonome*, voire fédéral, composé de 17 communautés autonomes – créées non pas par la Constitution mais par des *Statuts d'autonomie* qui les créent et attribuent leurs compétences – et de deux villes autonomes (Ceuta et Melilla). Sur cette base, le bloc de constitutionnalité se compose donc de la Constitution espagnole et des Statuts d'autonomie, lesquels possèdent une double fonction constitutionnelle : devenir la norme institutionnelle fondamentale de chaque communauté autonome et déterminer la position de chaque communauté au sein de l'État, notamment en fixant les compétences de chaque communauté. Ces Statuts sont des lois organiques, révisées selon une procédure relativement complexe¹⁰⁶. Une fois adopté, le statut d'autonomie ne peut plus être modifié ou abrogé sans accord de la communauté autonome concernée.

On le constate, alors même que l'Espagne ne se fixe pas clairement un cadre fédéral, son organisation institutionnelle repose dès l'origine sur le choix d'une autonomie, pour répondre aux aspirations décentralisatrices de certaines communautés. Loin de laisser au pouvoir central le soin de définir les contours démocratiques des communautés, la Constitution espagnole décide de partager cette compétence entre le premier et les secondes.

Sur ces bases, la révision du Statut d'autonomie de la Catalogne menée de 2007 à 2010 a débuté après que le Parlement catalan a approuvé un nouveau projet de Statut, conformément à l'article 151 de la Constitution espagnole. Ce projet a ensuite été examiné par une Commission constitutionnelle des *Cortes Generales* (chambre basse) avec le concours et l'assistance d'une délégation du parlement catalan, avant d'être approuvé par les *Cortes Generales* et le Sénat, moyennant des adaptations parfois importantes. Enfin, le Statut a été ratifié par la voie d'un référendum en Catalogne, puis signé par le Roi¹⁰⁷.

On le constate, ce processus d'élaboration de la norme organisant le cadre institutionnel de la communauté consacre un partage des rôles entre la communauté et l'État espagnol. La procédure, lourde et impliquant le parlement de la communauté, les chambres nationales et le peuple de la communauté, devrait donner au Statut une légitimité

106. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Droit constitutionnel de l'Espagne*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 73 et s. et E. ALBERTI, « Le nouveau statut d'autonomie de la Catalogne », *Revue française d'administration publique*, 2007, vol. 121-122, n° 1-2, pp. 145-159.

107. C. BOIX et J.C. MAJOR, « La marche de la Catalogne vers l'autodétermination », *Politique étrangère*, 2013/4, pp. 37-49.

spécifique. Cette procédure n'a cependant pas fait l'unanimité et a été critiquée par le Parti populaire – un des principaux partis espagnols¹⁰⁸.

À la suite de cette réforme du Statut d'autonomie de la Catalogne, de nombreuses communautés ont suivi la nouvelle voie constitutionnelle, pour répondre à un diagnostic d'autonomie de basse qualité en Espagne, aux problèmes structurels de financement et de rapport avec les institutions internationales, en particulier avec l'Union européenne. Malgré les critiques évoquées ci-dessus, ces réformes ont dessiné une « tendance fédérale marquée de l'État autonome »¹⁰⁹. Les Statuts de la dernière génération consacrent l'assurance d'une autonomie permettant l'exercice, par les communautés, de leur autonomie sur la base de compétences plus claires et complètes (le « blindage » des compétences)¹¹⁰. Ils prévoient également le principe de participation de la communauté à certaines institutions et certains organismes de l'État (ex. : Tribunal constitutionnel, Banque d'Espagne, etc.) ainsi qu'aux affaires de l'Union européenne. Les nouveaux Statuts définissent également une autonomie financière grâce à des recettes fiscales et une meilleure transparence dans la solidarité entre les communautés¹¹¹.

Cette loi organique 6/2006 du 19 juillet 2006 a fait l'objet d'un recours, notamment par le Parti populaire, devant le Tribunal constitutionnel espagnol. En 2010, au terme d'un délibéré long et houleux, le Tribunal a annulé 14 articles du texte¹¹² et interprété d'autres dispositions pour les rendre compatibles avec la Constitution espagnole. Cette décision a été un véritable coup de tonnerre. En effet, le Statut d'autonomie avait été approuvé par le Parlement catalan, les *Cortes Generales*, le Sénat et le peuple catalan¹¹³. Cette décision va crispier les rapports entre la Catalogne et l'État central.

108. J.L. REQUEJO PAGÉS (« L'évolution générale de l'État des autonomies », *op. cit.*, p. 203) et P. BON (« La Constitution espagnole face à ses défis », in P. BON (dir.), *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*, *op. cit.*, p. 5) rappellent que, jusqu'à la réforme du Statut d'autonomie de la Catalogne, toutes les réformes des Statuts d'autonomie s'étaient faites par consensus entre les deux grands partis nationaux qui dominent la vie politique espagnole.

109. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Droit constitutionnel de l'Espagne*, *op. cit.*, p. 72.

110. Le Statut d'autonomie de la Catalogne précise même que « [l]e droit catalan, en matière des compétences exclusives de la Généralité, est le droit applicable sur son territoire de préférence à tout autre » (E. ALBERTI, « Le nouveau statut d'autonomie de la Catalogne », *op. cit.*, p. 153).

111. *Ibid.*, p. 153. Voy. également E. ALBERTI, « Les nouveaux statuts d'autonomie », in P. BON (dir.), *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*, *op. cit.*, pp. 205 et s.

112. Notamment le caractère obligatoire de certains avis du Conseil de garanties statutaires catalan, la création d'un Conseil de la justice de la Catalogne, certaines dispositions assurant le « blindage des compétences ».

113. Sur cet arrêt, voy. O. LECUQ et H. ALCARAZ, « L'État des autonomies après l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol sur le nouveau statut de la Catalogne », *op. cit.*, pp. 403 et s.

En 2014, la Catalogne organise un premier référendum d'autodétermination et son Parlement adopte une résolution qui « déclare solennellement le lancement du processus de création de l'État indépendant catalan, de forme républicaine »¹¹⁴. En 2017, un second référendum d'autodétermination est organisé et Carles Puigdemont, le Président de la Généralité (gouvernement) de Catalogne, prononce la Déclaration unilatérale d'indépendance du 11 octobre 2017. L'article 155 de la Constitution espagnole est activé, ce qui autorise le Gouvernement espagnol à « prendre les mesures nécessaires » pour contraindre une communauté autonome à respecter ses obligations. Selon une interprétation extensive de ses pouvoirs, le Gouvernement espagnol réagit de manière particulièrement musclée : il permet l'usage de la force contre les citoyens pour empêcher la tenue du référendum, emprisonne les responsables politiques catalans présents sur le territoire, poursuit juridiquement les responsables en fuite et limite l'autonomie catalane, notamment sur le plan financier¹¹⁵.

Sur le papier, le modèle constitutionnel espagnol est intéressant dans la mesure où le partage vertical du pouvoir peut, en vertu de la Constitution, être proposé par les entités territoriales qui le composent. Ceci permet, d'une part, la coexistence de systèmes institutionnels infra-étatiques distincts et, d'autre part, l'expression d'une autonomie qui reflète mieux les aspirations des communautés qui composent l'État. En outre, la procédure d'approbation qui implique les parlements de la communauté et de l'État ainsi que le peuple de la communauté lui-même, accroît la légitimité du Statut, tout en garantissant, en principe, une adhésion nationale.

La fracture apparue en 2017 illustre cependant les dangers d'un contrôle non marginal opéré par la juridiction constitutionnelle sur la répartition des compétences en matière d'autonomie constitutive, en particulier quand celle-ci prévoit des mécanismes de consultation de la population. Les référendums catalans de 2014 et 2017 sont en effet la

114. Résolution du 9 novembre 2015. Comme le note N. Rojas-Hutinel, « le Parlement catalan proclame qu'il "ne se subordonnera pas aux décisions des institutions de l'État espagnol, en particulier du Tribunal constitutionnel". Il reproche en effet textuellement à ce tribunal de manquer de légitimité et de compétence "suite, entre autres, à son arrêt de juin 2010 sur le statut d'autonomie de la Catalogne, voté préalablement par le peuple par référendum" » (N. ROJAS-HUTINEL, « La vulnérabilité de l'État de droit espagnol dans le contexte de revendication indépendantiste catalane », *Civitas Europa*, 2018, vol. 40, n° 1, p. 187).

115. C. TRÉPIER, « La Catalogne n'est pas une île : effets politiques et juridiques du référendum du 1^{er} octobre 2017 », in E. CAMP-PIETRAIN (dir.), *L'organisation d'un référendum d'auto-détermination. Regards croisés*, Valenciennes, Presses universitaires de Valenciennes, 2021, pp. 155-176 ; B. PELLISTRANDI, « La crise en Catalogne : une fracture décisive », *Politique étrangère*, 2018/1, pp. 103-115.

conséquence de la décision controversée du Tribunal fédéral remettant en cause un processus d'autonomie qui pouvait se prévaloir d'une triple légitimité (parlement national, parlement fédéré, population locale). Quant au référendum catalan de 2017, sa constitutionnalité controversée¹¹⁶ et sa désorganisation¹¹⁷ ne peuvent faire oublier l'usage disproportionné de la force utilisée par l'État espagnol à l'encontre d'électeurs dont le seul « tort » était de s'impliquer dans l'avenir institutionnel de leur collectivité¹¹⁸.

L'exemple catalan montre combien l'autonomie constitutive des entités fédérées est un sujet capital pour l'avenir de l'Europe et qu'à ce titre, ni les États, ni les organisations internationales, ne peuvent s'en détourner. De surcroît, les travaux d'André Lecours permettent, notamment à partir du cas catalan, de constater que loin de stimuler le sécessionnisme, « l'autonomie dynamique » – par opposition à « l'autonomie statique » – l'en empêche¹¹⁹. Croire que brider l'autonomie constitutive des entités fédérées permettrait de prévenir un « séparatisme larvé » serait donc une erreur dès lors qu'une telle position reviendrait plutôt à l'alimenter.

Comme le recommande le Conseil de l'Europe, clarifier les règles en ce domaine, imposer la concertation et admettre le droit des populations à être consultées (et entendues) sur leur devenir institutionnel, voilà les recettes qui permettent d'éviter le retour des violences intestines en Europe¹²⁰.

116. J. CAGLAO Y CONDE, « Un référendum sur l'indépendance est-il possible dans l'ordre juridique espagnol ? Le droit expliqué dans la presse », *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine*, 2016, n° 17, 24 p. ; L. PAYERO LOPEZ, « Pourquoi la Catalogne ne peut-elle pas s'autodéterminer ? Les raisons de l'État espagnol », *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine*, 2016, n° 17, 31 p. ; J.-Fr. DREVET, « Catalogne, Kurdistan, Écosse, quel droit à l'indépendance ? », *Futuribles*, 2018/1, n° 422, pp. 87-93.

117. B. PELLISTRANDI, « La crise en Catalogne : une fracture décisive », *op. cit.*, p. 112 ; C. TRÉPIER, « La Catalogne n'est pas une île : effets politiques et juridiques du référendum du 1^{er} octobre 2017 », *op. cit.*, p. 157.

118. Rappelons que la police espagnole a tiré avec des balles en caoutchouc sur les électeurs catalans voulant participer au référendum d'autonomie (A. LO., « Référendum en Catalogne : la police nationale tire des balles en caoutchouc sur la foule », *R.T.B.F.info*, 1^{er} octobre 2019).

119. A. LECOIRS, *Nationalism, Secessionism, and Autonomy*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 194.

120. Conseil de l'Europe, Congrès des Pouvoirs locaux et régionaux, « Autonomie et frontières en mutation – Principes, cadres et procédures pour protéger et modifier le statut, les compétences et les limites territoriales des entités infranationales dans le droit interne », résolution 398 (2016) et recommandation 385 (2016), CPR30 (2016), 24 mars 2016.

Section 3. L'avenir de l'autonomie constitutive en Belgique : une réforme nécessaire

Les inconsistances de l'autonomie constitutive en Belgique, la richesse des expériences étrangères en ce domaine, les dangers de laisser ce chantier en friche : tout invite la Belgique à revoir fondamentalement sa copie. Actuellement, l'autonomie constitutive belge est un boulet. Il faut lui donner les moyens de déployer ses ailes pour devenir l'élytre du fédéralisme belge.

En particulier, nous plaçons pour une révision des articles 118 et 123 de la Constitution qui confie, ou plutôt reconnaît¹²¹ aux entités fédérées, en sus de leur capacité d'auto-organisation, la maîtrise de leur composition, de leur fonctionnement et de leur élection – et pas seulement les matières qui sont désignées par le législateur spécial. En supprimant le filtre du législateur spécial, le Constituant mettrait fin à la logique du compte-gouttes qui est à l'œuvre depuis 1993. Pour être cohérente, cette réforme devrait inclure l'ensemble des entités fédérées, et donc s'étendre à la COCOF et à la COCOM qui ont été oubliées lors de l'extension de l'autonomie constitutive opérée par la sixième réforme de l'État¹²². Bien sûr, l'autonomie constitutive du Parlement régional bruxellois en matière d'élection et de composition a forcément un impact sur ces deux assemblées composées de manière indirecte à partir de l'élection régionale (art. 136 de la Constitution). Il n'en va cependant pas de même pour l'autonomie constitutive en matière de fonctionnement. Accorder l'autonomie constitutive à la COCOM et à la COCOF serait donc non seulement utile mais aussi conforme à l'égalité entre entités que recherchait la sixième réforme de l'État.

Pour illustrer les bienfaits d'une telle réforme, nous nous pencherons successivement sur les avantages d'une plus grande autonomie fédérée en matière électorale (§ 1), en matière de contrôle électoral (§ 2) et enfin, en matière de démocratie participative (§ 3).

§ 1. Une autonomie fédérée en matière électorale

Suivant l'article 118 de la Constitution, les communautés et régions sont dotées d'une certaine autonomie constitutive, sachant que c'est au

121. Rappelons que ne pas reconnaître cette autonomie *ab initio* nous semble relever d'un péché originel (voy. *supra*, section 1, § 3).

122. Dans le même sens : M. ELST et J. VAN NIEUWENHOVE, *De zelfinrichtingsbevoegheden van de deelstaten*, *op. cit.*, p. 72.

législateur spécial de désigner « celles des matières relatives à l'élection [...] du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, du Parlement de la Communauté française, du Parlement de la Région wallonne et du Parlement de la Communauté flamande, qui sont réglées par ces parlements, chacun en ce qui le concerne, par décret ou par une règle visée à l'article 134, selon le cas. Ce décret et cette règle visée à l'article 134 sont adoptés à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, à la condition que la majorité des membres du parlement concerné soit présente ».

Cette « autonomie constitutive » s'avère donc assez étriquée, puisqu'elle dépend des choix politiques qui sont réservés au législateur spécial fédéral, sans que les entités fédérées ne puissent peser elles-mêmes sur ces choix.

Le régime ainsi mis en place suscite une perplexité certaine, puisque les parlements des entités fédérées se voient dotés d'un pouvoir législatif important (incluant notamment le pouvoir d'édicter des décrets ayant la même force contraignante qu'une loi dans la hiérarchie des normes), tout en étant privés du pouvoir de déterminer eux-mêmes comment ils seront composés : « un ordre démocratique privé du monopole de son propre devenir électoral, nous semble un contre-sens théorique. Cela nous semble en outre difficilement justifiable en termes de citoyenneté. Puisque la citoyenneté est, en Belgique, définie essentiellement par l'exercice du droit de vote [...] »¹²³.

En particulier, cette autonomie électorale connaît une réserve majeure contenue en l'état dans l'article 29 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, suivant lequel « les élections [du Parlement wallon] et [du Parlement flamand] se font en respectant le système de la représentation proportionnelle ». En ce qui concerne l'élection du parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, la situation est similaire, avec une certaine nuance, puisque le caractère proportionnel du scrutin régional n'est pas inscrit expressément dans la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises. Il a été jugé par la Cour constitutionnelle que le caractère proportionnel de ce scrutin « découle des articles 20 à 20sexies de la loi spéciale du 12 janvier 1989 précitée »¹²⁴. De même, le mode de scrutin pour l'élection du Parlement de la Communauté germanophone est déterminé par la loi du 6 juillet 1990 réglant les modalités de l'élection du Parlement de la Communauté

123. A.-E. BOURGAUX, *La démocratisation du Gouvernement représentatif en Belgique : une promesse oubliée*, Bruxelles, Faculté de droit de l'ULB, 2013, p. 533.

124. C.C., 26 mai 2004, n° 96/2004, cons. B.9.2 et C.A., 9 juin 2004, n° 103/2004, cons. B.8.2.

germanophone, plus particulièrement par ses articles 44 et 45 impliquant qu'il s'agit nécessairement d'une représentation proportionnelle.

L'incongruité de cette autonomie électorale étriquée apparaît bien quand on la compare à celle qui est accordée aux régions à l'égard des pouvoirs locaux. S'agissant des élections provinciales et communales pour les pouvoirs subordonnés, la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 a conféré, en son article 6, § 1^{er}, VIII, aux régions la compétence pour tout ce qui concerne « la composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions provinciales et communales », de même que « l'élection des organes provinciaux, supra-communales, communaux et intra-communales [...], étant entendu que les décrets et les ordonnances ayant pour effet de diminuer la proportionnalité de la répartition des sièges par rapport à la répartition des voix doivent être adoptés à la majorité visée à l'article 35, § 3 » (soit à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés).

Il en ressort que les régions disposent, chacune, du pouvoir de modifier le mode de scrutin local et pourraient parfaitement instaurer elles-mêmes un mode de scrutin différent remplaçant l'actuelle représentation proportionnelle. Ce ne serait cependant pas en application de leur autonomie constitutive, mais bien dans le cadre d'une compétence matérielle qui leur a été expressément dévolue par la loi spéciale.

La loi spéciale a, par ailleurs, institué un verrou supplémentaire, en disposant que tout décret ou ordonnance ayant pour effet de diminuer la proportionnalité de la répartition des sièges doit être adopté à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés¹²⁵. Il a ainsi été jugé par la Cour constitutionnelle que ces dispositions tendent à confirmer le caractère proportionnel de principe du système électoral local¹²⁶. Ainsi, si la modification de ce système électoral en un système mixte à dominante proportionnelle, à l'allemande, paraît pouvoir être librement instaurée par les parlements régionaux¹²⁷, l'importation d'un système

125. Art. 6, § 1^{er}, VIII, 4^o, c), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.
126. C.C., 5 décembre 2007, n° 149.2007, cons. B.15.1, qui énonce que le choix du système de la représentation proportionnelle, « qui implique que les mandats soient répartis entre les listes de candidats et les candidats proportionnellement au nombre de votes recueillis, découle des articles 19 et 20 de la loi électorale provinciale du 19 octobre 1921. Le principe de l'application de la représentation proportionnelle pour les élections provinciales a du reste été confirmé par l'article 6, § 1^{er}, VIII, 4^o C de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, au terme duquel une majorité des deux tiers est requise lorsque les Régions souhaitent modifier la réglementation en la matière dans un sens moins proportionnel ».

127. K. Muylle (« Le mode de scrutin », in *Les systèmes électoraux de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 303) est cependant d'avis que la condition de majorité spéciale des deux tiers serait également applicable en pareille hypothèse, dès lors qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi spéciale qu'une telle majorité spéciale s'impose,

à dominante majoritaire imposerait aux régions l'adoption d'un décret ou d'une ordonnance à la majorité spéciale des deux tiers et, s'agissant de la Région de Bruxelles-Capitale, des conditions supplémentaires de majorité dans chacun des deux groupes linguistiques, conformément aux dispositions de l'article 28, alinéa 2, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises. On relèvera qu'en application de ces dispositions, le Parlement flamand a adopté plus récemment un décret le 15 juillet 2021 portant suppression de l'obligation de vote pour les élections communales et provinciales en Région flamande, en considérant qu'elle permettrait de donner aux citoyens « plus voix au chapitre lors des élections locales »¹²⁸.

Comme la Constitution ne précise pas que l'élection des parlements communautaires et régionaux doit être organisée nécessairement suivant tel ou tel type de scrutin, l'exigence de représentation proportionnelle n'est consacrée que pour les élections fédérales. Il est donc frappant de constater que, d'une part, le système électoral est resté totalement en dehors de la construction fédérale de notre État, et que, d'autre part, les systèmes électoraux existant au sein des différentes entités fédérées et des institutions communales se caractérisent par des principes identiques à ceux des élections fédérales, sous réserve de quelques différences mineures (telles les circonscriptions électorales, ou le régime du pacte de majorité mis en place par le Code de la démocratie locale en Région wallonne), et sont donc le résultat d'une logique de reproduction pure et simple du système électoral fédéral.

Ainsi, le découpage des circonscriptions électorales a fait l'objet de législations différentes dans les Régions flamande et wallonne. Par un décret spécial du 30 janvier 2004, le *Vlaamse Raad* a organisé les circonscriptions électorales pour les élections régionales sur la base des provinces, calquant ainsi ces circonscriptions sur celles prévues pour les

non seulement pour un remplacement pur et simple du système proportionnel par un système majoritaire, mais également pour toute « modification de la formule électorale » si elle s'avère « moins proportionnelle » que celle en vigueur, telle que l'introduction d'un seuil électoral, la modification de la taille et du nombre des circonscriptions ou une diminution du nombre de sièges à pourvoir.

128. « Le Parlement flamand avalise la suppression du vote obligatoire aux élections locales », *La Libre Belgique*, 15 juillet 2021 ; accord de Gouvernement flamand 2019-2024, daté du 30 septembre 2019, p. 18. L'affirmation est pour le moins contestable, Michel Kaiser notait déjà, il y a une vingtaine d'années, qu'« il semble que le climat socio-politique actuel ne soit pas favorable à la suppression de l'obligation de voter. La désaffection de la politique, la méfiance du citoyen vis-à-vis de ses gouvernants et les pulsions poujadistes qui ont envahi une partie non négligeable de la population suite à l'affaire Dutroux justifient tout, sauf une invitation maladroite à l'électeur de ne plus remplir son devoir électoral » (M. KAISER, « Les enjeux et les perspectives de l'obligation de vote », *R.B.D.C.*, 1998, p. 263).

élections fédérales, alors qu'en Région wallonne, aucune modification de ce type n'a été décidée à ce jour, les circonscriptions correspondant aux anciens arrondissements, tels que fixés par un arrêté royal du 15 octobre 1993 portant répartition des membres du Conseil régional wallon entre les circonscriptions électorales.

Tout changement, plus substantiel, qui serait apporté au système de représentation proportionnelle devrait réunir une majorité spéciale des deux tiers, tant au niveau fédéral pour les élections régionales, sous forme de modification de la loi spéciale de réformes institutionnelles, qu'à l'échelon des parlements régionaux pour les élections locales. Il est assez paradoxal de constater que les entités fédérées ont reçu, dans cette mesure limitée, le pouvoir de déterminer le régime électoral de leurs communes et provinces, mais non leur propre régime représentatif.

Sans doute est-il plus que temps de défier cette architecture érodée par le temps et de profiter de la prochaine réforme de l'État pour libérer l'autonomie constitutive des communautés et régions de son carcan. Selon le politologue Jean-Benoît Pilet, les éléments déclencheurs des réformes électorales les plus fréquemment pointés sont une modification graduelle du rapport de force entre les partis, une crise profonde du système institutionnel et une perte de confiance dans le système électoral lui-même¹²⁹, toutes choses qui sont assurément présentes *hic et nunc*.

§ 2. Une autonomie fédérée sur le contentieux post-électoral

Accorder une pleine autonomie constitutive aux entités fédérées par la révision de l'article 118 de la Constitution entraînerait un autre point positif. Cela permettrait aux entités fédérées de régir les opérations électorales, et tout particulièrement d'organiser un véritable contentieux post-électoral juridictionnel conforme aux dispositions de la Cour européenne des droits de l'homme.

Suivant l'article 48 de la Constitution, ce contentieux relève ainsi, depuis 1831, pour les élections fédérales, de la compétence des assemblées législatives fédérales : « chaque Chambre vérifie les pouvoirs de ses membres et juge les contestations qui s'élèvent à ce sujet ». Le Code électoral porte, en son article 231, la même disposition, en ajoutant

129. J.B. PILET, « Comprendre les dynamiques des réformes électorales », in *Les systèmes électoraux de la Belgique*, op. cit., p. 423.

que la Chambre et le Sénat se prononcent « seuls » sur la validation des opérations électorales.

Il en est de même pour les élections des parlements communautaires et régionaux¹³⁰, ainsi que pour l'élection du Parlement européen, pour lequel la Chambre des représentants est seule compétente¹³¹.

Il s'agit là d'une mission juridictionnelle confiée par le Constituant dès l'origine exclusivement au Parlement, en premier et dernier ressort¹³², qui s'explique historiquement par le souci d'assurer l'indépendance de l'assemblée parlementaire vis-à-vis du Roi et du pouvoir judiciaire.

Ce système d'auto-contrôle a vécu. Il est patent qu'il aggrave notablement le sentiment de méfiance des électeurs vis-à-vis des élus et que, si le souci est de rétablir la confiance envers notre système représentatif, il est urgent de le réformer complètement et d'organiser un vrai contentieux juridictionnel auprès d'un tribunal impartial. En tout état de cause, depuis l'arrêt *Mugemangango* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 10 juillet 2020 condamnant la Belgique, pour une violation caractérisée, tant du droit à des élections libres, que du droit à un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention¹³³, l'insécurité juridique est patente, puisqu'il reviendrait aux cours et tribunaux qui seraient saisis à l'avenir d'un nouveau recours, d'écarter purement et simplement l'article 48 de la Constitution ou, à tout le moins, de l'interpréter en ce sens que le contrôle de l'assemblée n'exclut pas un contrôle juridictionnel postérieur.

Dans un tel contexte, à défaut d'une révision immédiate de l'article 48 de la Constitution, en organisant un contentieux post-électoral juridictionnel, il faudrait laisser à chaque entité fédérée le pouvoir de choisir librement le contrôle juridictionnel qui lui paraît le plus convenable. Cette compétence relevant déjà *in concreto* des entités fédérées (via le contrôle par le parlement), il semblerait contraire à la logique centrifuge de laisser au législateur spécial le soin de définir la manière dont les entités fédérées entendent organiser ce contentieux post-électoral.

130. Art. 31, § 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ; art. 50 de la loi du 6 juillet 1990 réglant les modalités d'élection du Parlement de la Communauté germanophone ; art. 22 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

131. Art. 43 de la loi du 29 mars 1989 relatif à l'élection du Parlement européen.

132. Voy. notamment à ce sujet J. VELU, *Droit public*, t. I, Bruxelles, Bruylant 1986, pp. 526 et s. ; M. VERDUSSEN, « Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales », *J.T.*, 2010, p. 398 ; F. BELLEFLAMME et S. VAN DROOGHENBROECK, « Les assemblées juges du contentieux post-électoral : une institution en sursis », in *Le droit parlementaire et les droits fondamentaux*, Bruges, la Chartre, 2010, p. 2 ; K. MUYLLE, « L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, p. 728.

133. Cour eur. D.H., 10 juillet 2020, req. n° 310/15.

Au demeurant, l'on ne voit pas au nom de quel principe le contrôle post-électoral devrait être rigoureusement identique à tous les niveaux de pouvoir. Par comparaison, le contrôle des élections communales est actuellement organisé de manière très différente de Région à Région. La faculté donnée aux communautés et régions leur permettrait, aussi et surtout, de ne plus être dépendante de la volonté vaporeuse de l'Autorité fédérale de mettre le contentieux post-électoral de leurs propres élections en conformité avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. La solution la plus simple serait, à notre sens, de confier cette mission au Conseil d'État, au contentieux de pleine juridiction, à l'instar des élections communales, sachant que, si l'on y tient réellement, un système de vérification des pouvoirs par l'Assemblée elle-même pourrait être maintenu en première instance, pour autant qu'il puisse déboucher sur un contentieux juridictionnel par la suite¹³⁴.

§ 3. Une autonomie fédérée en matière de démocratie participative

L'autonomie constitutive devrait être étendue et clarifiée pour permettre aux entités fédérées de réformer sérieusement le caractère représentatif de la démocratie belge qui nous paraît également périmé à maints égards, dès lors qu'au XXI^e siècle les relations entre les gouvernants et les gouvernés apparaissent de plus en plus horizontales. Plusieurs voix se sont ainsi exprimées à ce sujet pour proposer une réforme radicale du système actuel par une désignation d'une partie des mandataires, non plus par élection, mais bien par tirage au sort¹³⁵.

134. Sur la question de savoir à quel juge attribuer ce nouveau contentieux, cf. notamment M. LEROY, « Quel juge pour l'élection ? », in *Qui contrôle l'élection ?*, A.P.T., 2020, p. 158.

135. Voy. notamment les propositions du Député socialiste flamand P. Vanvelthoven, ancien ministre de l'Emploi, jugeant le Sénat « tout à fait vide de sens » depuis la sixième réforme de l'État et proposant de le transformer en une « chambre populaire composée de citoyens tirés au sort » et de l'ancienne Vice-première ministre Laurette Onkelinx proposant, dans le même sens, de transformer le Sénat en « une assemblée où, à côté de politiques, évolueraient pour une large part, la moitié des élus au moins, des citoyens, sur la base d'un tirage au sort dans la population », *Le Soir*, 9 septembre 2015, « Pour un autre Sénat, avec des "élus" tirés au sort dans la population », p. 4 ; voy. également proposition formulée par l'ancien Premier ministre Elio Di Rupo visant la création d'une « constituante populaire » où l'on tirerait au sort des milliers de personnes pour en sortir un panel représentatif de la société et qui pourrait « rédiger un préambule à la Constitution pour donner les valeurs et les grands objectifs que la société belge poursuit », *Le Soir*, 10 avril 2019, « 100 ans après le suffrage universel, il faut redynamiser la démocratie ».

Il est édifiant de constater que, si rien, ou si peu¹³⁶, ne bouge au niveau fédéral, de nombreuses initiatives ont été prises dans les entités fédérées depuis quelques années, tendant à constituer des « panels fédérés » tirés au sort ou des commissions parlementaires mixtes citoyennes posées de députés et de citoyens tirés au sort délibérant ensemble sur des projets ponctuels¹³⁷. Les incertitudes qui entourent l'autonomie constitutive¹³⁸ fragilisent cependant les avancées qu'incarnent ces initiatives participatives fédérées.

Le Parlement de la Communauté germanophone a été le premier à concrétiser un processus de démocratie participative, en votant, à l'unanimité de ses membres, un décret du 25 février 2019 « instituant un dialogue citoyen permanent en Communauté germanophone ». Le décret institue, aux côtés du Parlement de la Communauté germanophone, deux nouveaux organes, que sont le « Conseil citoyen » et les « Assemblées citoyennes », tous deux composés par la voie d'un tirage au sort¹³⁹ :

- le Conseil citoyen (*Bürgerrat*) constitue un organe permanent, composé de 24 citoyens tirés au sort « parmi les citoyens qui ont préalablement participé à une assemblée citoyenne ». Le mandat est de 18 mois, le Conseil étant renouvelé par tiers tous les six mois ;
- les assemblées citoyennes (*Bürgerversammlungen*) constituent des organes convoqués ponctuellement en vue d'élaborer des recommandations sur un sujet particulier, composées de 25 à 50 citoyens tirés au sort, âgés d'au moins 16 ans – la majorité légale n'étant donc pas requise ici –, suivant des modalités fixées par le Conseil citoyen, en tenant compte d'une « représentation équilibrée des

136. Sur la plate-forme de dialogue, mise en ligne au printemps 2021 : E. DE CLERCO, « Deliberatieve democratie bij de hervorming van het belgische federalisme. Het dialoogplatform als eerste bescheiden poging », in K. REYBROUCK, S. SOTTIAUX et W. PAS (éds), *Inspiratie voor de staatshervorming*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2023, pp. 9-50.

137. En Région wallonne, une Commission « nouveau démocratique » a été mise en place en 2014 et deux panels citoyens composés de 30 citoyens tirés au sort ont été organisés sur les thèmes du vieillissement en 2017 et sur la jeunesse en 2018, qui ont débouché sur plusieurs recommandations ; en Région de Bruxelles-Capitale, un panel citoyen similaire a été organisé en octobre 2007, composé d'une quarantaine de Bruxellois tirés au sort qui ont débattu du thème de la mobilité et ont formulé diverses recommandations examinées par la suite par une Commission du suivi au sein du Parlement régional ; en Fédération Wallonie-Bruxelles, un panel de 94 citoyens tirés au sort s'est réuni en 2017 sur « l'avenir de l'Europe » (chose plus étrange, puisque ce thème dépasse très largement les compétences de la Communauté française...).

138. Voy. *supra*, section 3, § 1.

139. Ch. NIESSEN et M. REUCHAMPS, « Le dialogue citoyen permanent en Communauté germanophone », *C.H. CRISP*, 2019, n° 2426.

sexes et des tranches d'âge, d'un équilibre géographique et d'une mixité socio-économique »¹⁴⁰.

La Communauté germanophone a ainsi mis en place une sorte de bicaméralisme original, en instituant, aux côtés de son Parlement, d'une part, un organe permanent dénommé « Conseil citoyen », appelé à déterminer les sujets à traiter par le dialogue citoyen et à l'encadrer, et d'autre part des « assemblées citoyennes » dotées d'un pouvoir de recommandation dans toutes matières relevant des compétences de la Communauté germanophone. Si le Parlement garde le pouvoir du dernier mot, en disposant de la liberté de rejeter les recommandations en question, c'est sous la réserve d'une motivation particulière, laquelle n'est cependant pas assortie d'une sanction déterminée.

En Région de Bruxelles-Capitale, le règlement du Parlement a été complété, le 5 décembre 2019, par un article 25/1 qui dispose que « le Parlement peut, lorsqu'il le juge utile, constituer une 'commission délibérative' composée de députés invitant des citoyens tirés au sort », appelés à débattre de sujets précis, soit sur suggestion du Parlement lui-même, soit sur une initiative populaire signée par au moins 1000 personnes âgées d'au moins 16 ans et résidant dans la Région de Bruxelles-Capitale. Ces commissions délibératives sont composées de 15 députés, rejoints par 45 citoyens tirés au sort¹⁴¹. Cette réforme a été également votée par le Parlement de la COCOF¹⁴² et par le Parlement de la COCOM¹⁴³.

Les délibérations des commissions aboutissent à des propositions de « recommandations », qui font l'objet d'un premier vote « secret consultatif » dans le chef des citoyens tirés au sort, à la suite duquel un vote public est organisé à la majorité absolue des députés. Dans l'hypothèse de votes inverses, il est prévu que « les députés ayant voté dans le sens contraire ou s'étant abstenus sont invités à motiver leur vote » en vertu de l'article 25/1, 13^o¹⁴⁴.

Les différentes assemblées bruxelloises ont ainsi fait choix d'instituer une forme de démocratie participative, par la voie du tirage au sort, non pas en créant une seconde assemblée permanente composée

140. Art. 3, § 2, du décret du 25 février 2019 précité.

141. *Doc. parl.*, P.R.B., 2019-2020, n° A-100/1.

142. *Doc. parl.*, P. COCOF, 2019-2020, n° 13/1.

143. *Doc. parl.*, P. COCOM, 2019-2020, n° B-19/1.

144. Un rapport doit être établi par un groupe constitué de deux députés et deux citoyens, tous « tirés au sort parmi les volontaires », assisté des services du Parlement. Le rapport est envoyé, pour suivi, vers la commission permanente du Parlement, appelée à établir un rapport de suivi, dans les 6 mois qui suivent, afin de préciser les suites qui ont été données aux recommandations en question (art. 25/1, 15^o).

uniquement de citoyens, à l'instar de la Communauté germanophone, mais plutôt en associant directement les citoyens tirés au sort au sein de l'assemblée élue, en les invitant à participer à ses travaux sous la forme de commissions mixtes associant les élus et les lauréats du tirage au sort, sachant que ceux-ci seront en majorité en l'espèce.

Enfin, en Région wallonne, c'est aussi par la voie réglementaire (et non décrétable) que le tirage au sort a fait son entrée au Parlement. Une proposition de modification du règlement du Parlement wallon a été déposée par les députés Monsieur Stéphane Hazee et Madame Hélène Reyckmans le 25 février 2016, « visant à introduire la faculté de créer des commissions mixtes composées de citoyens tirés au sort et de députés wallons ». Cette proposition prévoyait l'institution de « commissions mixtes » composées de membres désignés pour moitié parmi les membres du Parlement régional et pour l'autre moitié tirés au sort parmi les citoyens, et appelées à délibérer « sur tout enjeu de société déterminé par le Parlement de Wallonie »¹⁴⁵.

À l'époque, cette proposition a fait l'objet d'un vote de rejet en commission parlementaire, notamment, en raison « des doutes juridiques par rapport à l'application de la loi spéciale qui prévoit que les commissions parlementaires sont composées de parlementaires », et au vu de l'article 33 de la Constitution, lequel « ne prévoit pas de tirage au sort pour composer des commissions du Parlement et encore moins que des citoyens puissent voter comme un parlementaire »¹⁴⁶. Ces « doutes juridiques » concernant cette proposition sont contestables, puisque, pour qu'un décret soit adopté par le Parlement régional, il faut qu'il soit régulièrement voté en séance plénière, de telle manière que l'intervention de citoyens, en amont, au sein d'une commission, ne modifie pas, à notre sens, l'exercice de la souveraineté tel qu'il est prescrit par l'article 33 de la Constitution.

Une nouvelle proposition de modification du Règlement ayant été déposée en 2020, le Parlement wallon a finalement franchi le cap¹⁴⁷. La première commission délibérative est organisée par le Parlement wallon en cet automne 2023, grâce à la pétition déposée en ce sens par plus de deux mille électeurs, sur le thème suivant : « Comment impliquer les Wallonnes et les Wallons dans la prise de décision, de manière délibérative et permanente, en s'inspirant notamment du dialogue citoyen

145. *Doc. parl.*, Parl. wall., 2015-2016, n° 415/1, p. 4.

146. CRIC, Parl. wall., 2016-2017, n° 28, séance du 7 novembre 2016, p. 32.

147. *Doc. parl.*, Parl. wall., 2020-2021, n° 248/1.

permanent existant en Communauté germanophone qui procède par tirage au sort ? »¹⁴⁸.

Ces avancées de la démocratie participative menées par les entités fédérées belges sont épinglées au niveau international¹⁴⁹ et finalement imitées au niveau fédéral¹⁵⁰. Il n'en demeure pas moins que les hésitations sur les limites, le cadre juridique et la nature des normes (décret spécial ? décret ? règlement ?) instituant le tirage au sort au niveau fédéré illustrent à suffisance les impasses auxquelles mène l'autonomie constitutive telle qu'elle est prévue actuellement. Pour que ces innovations puissent passer la rampe, elles doivent en effet relever de l'organisation « interne » de ces Parlements, sans que le pouvoir décisionnel qui leur est conféré par la Constitution ne soit altéré. En pratique, les Parlements des entités fédérées sont donc contraints soit de voter des décrets « de combat » suscitant certaines controverses en droit, soit de passer par leur règlement d'assemblée pour éviter toute contestation. En pratique, les inconsistances de l'autonomie constitutionnelle actuelle condamnent donc la démocratie participative à la fragilité et à l'impuissance.

Réviser l'article 118 de la Constitution pour accorder la pleine autonomie, relative à leur composition à leur fonctionnement, aux Parlements fédérés est donc une urgence afin de leur permettre de se doter des instruments démocratiques qui leur paraissent les plus adaptés à la société contemporaine, sans devoir dépendre des inerties et des incertitudes de l'étage fédéral.

Conclusions : du boulet à l'élytre

Après avoir montré les failles de l'autonomie constitutive en Belgique (section 1), nous avons trouvé l'inspiration auprès des autres États fédéraux (section 2). Nous avons finalement proposé une refonte de l'autonomie constitutive (section 3) permettant de réformer ce fédéralisme de l'étrange.

148. Sur cette commission : <https://www.parlement-wallonie.be/commission-deliberative-entre-deputes-et-citoyens-tires-au-sort>.

149. « Le modèle de l'Ostbelgien, la Communauté germanophone de Belgique », in OCDE, *Participation citoyenne innovante et nouvelles institutions démocratiques*, Synthèse 2020, p. 38.

150. Loi du 2 mars 2023 établissant les principes du tirage au sort des personnes physiques pour les commissions mixtes et les panels citoyens organisés à l'initiative de la Chambre des représentants, *M.B.*, 3 avril 2023.

S'il y a bien une matière qui mériterait à notre sens une « défédéralisation » lors de la prochaine réforme de l'État, c'est l'autonomie constitutive. La révision des articles 118 et 123 de la Constitution devrait être au centre des débats, pour, après plus de 30 ans d'atermoiements, permettre à chaque entité fédérée de déterminer elle-même, à l'avenir, son modèle institutionnel, la place des citoyens dans ce modèle et les rapports qui s'y nouent entre gouvernants et gouvernés.

Quel étrange fédéralisme que celui où cet État fédéral impose à toutes ses entités fédérées, par une loi, dite « spéciale », un système institutionnel identique au sien, remontant à Mathusalem ou à tout le moins à une époque antérieure à la première réforme de l'État, et qui n'a plus jamais fait l'objet d'une révision lors des différentes réformes successives depuis 50 ans, alors même que, sur plusieurs points, ce système inchangé est manifestement érodé par le temps et que la confiance des citoyens envers les institutions politiques est en chute libre au fil du temps.

Quel étrange fédéralisme que celui où ces entités fédérées doivent supporter un système électoral qu'elles n'ont pas librement choisi et qui a suffisamment démontré, au niveau fédéral, qu'il entraînait des difficultés parfois insurmontables pour constituer un gouvernement dans un délai décent.

Quel étrange fédéralisme que celui où les élections des entités fédérées sont régies par un mécanisme d'auto-contrôle qui bafoue allègrement le droit, pour tous les candidats, à l'accès à un tribunal impartial et qui a été logiquement censuré par la Cour européenne des droits de l'homme, à la honte de notre pays.

Quel étrange fédéralisme que ce modèle représentatif imposé à tous les étages de la Fédération minant tout procédé de démocratie un peu plus directe ou plus participative.

En s'inspirant des expériences étrangères qui sont généreuses en matière d'autonomie constitutive, le Constituant belge ferait plusieurs coups. D'une part, sur le plan du fédéralisme, il romprait avec ce fédéralisme de l'aiguillage qui consiste à distribuer l'autonomie constitutive selon la logique de la râpe à fromage, comme s'il s'agissait d'une compétence matérielle comme les autres. D'autre part, sur le plan du parlementarisme, il accorderait enfin aux parlements fédérés les attributs qui leur permettent de jouer leur rôle parlementaire de manière crédible, et non pas comme des parlements-croupions. Par ailleurs, sur le volet de la citoyenneté, cette pleine autonomie donnerait les moyens aux entités fédérées de développer leur propre agora, d'innover sur le plan démocratique et de renouveler un système représentatif à bout

de souffle. Cette réforme serait en outre bien plus cohérente, lisible et compréhensible pour les citoyens eux-mêmes, l'embrouillamini actuel étant un obstacle majeur à l'exercice d'une citoyenneté active et éclairée. Enfin, cette pleine autonomie fédérée obligerait le Constituant à fixer lui-même les principes constitutionnels communs qui constituent le ciment de la Fédération et qui, à ce titre, échapperaient à l'autonomie constitutive fédérée.

De boulet qui plombe le fédéralisme belge, l'autonomie constitutive se transformerait alors en élytre capable de pousser le modèle belge vers le haut, de lui faire atteindre les cimes et d'élargir ses horizons de manière prometteuse.

D'UN FÉDÉRALISME DUALISTE VERS UN FÉDÉRALISME COOPÉRATIF. UNE ALTERNATIVE À UNE RÉFORME DE L'ÉTAT ?

Karel Reybrouck

Chercheur postdoctoral – Centre de recherche sur l'État
et la Constitution

Collaborateur scientifique – Leuven Centre for Public Law

Introduction

1. La méthode classique de réforme de l'État est soumise à une pression croissante. En effet, il semble de plus en plus difficile de trouver les majorités des deux tiers nécessaires pour modifier la Constitution et les lois spéciales. Ce chapitre propose une alternative permettant une réforme institutionnelle sans modification formelle de la Constitution ou des lois spéciales : passer d'une approche strictement dualiste à une approche plus coopérative des règles répartitrices de compétences.

2. Les systèmes fédéraux peuvent être classés sur une échelle de la coopération, avec le « fédéralisme dualiste » à une extrémité et le « fédéralisme coopératif » de l'autre¹. Le fédéralisme dualiste désigne un système dans lequel le niveau fédéral et celui des entités fédérées fonctionnent indépendamment l'un de l'autre. Chaque pouvoir adopte unilatéralement ses propres normes juridiques formelles dans son propre domaine de compétence. Pour garantir l'autonomie et l'indépendance de chaque entité, les compétences sont en principe réparties

1. W. SWENDEN, *Federalism and regionalism in Western Europe: a comparative and thematic analysis*, Basingstoke, Palgrave, 2006, pp. 49-50.