



**HAL**  
open science

## **Autorité et conflit d'autorités en droit fédératif**

Jorge Cagiao y Conde

► **To cite this version:**

Jorge Cagiao y Conde. Autorité et conflit d'autorités en droit fédératif. L'Europe en formation. Revue d'études sur la construction européenne et le fédéralisme, 2012, n° 363 (1), pp.121-142. <10.3917/eufor.363.0121>. <hal-04817440>

**HAL Id: hal-04817440**

**<https://hal.science/hal-04817440v1>**

Submitted on 4 Dec 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

# ***Autorité et conflit d'autorités en droit fédératif***

Jorge Cagiao y Conde

*Maître de conférence à l'Université de Tours (laboratoire Interaction culturelle et discursives - ICD).*

## **Introduction**

Longtemps dominés par la lecture juridique et institutionnelle privilégiée par la doctrine dominante (verticalité des rapports fédératifs, la notion de souveraineté, l'acte fondateur de la fédération compris comme une constitution-loi, etc.), les débats académiques portant sur le fédéralisme ont vu ces dernières années émerger avec force une lecture politique des rapports fédératifs qui met davantage l'accent sur la nature conflictuelle de la relation fédérale. Cette lecture plaide en faveur de l'adoption de mesures techniques susceptibles de donner une traduction institutionnelle plus juste des rapports fédératifs et plus soucieuse à la fois de défendre les valeurs de base du fédéralisme (pluralisme, paix, etc.) et de promouvoir une véritable culture fédérale dans la fédération<sup>1</sup>.

---

1. Par exemple : W. Norman, *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, 2006. O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007. R. Máiz, *La frontera interior. El lugar de la nación en la teoría de la democracia y el federalismo*, Murcia, Tres Fronteras, 2008. A.-G. Gagnon, *Au-delà de la nation unificatrice : Plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Institut d'Estudis Autinòmics, 2007. id., *L'âge des incertitudes. Essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Presses de l'Université de Laval, 2011. F. Requejo, *Fédéralisme multinational et pluralisme de valeurs. Le cas espagnol*, Bruxelles, Peter Lang, 2009. C. Parent, *Le concept d'État fédéral multinational. Essai sur l'union des peuples*, Bruxelles, Peter Lang, 2011.

L'expérience démocratique dans plusieurs contextes fédératifs des 20 ou 30 dernières années, avec le développement et la consolidation à l'échelle régionale de majorités territoriales nationalistes désireuses d'une reconnaissance politique et, porteuses d'un projet concurrent de *state-building* et/ou *nation-building* (Québec, Catalogne, Pays Basque, Écosse, etc.), semble confirmer la nature politique et conflictuelle des rapports entre les différents ordres juridiques dans les contextes fédératifs, et en conséquence la pertinence, dans les études spécialisées en la matière, de l'approche politique du fédéralisme. En effet, compte tenu de l'impasse dans laquelle se trouvent çà et là les discussions autour du fédéralisme, tantôt comprises comme tendant naturellement vers une plus grande centralisation et homogénéisation, tantôt accusées de pousser vers la sécession, et compte tenu aussi des doutes surgis sur sa capacité à concilier les attentes des différents acteurs, lesdites expériences montrent à la fois les limites des solutions proposées par la théorie classique du fédéralisme et la nécessité de repenser et de redéfinir le lien fédératif en prenant en considération deux facteurs politiques importants : 1) la légitimité démocratique dont jouissent les unités fédérées, qui les autorise à chercher un dialogue avec la fédération ou l'État d'égal à égal ; 2) le dialogue comme seul moyen d'introduire les réformes légales et constitutionnelles nécessaires afin de satisfaire les différents acteurs et d'établir ainsi un climat propice à la confiance et à la loyauté fédérales.

Dans cette tentative de redéfinition du fédéralisme, nous pouvons nous demander quel peut être l'intérêt de la notion d'autorité. Dans la mesure où le conflit a souvent été présenté par les représentants des minorités nationales ou des unités fédérées comme un problème de légitimité, plutôt que de droit ou de stricte légalité (voir les conflits Canada-Québec, Espagne-Catalogne, ', etc.)<sup>2</sup>, on peut penser que la notion d'autorité, à la différence de la notion de souveraineté, dont la rigidité toute bodinienne la rend peu sensible au dialogue entre égaux précité<sup>3</sup>, peut avoir l'avantage de décrire de manière plus réaliste et éclairée le conflit politique caractéristique en contexte fédératif (conflit d'autorités), nous permettant dès lors de mieux penser la traduction juridique et institutionnelle

2. Les relations entre la Catalogne et l'État espagnol se sont encore dégradées ces dernières années. La décision du Tribunal constitutionnel en 2010 invalidant 14 articles et modifiant par voie interprétative 27 autres articles ou dispositions additionnelles du Statut d'autonomie de la Catalogne, voté en 2005 à une très large majorité des élus catalans (120 pour, 15 contre), puis ratifié en référendum populaire en 2006 (avec 72,9 % des voix exprimées et une abstention de 50 %) a été perçue en Catalogne comme une entrave illégitime à la volonté du peuple catalan d'accroître son autonomie. On rappelle aussi l'annonce, à l'heure où nous écrivons, du gouvernement écossais concernant la tenue d'un référendum sur l'indépendance de l'Écosse probablement pour 2014.

3. La notion de souveraineté pose problème dans la mesure où elle est généralement perçue comme étant une et indivisible. Qu'elle le soit ou non n'est pas d'ailleurs le plus important. Le fait en revanche qu'on la tienne pour une et indivisible est ce qui pose problème pour une bonne compréhension du fédéralisme. D'ailleurs, les travaux d'Elizabeth Zoller sur le fédéralisme américain sont une démonstration convaincante, s'il en fallait une, que fédéralisme et souveraineté sont compatibles, à la seule condition d'assouplir la notion de souveraineté. Cf. E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », dans *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, t. 294, 2002, pp. 41-166.

dont a besoin la fédération pour pouvoir être à son tour perçue comme une véritable autorité (légitime).

Notre réflexion portera sur la logique juridique et politique du fédéralisme. En d'autres mots, elle tentera de montrer quelles sont les conclusions à tirer de la lecture juridique et de la lecture politique du fédéralisme. Il importe de noter que ces deux logiques sont très différentes ; on peut même les présenter comme antagonistes. La logique politique appliquerait à son objet (fédéralisme) ce qu'on pourrait appeler avec Kelsen une « *conception subjectiviste de la connaissance* », alors que la logique juridique, appliquée au droit fédératif, serait à rapprocher d'une « *conception objectiviste de la connaissance* <sup>4</sup>. » Cette précision importe à un double titre : d'abord, dans la mesure où cet article tentera d'expliquer que l'équilibre proprement fédératif passe par la conciliation de l'antagonisme entre la lecture politique du lien fédératif (autant d'interprétations possibles et même divergentes que d'acteurs politiques dans la fédération) et sa lecture juridique (ce que le lien fédératif peut signifier, indépendamment de la lecture politique égoïste que chaque acteur pourrait en faire) ; puis, dans la mesure où le lien fédératif sera décrit comme étant un rapport politique régi et coordonné par le droit, autrement dit, comme étant un accord de volontés (subjectives) acceptant de se soumettre à une autorité tierce qui, tout en ayant une certaine existence politique, serait définie par sa nature objective ou sa raison juridique. Il importera, bien sûr, d'expliquer en quoi consiste cette nature juridique et quelles sont les conditions auxquelles cette raison peut être perçue essentiellement comme juridique ou objective.

Nous procéderons en trois temps. Dans la première partie, nous nous intéresserons aux fondements théoriques et aux sources de légitimation de l'autorité fédérée dans la fédération, tant dans sa phase constituante (son acte fondateur) que dans son fonctionnement ultérieur. La deuxième partie de l'article sera consacrée à l'autorité fédérale et au rôle fondamental de l'autorité interprétative du juge dans le processus d'autonomisation de l'ordre juridique fédéral, préalable indispensable à la création et au développement d'une autorité fédérale. Les cas des États-Unis et de l'UE serviront d'illustration. Après les niveaux fédérés et fédéral, nous discuterons de la place de la justice constitutionnelle (instance ou niveau tiers) dans une fédération ainsi que des garanties et des conditions d'impartialité qui doivent entourer son activité afin de pouvoir être perçue comme une véritable autorité dans la gestion et la résolution des conflits entre niveau fédéré et niveau fédéral.

---

4. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant-L.G.D.J., 1999, pp. 332-334. La détermination des « limites » de chaque ordre juridique, comme détermination de la compétence de l'ordre juridique fédéral et de l'ordre juridique fédéré, porte toujours sur la signification (interprétation) d'une norme de répartition de la compétence, norme qui pourra être appliquée ou interprétée, comme on le verra, en suivant une conception objectiviste de la connaissance ou une conception subjectiviste.

## 1. L'autorité fédérée : une autorité assurée par la logique politique du pacte fédératif?

La doctrine dominante en droit public définit la fédération comme étant un rapport hiérarchique ou de subordination entre l'État fédéral et les États fédérés. L'idée d'une souveraineté partagée ou plurielle serait ainsi rejetée comme étant une absurdité juridique car seul l'État fédéral pourrait être considéré comme souverain. Dans le cadre de cet article, nous ne pouvons pas discuter en profondeur cette thèse, mais l'étude de la notion d'autorité en droit fédératif nous oblige à formuler au moins la question suivante : la thèse de la souveraineté une et indivisible, en contexte fédératif, ne revient-elle pas à remettre en question l'idée que les unités fédérées puissent avoir quelque autorité, et ainsi la possibilité d'un véritable conflit d'autorités entre le niveau fédéré et le niveau fédéral? Telle est en effet la question qu'on peut se poser, car, à suivre la doctrine dominante, seul le niveau fédéral aurait la capacité d'imposer sa volonté en dernier ressort, ce qui est, comme le rappelle Olivier Beaud, le trait caractéristique de l'autorité en droit public : « *l'autorité qui limite une autre autorité qui se prétend souveraine, devient elle-même souveraine, et brise la souveraineté de cette dernière*<sup>5</sup> ».

Aujourd'hui, fortement contestées par les études spécialisées en la matière, il suffira de dire ici que les conclusions de la doctrine dominante semblent réfutées à la fois par la logique politique du fédéralisme (1) et par le droit positif (2).

### 1.1. Ce que le pacte nous dit à propos de l'autorité des parties fédérées et du lien fédératif

La littérature spécialisée distingue un fédéralisme dit « par association » et un fédéralisme « par dissociation ». Si le dernier modèle est désormais bien connu et a mérité une attention spéciale ces dernières années dans les sciences politiques et juridiques, notamment en Espagne, en Belgique et en Grande-Bretagne, nous ne nous intéresserons ici qu'au fédéralisme par association. La raison de ce choix est simple : quel que puisse être l'intérêt (certain) du modèle dissociatif pour l'étude du fédéralisme, on peut considérer que sa logique initiale n'est pas celle du fédéralisme. Là où le fédéralisme cherche à unir des unités ou corps politiques ayant une liberté d'action pleine, le modèle dévolutif cherche simplement à décentraliser l'État en donnant un pouvoir décisionnel plus ou moins large à des territoires qui, jusque-là, n'en avaient pas ou en avaient très peu<sup>6</sup>. Autrement dit, bien que la volonté des unités sous-étatiques puisse être pour quelque chose dans le processus de décentralisation mis en place (comme réponse de l'État, par exemple, à une série de revendications d'autonomie territoriale), et bien qu'à un moment donné

5. O. Beaud, *Théorie...*, p. 323.

6. Le cas de la Belgique, après sa réforme constitutionnelle de 1993, est un cas tout à fait à part.

ce processus de décentralisation puisse rivaliser en termes d'approfondissement de l'autonomie avec un système fédératif (voir l'exemple espagnol), ce n'est pas la volonté des parties qui peut être considérée comme volonté constituante d'une réforme de cette nature. Or c'est justement l'élément volontariste ou démocratique qui nous intéresse dans la mesure où il est appelé à traduire dans le pacte fédératif les aspirations, les projets et les craintes des parties fédérées.

L'affirmation précédente est importante car elle tient à bien distinguer fédéralisme et décentralisation, la logique du fédéralisme et celle de la décentralisation. À la différence de la décentralisation, processus vertical qui obéit à une seule volonté politique, le pacte fédératif nous permettrait de bien comprendre le sens et la finalité du fédéralisme (la fin particulariste des différents peuples et la fin commune de la fédération, selon Beaud<sup>7</sup>), ainsi que la manière dont cette diversité de corps politiques peut s'organiser dans une fédération. En d'autres mots, il nous permettrait de comprendre pourquoi les parties fédérées veulent s'unir, à quelles conditions elles acceptent de s'unir, et dans quel but et pourquoi elles ont, à cette fin, recours au principe du fédéralisme (étant entendu que, en vue de leur union, les parties pourraient avoir recours à un autre principe que le fédéraliste).

Le pacte fédératif peut être défini comme l'acte par lequel plusieurs États ou corps politiques distincts acceptent de s'unir d'une manière durable à des fins déterminées dans l'acte fondateur (constitution ou traité). À ce stade initial, des questions importantes, comme la répartition des compétences (le noyau dur du fédéralisme selon Kelsen : « *la répartition des compétences est le noyau politique de l'idée fédéraliste*<sup>8</sup> ») ou l'arrangement institutionnel choisi ne se posent pas encore. Ce qui importe, au commencement, c'est la volonté de vivre et créer ensemble, volonté qui peut être précédée ou accompagnée, naturellement, de négociations portant sur des questions d'ordre technique et institutionnel. Comme l'a expliqué Hans Kelsen, le fédéralisme porterait ainsi en lui une marque d'internationalité indéniable qui rappelle l'acte de création de la fédération, similaire en tout point, selon l'Autrichien, à la signature d'un traité entre États souverains : « *Normally, a federal State comes into existence through an international treaty concluded by independent States*<sup>9</sup> ».

Le pacte implique nécessairement que les États contractants, devenus ensuite États membres de la fédération, aient au moment de la signature du pacte fédératif une autorité pour ainsi dire parfaite. Pas de fédération donc sans la volonté

7. O. Beaud, *Théorie...*, p. 273 et ss

8. H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP, 1928, cité par O. Beaud, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », dans C. M. Herrera, (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant - L.G.D.J., 2001, p. 66.

9. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2007, p. 318. Les travaux d'Elisabeth Zoller insistent aussi sur le caractère international, à mi-chemin entre le droit public interne et le droit international, du fédéralisme : « *Une fédération d'États est une structure composée d'États qui se situe entre le droit constitutionnel et le droit international* » (E. Zoller, *op. cit.*, p. 73).

préalable des États fondateurs. Les actes fondateurs des fédérations historiques classiques (États-Unis, Suisse, etc.), auxquels s'est intéressé Olivier Beaud, ou encore, plus près de nous, de l'UE, montrent bien que c'est le pacte qui met en place le lien fédératif entre les parties, créant des droits et des obligations jusque-là inexistantes.

Partant de cette prémisse, la déduction à tirer de la nature pactiste du fédéralisme est simple et pourrait se résumer ainsi : corps politiques indépendants, dotés d'une existence politique propre avant le pacte, il est raisonnable de penser que les contractants tiennent à conserver cette capacité à disposer d'eux-mêmes une fois le pacte signé. C'est ce que Beaud appelle la « *fin particulariste* » du fédéralisme<sup>10</sup>, qui prend chez Carl Schmitt le nom de « *volonté d'autoconservation*<sup>11</sup> », ou chez Kelsen « *la liberté d'action de l'État*<sup>12</sup> ». Seule une menace capable de faire craindre aux États fondateurs pour leur survie pourrait les pousser à céder, au profit d'un plus grand corps politique, tout ce qui est censé assurer leur autoconservation. Autrement dit, il est déraisonnable de penser qu'un être libre et indépendant puisse entrer dans une union avec d'autres êtres libres et indépendants sans vouloir conserver son existence politique et les moyens nécessaires à sa conservation. On peut ainsi conclure que c'est de sa condition de membre fondateur de la fédération et des moyens politiques qu'il doit vouloir conserver que le niveau fédéré tire son autorité.

Ce premier élément ayant été expliqué, il nous faut maintenant voir ce que devient l'autorité des États fondateurs dans la fédération, question sans doute plus controversée que la première.

### *1.2. L'autorité des parties fédérées : confirmation par le droit positif*

Les États qui fondent la fédération sont nécessairement souverains. L'une des différences que la doctrine dominante voit entre l'État fédéral et la confédération est que dans l'État fédéral il y aurait un transfert de souveraineté des États fondateurs en son profit, dès lors seul souverain, tandis que dans la confédération, seuls les États fondateurs seraient souverains. L'explication semble aujourd'hui devoir être nuancée<sup>13</sup>.

Il faudrait distinguer ici de manière très claire la lecture politique du fédéralisme (et de la souveraineté), d'une part, et la lecture juridique, d'autre part<sup>14</sup>.

10. O. Beaud, *Théorie...*, 273 et ss.

11. C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, Quadrige/PUF, 2008, p. 515.

12. H. Kelsen, *Théorie pure...*, pp. 330-331.

13. Pour une critique de cette théorie, cf. O. Beaud, *Théorie...*, pp. 67-97.

14. On peut faire ici un rapprochement avec les explications de Kelsen au sujet de la souveraineté étatique et du droit international. La primauté du droit international n'implique pas selon Kelsen la perte de la liberté d'action de l'État, mais seulement le transfert d'un certain nombre de compétences à l'ordre juridique supérieur. Le fait que l'ordre juridique supérieur prime l'ordre étatique dans les domaines laissés sous sa compétence n'entraîne

La lecture politique du fédéralisme met en évidence un choc de puissances qui sont, de par la souveraineté parfaite que l'une et l'autre prétendent avoir, appelées à ce que Carl Schmitt nomme « *un conflit existentiel* <sup>15</sup> ». Les pères fondateurs des États-Unis avaient déjà mis cette épineuse question sur la table avant que la constitution de 1787 ne fût ratifiée, les uns, les anti-fédéralistes, considérant que les États fondateurs conserveraient leur souveraineté intacte, les autres, les Fédéralistes, rétorquant que les États ne pourraient être que des « *residuary authorities* <sup>16</sup> ». Loin d'être apaisé par la création de la *judicial review*, œuvre de génie du président de la Cour suprême en 1803 (*Marbury v. Madison*), John Marshall, ce conflit d'autorités ne fut que plus intense. Affirmer la suprématie de la constitution était aussi d'une certaine manière affirmer la supériorité politique du fédéral sur le fédéré. Les choses furent néanmoins beaucoup moins simples qu'on aurait pu le penser après *Marbury*, car les États opposèrent une résistance qui aboutit, comme l'on sait, à la guerre de Sécession en 1861. C'est bien la preuve que l'autorité fédérale n'était pas reconnue comme telle et que les États du Sud entendaient bien conserver leur souveraineté. La suite fut comme l'un de ces combats de boxe qui se décide finalement aux points, par décision arbitrale, après une lutte acharnée : chaque pas en avant, permettant de renforcer l'autorité fédérale, était suivi d'un pas en arrière, confortant l'autorité des États, tant et si bien qu'on pourrait bien se demander si, au bout du compte, on n'aurait pas eu un match nul <sup>17</sup>.

Même si les commentateurs s'accordent à voir aujourd'hui les États-Unis comme un État-nation consolidé, et par conséquent à accorder la victoire de la bataille fédéraliste aux *federalist*, il est important de retenir de l'expérience américaine – beaucoup trop simplifiée ici –, que la résistance des États face aux tentatives de centralisation du système a toujours été menée, paradoxalement, au nom du fédéralisme, sous-entendant par là que le fédéralisme justifierait l'existence d'autorités étatiques fortes en face du gouvernement fédéral. Cette conclusion

---

nullement la perte de la souveraineté de l'État, qui demeure en réalité entière. Cf. H. Kelsen, *Théorie pure...*, pp. 311 et ss.

15. Kelsen, *Théorie pure...*, 518.

16. L. Robel, E. Zoller, *Les états des Noirs. Fédéralisme et question raciale aux États-Unis*, Paris, PUF, 2000, pp. 7-8

Pour une synthèse : F. Vergniolle de Chantal, *Fédéralisme et antifédéralisme*, Paris, PUF, 2005.

Pour suivre ce débat : A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, (*The Essential Federalist and Anti-Federalist Papers*, New York, Classics Books America, 2009).

R. Ketcham, (ed.), *The anti-Federalist Papers and the Constitutional Debates*, Signet Classic, 2003.

17. Cf. J.-Ph Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme. C. John Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, Paris, PUF, 2004.

F. Vergniolle de Chantal, *Le Fédéralisme américain en question : de 1964 à nos jours*, Dijon, EUD, 2006. E. Zoller, « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État », *Archives de philosophie du droit*, 49, 2005, pp. 109-122.

id. « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006, pp. 104-109.

a été validée à plusieurs reprises par la Cour suprême, y compris dans le célèbre arrêt *McCulloch v. Maryland*, en 1819 :

*En Amérique, les pouvoirs de souveraineté sont divisés entre le gouvernement de l'Union et ceux des États. Ils sont chacun souverains en ce qui concerne les buts confiés à l'un et jamais souverains en ce qui concerne les buts confiés à l'autre<sup>18</sup>.*

L'histoire des États-Unis illustre bien la tension politique entre le fédéral et le fédéré qui caractérise les contextes fédératifs. Si la lecture politique du fédéralisme met en évidence un conflit d'autorités, c'est plutôt sous la forme du conflit de lois – davantage « coordination » que « conflit » – que pourrait se laisser appréhender le mieux la lecture juridique du fédéralisme. Et en ce sens, si la face politique du fédéralisme semble dévoiler une autorité que l'on peut considérer comme intransigeante, au sens où la souveraineté que chacune des forces en présence possède est considérée comme devant s'imposer en dernière instance, la face juridique nous offre une image plus souple et sans doute plus juste de l'autorité en droit : chaque acteur aurait, dans la fédération, une parcelle d'autorité qui lui reviendrait en propre, lui permettant ainsi, dans les domaines de compétence qui sont les siens, d'imposer sa norme en écartant celle des autres<sup>19</sup>. Les États-Unis seraient, selon Elisabeth Zoller, un parfait exemple de cette logique de la souveraineté éclatée :

*Les États-Unis représentent un remarquable exemple de cet État à deux visages qu'est la fédération d'États, cet État dont la souveraineté est une lorsqu'elle regarde vers l'extérieur, mais plurielle lorsqu'elle est tournée vers l'intérieur<sup>20</sup>.*

De nombreux exemples montrent, en droit positif, la trace de cette souveraineté des unités fédérées dans les systèmes fédératifs. C'est le cas, par exemple, de la répartition des compétences entre le niveau fédéré et le niveau fédéral. S'il arrive que le fédéral ait une compétence de droit commun (Canada), le fédéralisme tel que conçu à la lumière du pacte prévoit généralement une compétence de principe pour le niveau fédéré et une compétence d'attribution pour le niveau fédéral (États-Unis ou UE). En d'autres termes, le fédéral aurait les compétences énumérées dans la constitution, le fédéré ayant les restantes. Cette dernière so-

18. E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 34.

19. Cf. par exemple l'arrêt *Erie Railroad Co. v. Tompkins* (304 US 64 – 24 avril 1938) : « À l'exception des matières régies par la Constitution fédérale ou par les lois du Congrès, le droit applicable dans n'importe quelle affaire est le droit de l'État. Et il n'est pas du ressort des autorités fédérales de dire si ce droit doit être énoncé par le législateur de l'État dans une loi ou par la Cour suprême de cet État dans ce droit. Il n'existe pas de "droit commun" fédéral général. [...] L'autorité, et la seule autorité, est l'État, et s'il en est ainsi, la voix choisie par l'État comme étant la sienne (que ce soit la voix de son législateur ou de sa Cour suprême) doit avoir le dernier mot » (in E. Zoller, *Les grands arrêts...*, pp. 253-254).

20. E. Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, cité par Le Y.-E Bos, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 55-56.

lution laisse une latitude tout à fait conséquente aux autorités fédérées, tant et si bien qu'on peut dire que dans un très grand nombre de domaines qui touchent directement les citoyens, c'est le fédéré qui décide de la politique à conduire. C'est bien ce que l'on appelle une autorité de dernier ressort, qu'aucune autre autorité ne peut écartier et vaincre par le droit<sup>21</sup>, tout empiètement sur son domaine de compétence pouvant être dénoncé comme étant une dérogation au pacte.

Quelles leçons peut-on tirer de cette lecture juridique? Le seul exemple de la division de compétences montre que le niveau fédéré a *a priori* le dernier mot dans les domaines qui sont de son ressort.

## **2. L'autorité fédérale : le droit comme fondement d'une autorité discutée**

Dans les pages précédentes, nous avons vu que si l'on suit la logique politique du fédéralisme, l'autorité fédérée semble assurée d'une légitimité et d'un soutien similaires à ceux que l'on trouve dans tout État. À la question : pourquoi les citoyens voient en leurs gouvernants une autorité légitime? on pourra répondre de multiples façons, mais rien ne nous permet de penser que ces réponses pourraient ne pas convenir pour expliquer ou justifier l'autorité d'un État fédéré qui vient de cofonder une fédération. Mais il n'en va pas de même pour le niveau fédéral. Si l'autorité fédérée trouve sa légitimité dans l'existence politique de la communauté, dans son identité, sa culture et ses valeurs démocratiques, il en va tout autrement pour la fédération naissante, celle-ci manquant de tout ce que les États fondateurs ont, à savoir un peuple, une culture, etc. La fédération serait, à ce stade initial, une forme sans fond ni substance existentielle. En somme, le niveau fédéral, appelé à s'autonomiser, car non moins souverain que les États fédérés dans les domaines que la constitution laisse sous sa responsabilité, tient son autorité initialement de la seule volonté des États fédérés. D'où sa fragilité initiale et la nécessité d'user des armes que le droit met à sa disposition. Faute d'un gouvernement et d'un pouvoir législatif forts, c'est dans la justice constitutionnelle que le niveau fédéral a toujours trouvé son meilleur allié.

Si l'exemple des États-Unis illustre bien le rôle de la justice constitutionnelle dans le processus d'autonomisation du fédéral (1), le cas de l'UE a ceci de particulier que l'autonomisation (primauté) acquise par l'ordre juridique supérieur contraste avec un processus d'intégration politique faible, dans lequel on peut voir la logique politique à l'œuvre dans les processus de construction d'une structure fédérative (*federalism-building*) (2).

21. Il faudra nuancer cette affirmation plus loin. En attendant, il convient de retenir que cette conclusion est fondamentale pour l'équilibre fédératif tant la confiance que les parties peuvent avoir dans le principe du fédéralisme comme moyen de régler et de coordonner les rapports entre fédéré et fédéral dépend justement du respect de la répartition de compétences par le niveau chargé de vider les différends entre le fédéré et le fédéral, qui n'est autre, comme nous le verrons, que le niveau fédéral.

### 2.1. *L'interprétation du pacte fédératif comme source d'une autorité fédérale aux États-Unis*

La création de la *judicial review* par la Cour suprême a été, de l'avis unanime des commentateurs, un coup de maître du juge Marshall<sup>22</sup>. En plaçant la constitution au sommet de l'ordre juridique de l'Union, la Cour suprême donnait satisfaction à ceux qui souhaitaient voir le gouvernement fédéral jouer un rôle central dans la conduite des affaires publiques. Dès lors que la Cour suprême avait le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois votées par les législatures des États ou par le Congrès, le pouvoir des États se trouvait ainsi limité aussi bien par la Cour que par l'Union elle-même, celle-ci pouvant dès lors exploiter « les silences » de la constitution et les décisions de la Cour suprême en son propre profit. C'est ce que les commentateurs et historiens de l'expérience fédérale américaine appellent le « fédéralisme nationaliste », qui marque une réelle volonté de la part du gouvernement fédéral d'étendre ses compétences au détriment des États.

Si la première pierre de l'édifice des fédéralistes nationalistes est posée en 1803 avec *Marbury v. Madison*, c'est sans doute l'arrêt de 1819, *McCulloch v. Maryland*, qui est le plus important en ce qui concerne le fédéralisme<sup>23</sup>. *McCulloch v. Maryland* pose le problème des pouvoirs respectifs de l'Union et des États fédérés dans un litige qui opposait le caissier d'une succursale de la Banque des États-Unis (la seconde, créée en 1816) à l'État du Maryland. McCulloch se plaignait des amendes que l'État fédéré lui avait infligées pour avoir émis des billets sans s'être acquitté des taxes que la loi du Maryland imposait aux banques non enregistrées dans son État. Le gouvernement fédéral considérait qu'aucun État ne pouvait taxer un instrument monétaire fédéral, considérant cet acte comme une entrave à son action publique, alors que l'État fédéré considérait qu'il avait la compétence souverainement reconnue par la constitution de taxer qu'il voulait sur son territoire, et qu'en outre l'Union n'avait pas le droit de créer une banque fédérale, l'Union n'ayant pas une compétence d'attribution en la matière. La Cour suprême fut appelée à vider ce différend et à apporter une réponse aux deux questions suivantes : l'Union était-elle compétente pour créer une Banque fédérale ? Si oui, les États pouvaient-ils taxer les billets émis sur leur territoire par la Banque fédérale ? C'est dans cet arrêt que le juge Marshall élabore la théorie des pouvoirs impliqués (ou implicites) de l'Union (*implied powers*) en affirmant que l'Union avait le droit de faire toutes les lois qui seraient nécessaires et convenables pour agir efficacement dans les domaines que la constitution lui avait confiés<sup>24</sup>.

22. E. Zoller, (dir.), *Marbury v. Madison: 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003. id., *Les grands arrêts...*, pp. 1-28.

23. O. Beaud, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », dans *La notion de « justice constitutionnelle »*, C. Grewe, O. Jouanjan, E. Moulin, P. Wachsmann, (dir.), Paris, Dalloz, 2005, p. 67.

24. E. Zoller, « *Les grands arrêts...* » pp. 29-55.

Elle pouvait ainsi créer une Banque fédérale parce que les Pères fondateurs n'auraient pas compris qu'on ne donne pas au Congrès les moyens des responsabilités que la constitution lui attribuait<sup>25</sup>, et cette banque ne pouvait pas être taxée par un État dans la mesure où ce serait là taxer le peuple américain (créateur des États-Unis), sur lequel « *les États ne pouvaient prétendre à aucun contrôle* »<sup>26</sup>. S'ils ont voulu l'Union, ils ne pouvaient pas lui refuser les pouvoirs (implicites) qu'ils lui avaient eux-mêmes accordés.

On pourrait penser qu'après deux défaites aussi lourdes (*Marbury* et *McCulloch*), la souveraineté des États était définitivement compromise. Et pourtant, comme Elisabeth Zoller et Lauren Robel l'expliquent, l'histoire de la Cour suprême et de sa jurisprudence est faite de revirements qui ne sont pas toujours faciles à comprendre si on laisse de côté le sens et la place centrale du fédéralisme aux États-Unis<sup>27</sup>. En effet, si l'on pense par exemple à l'histoire de la ségrégation raciale (après la guerre de Sécession, validée par l'arrêt *Plessy v. Ferguson* en 1892), puis de la déségrégation (après le célèbre arrêt *Brown v. Board Of Education of Topeka* en 1954), on voit que le sort du fédéralisme aux États-Unis a évolué essentiellement au gré de la jurisprudence de la Cour suprême et de l'interprétation qu'elle donnait de la place du fédéralisme dans l'Union. Et si on assiste depuis les années 1980-1990 à un recul considérable des thèses déségrégationnistes et de l'*affirmative action*, c'est parce que la Cour suprême considère désormais qu'on est allé beaucoup trop loin dans la lecture centraliste de la constitution<sup>28</sup>. La volte-face « fédéraliste »<sup>29</sup> de sa jurisprudence s'est inscrite si fermement en faux contre la jurisprudence du juge Marshall du début du XIX<sup>e</sup> siècle ou de la période du *New Deal* que, comme le rappelle Elisabeth Zoller, la Cour suprême n'a pas hésité un instant à annuler récemment une loi fédérale qui interdisait de venir dans les écoles avec des armes à feu, considérant que c'était là une compétence des États, et que le fédéralisme interdisait de telles ingérences<sup>30</sup>.

## 2.2. L'autonomisation de l'ordre communautaire : vers une autorité politique ?

L'UE est une structure fédérative qui se démarque du modèle américain à la fois par sa reconnaissance des peuples fondateurs (la diversité nationale rendant pour l'instant impensable tout projet d'État-nation fédéral européen) et par son

25. *ibid.*, p. 39 : « *Que la fin soit légitime, qu'elle se situe dans la portée de la Constitution, et tous les moyens qui sont appropriés, qui sont simplement adaptés à cette fin et qui ne sont pas interdits, mais qui s'accordent avec la lettre et l'esprit de la Constitution, sont constitutionnels* » (*ibid.*, p. 39).

26. *Ibid.*, p. 45.

27. E. Zoller, « *Les grands arrêts...* »

28. E. Zoller, « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, p. 218.

29. Cf. E. Zoller, « Les revirements... », cit dans Vergnolle, de F. Chantal, *Le Fédéralisme...*

30. E. Zoller, « Le réalisme... » pp. 218-219.

silence calculé à propos du fédéralisme comme principe d'orientation et de fonctionnement de l'UE<sup>31</sup>. Ces deux facteurs (la logique particulariste et la « peur » du fédéralisme) permettent d'expliquer ce que certains seraient sans doute tentés de voir comme l'échec du fédéralisme européen (le déficit démocratique, sa faible intégration politique, etc.), mais, selon une autre lecture, ils pourraient aussi être interprétés comme la singularité du fédéralisme pactiste dans un contexte démocratique : une intégration juridique sans intégration politique.

On peut en effet noter dans l'UE un phénomène de fort décalage entre, d'une part, une intégration politique qui semble vouloir prendre son temps, en raison de la logique politique décrite plus haut, et, d'autre part, une intégration économique et juridique de plus en plus poussée et consolidée, due notamment à l'activité de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), qui a su très tôt faire autorité en consacrant le principe de primauté du droit communautaire (Arrêt *Costa c/ Enel* en 1964), et de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH), dont les décisions ont eu ces dernières années une influence grandissante sur les droits nationaux des États membres et jouissent aujourd'hui d'une autorité largement démontrée. Pour ne donner qu'un exemple, peut-être l'un des plus significatifs, le pouvoir de pénétration et d'influence de la jurisprudence de la CJCE et de la CEDH est tel qu'elles ont réussi à faire ce que le droit anglais a toujours refusé à ses juridictions nationales, à savoir limiter la souveraineté du Parlement, désormais soumis au principe de primauté du droit communautaire. Comme l'explique Luc Heuschling :

*La définition classique de la souveraineté telle qu'elle a été formulée par Dicey, et selon laquelle "aucune personne ou autorité n'est reconnue comme ayant le droit de passer outre ou d'écarter la législation du parlement", n'est plus valable depuis l'intégration européenne, du moins dans les domaines touchés par le droit communautaire*<sup>32</sup>.

L'idée que l'ordre juridique communautaire prime l'ordre juridique fédéré est par conséquent aujourd'hui acquise. En effet, même si les Cours supérieures au niveau étatique continuent d'affirmer la suprématie de constitution sur le droit communautaire, on peut considérer que le processus d'autonomisation de l'ordre juridique communautaire a été accompli avec succès. D'ailleurs, il conviendrait de se demander si cette résistance des Cours étatiques supérieures ne répond pas davantage à une logique politique qu'à une logique juridique ou normative.

Par son contraste avec le processus d'intégration politique européenne, le processus d'autonomisation du niveau fédéral dans l'UE appelle au moins deux

31. Le fait que les fédérations historiques aient souvent tendu vers la centralisation du système et la confiscation de la souveraineté des États fédérés expliquerait cette peur du fédéralisme.

32. L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 314.

interrogations : la première, qui sera abordée dans la partie suivante (3.2), concernant les limites de l'activité interprétative de la justice constitutionnelle (ici des Cours de justice européennes) face à l'éventuelle tentation ou volonté d'obtenir par la voie judiciaire ce que la voie politique pourrait refuser ; la seconde, que nous ne pouvons qu'esquisser ici, sur l'éclairage que le fédéralisme peut offrir justement sur la question de l'intégration politique de l'UE, et plus largement de toute structure fédérative. Dit en d'autres termes, le fédéralisme implique-t-il nécessairement qu'on pousse plus avant l'intégration politique de l'UE, ou bien commande-t-il, simplement, la conservation d'un cadre juridique non intégré politiquement ? Nous apportons un début de réponse à cette interrogation dans les pages suivantes, mais il nous semble en tout cas que toute réflexion sur l'avenir de l'UE, y compris la question de l'intégration politique, gagnerait à accorder une plus grande attention au principe du fédéralisme, souvent le grand absent dans les débats. Pour ne donner qu'un exemple, une meilleure connaissance du fédéralisme pourrait montrer que si le modèle américain peut être un exemple à suivre en ce qui concerne la place centrale du fédéralisme comme principe régulateur de l'équilibre entre le fédéral et le fédéré – à supposer que l'équilibre entre fédéré et fédéral soit la fin poursuivie –, le pluralisme national de l'UE inviterait en revanche à se tourner vers un modèle de fédéralisme multinational, plus adapté sans doute tant à la physionomie l'UE qu'à la volonté des États membres. Or ce modèle de fédéralisme multinational, que les États membres pratiquent déjà sans peut-être en être conscients, par l'importance qu'il attache à la conservation et à la protection des identités politiques des États et des peuples fondateurs (du niveau fédéré), rend difficile et peut-être même indésirable une intégration politique plus poussée, ou ce qu'on pourrait appeler un processus de *nation-building* au niveau fédéral. Autrement dit, la question se pose de savoir si ce processus de *federalism-building* est compatible avec un processus de *nation-building* à l'échelle supra-étatique.

### **3. Les spécificités de la justice constitutionnelle dans les contextes fédératifs : le principe du fédéralisme comme limite à l'autorité fédérale**

Les expériences fédératives nous apprennent que l'autonomisation de l'autorité fédérale doit beaucoup à la justice constitutionnelle. Faute d'un législatif et d'un exécutif forts, le judiciaire permettrait d'étendre les compétences du fédéral au détriment du fédéré. La question qu'il faudrait donc se poser est celle des limites que la constitution elle-même pose à l'activité tant de l'autorité fédérale que de la justice constitutionnelle. La question soulève deux problèmes différents : (1) la place de la justice constitutionnelle dans la fédération : est-elle un organe du niveau fédéral ou bien une instance tierce et impartiale ? ; (2) Les limites que la

constitution pose nécessairement en contexte fédératif à l'activité interprétative des juges : comment doivent-ils interpréter une constitution fédérale ?

### *3.1. La place de la justice constitutionnelle : organe du niveau fédéral ?*

La question de la place de la justice constitutionnelle dans la fédération est fondamentale pour l'équilibre fédératif. Le droit fédéral positif et la doctrine dominante en droit public ont traditionnellement vu la justice constitutionnelle comme étant une compétence de l'État, donc du niveau fédéral. Pourtant, ce rapprochement entre justice constitutionnelle et niveau fédéral est problématique et très discutable en droit fédératif, notamment dans les contextes fédératifs connaissant une certaine forme de pluralisme national. En effet, ce rapprochement entre justice constitutionnelle et niveau fédéral aurait tendance à éroder la confiance que les différentes parties doivent avoir en cette institution tierce, car elle pourrait alors être vue comme une agence du niveau fédéral chargée de mettre le droit au service de l'extension des compétences du niveau fédéral<sup>33</sup>.

Comme Kelsen a pu le noter, l'assimilation entre constitution et niveau fédéral vient d'une association fallacieuse entre suprématie normative de la constitution et suprématie politique du niveau fédéral. La découverte de la suprématie constitutionnelle par une Cour suprême, même lorsqu'elle peut être décrite comme une décision politique (au sens où, véritablement, la signification que le juge dégage de la norme interprétée est créée par lui), peut en réalité être justifiée comme répondant à une logique normative. L'acte fondateur de l'Union serait l'acte de naissance de la fédération, moment historique qui doit tout à ses fondateurs. Or il ne faut pas confondre ce moment historique, nous dit Kelsen dans la *Théorie pure du droit*, avec la logique normative (« *on ne doit pas confondre relations historiques et relations de logique normative*<sup>34</sup> »). C'est cette logique normative qui permet de fonder et de justifier la suprématie de la constitution et d'interpréter ainsi la volonté des États fondateurs comme voulant ladite suprématie, autrement dit comme voulant voir leur souveraineté limitée à la fois par la constitution et par le niveau fédéral. Lecture toute juridique dont le seul danger consisterait à reléguer trop vite à un second plan la logique politique du fédéralisme, ce que Kelsen d'ailleurs, théoricien de la « parité fédérative », se garde bien de faire. Sa critique de la doctrine allemande « droit fédéral brise droit fédéré », selon laquelle le fédéral aurait la compétence de sa propre compétence, met bien en évidence la

33. « *Comment pourrions-nous attendre un arbitrage impartial entre le gouvernement fédéral, dont [les juges fédéraux] constituent eux-mêmes une portion éminente, et un État pris individuellement, dont ils n'ont rien à espérer ni à craindre ?* » (Thomas Jefferson, cité par C. M. Pimentel, « La critique de *Marbury v. Madison* jusqu'à la guerre de Sécession », in Zoller, E. (dir.), *op. cit.*, p. 84).

34. H. Kelsen, *Théorie pure...* p. 327.

lecture politique (subjective et contraire au droit) que la doctrine, au service ici des intérêts de l'État, fait du rapport entre les niveaux fédéral et fédéré :

*C'est un des paradoxes de la théorie de l'État fédéral qu'elle présente le principe "droit d'empire brise droit de Province" comme répondant à l'essence de l'État fédéral et dissimule, par cela seul, la nécessité d'une juridiction constitutionnelle pour l'État fédéral. Il est facile de montrer que rien n'est si contraire à l'idée de l'État fédéral que le principe, qui fait dépendre l'existence politique et juridique des États membres du bon plaisir de la Confédération à laquelle il permet d'empiéter inconstitutionnellement par des lois ordinaires, et même par de simples règlements, sur leur compétence et de s'arroger ainsi, en contradiction avec la constitution générale de l'État, les compétences des États membres. Le respect véritable de l'idée fédéraliste qui a troublé son expression dans la constitution générale de l'État, exige que le droit d'État brise aussi peu le droit provincial que le droit provincial le droit d'État [...]»<sup>35</sup>.*

En effet, de ce que la constitution prime le droit fédéré, on ne peut pas déduire, en droit, la supériorité du fédéral sur le fédéré. On aurait deux autorités avec des compétences distinctes dont la répartition et la coordination seraient assurées par la constitution. Le fédéralisme impliquerait donc selon Kelsen : 1/ la reconnaissance de la lecture politique du fédéralisme : la parité fédérative est une parité entre corps politiques distincts, équilibre de puissances que le principe de suprématie de l'ordre juridique fédéral n'a pas vocation à modifier ; 2/ le respect du pacte fédératif impliquerait nécessairement le respect de la répartition des compétences telle qu'elle a été faite initialement dans la constitution : « *Toute violation des frontières ainsi tracées par la constitution est une violation de la loi fondamentale de l'État fédéral* »<sup>36</sup>.

On sait que c'est en partie la notion de « parité fédérative » qui conduit Kelsen à penser la fédération comme une structure à trois niveaux : la fédération, le niveau fédéral, et le niveau fédéré. Cette structure tripartite se révèle fondamentale en ce qu'elle permet de surmonter les apories de la structure binaire, dans laquelle l'activité de l'organe juridictionnel appelé à vider les différends entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, en tant qu'organe du niveau fédéral, serait à la fois juge et partie. En effet, si la Cour est un organe du niveau fédéral, elle aura une tendance toute naturelle à trancher les litiges entre le fédéral et le fédéré en faveur du fédéral<sup>37</sup>. Que cette tendance se vérifie ultérieurement ou non n'est

35. Cité par O. Beaud, « Hans Kelsen... », art. cit., p. 69.

36. *Ibid.*

37. Les mots du juge Olivier Wendell Holmes reflètent cette tendance naturelle à favoriser l'extension des compétences du fédéral : « *Je ne pense pas que les États-Unis courraient à leur perte si nous perdions le pouvoir de déclarer nul un acte du Congrès. Mais, je pense en revanche que l'Union serait en péril si nous ne pouvions pas déclarer une telle nullité pour les lois des différents États membres.* Car quelqu'un qui est à la place que j'occupe voit bien combien la politique locale l'emporte souvent chez ceux qui ne se sont pas formés à des vues nationales. » (cité par O. Beaud, « De quelques particularités... », art. cit., p. 53, nous soulignons).

pas d'ailleurs le plus important. L'important est que l'activité de la Cour puisse être perçue comme impartiale par les différents acteurs, qu'il y ait donc une sorte de présomption d'impartialité. D'où, en effet, l'importance d'arracher la justice constitutionnelle au niveau fédéral.

Si on peut penser que la structure tripartite kelsenienne n'est pas à l'abri de la critique<sup>38</sup>, elle a au moins le mérite d'attirer notre attention sur l'un des points fondamentaux dans les systèmes fédératifs : le rôle arbitral de la justice constitutionnelle. Quelles sont les conditions auxquelles la justice constitutionnelle pourrait avoir l'impartialité requise en contexte fédératif? On ne peut pas développer convenablement cette question dans cet article<sup>39</sup>, mais une analyse comparée des différents systèmes et contextes fédératifs traversés par un conflit politique existentiel entre le niveau fédéral et le niveau fédéré montrerait l'importance de :

1. une composition de la cour représentative des différentes sensibilités politiques et de la diversité nationale, linguistique, etc. de la fédération ;
2. une procédure de désignation des juges ayant le souci de répartir cette lourde responsabilité de manière équitable entre les niveaux fédéral et fédéré ;
3. une protection accrue du principe du fédéralisme face à l'activité interprétative des juges. Nous développons le dernier point dans les pages suivantes.

### *3.2. L'interprétation d'une constitution fédérale*

Nos systèmes démocratiques sont fondés sur la croyance de la soumission et de l'obéissance à la loi, celle-ci étant un produit de la souveraineté du peuple, par l'intermédiaire de nos représentants. Nous devons tous obéir à la loi, y compris les juges. L'idée que le juge soit créateur de la loi (du droit) alors qu'il n'est pas élu, à la différence de nos représentants, qu'il puisse ainsi contredire le souverain (nous, nos représentants), peut sembler effrayante et même révoltante. On comprend alors sans peine que la fiction du juge comme machine à appliquer la loi l'ait emporté dans nos démocraties, au point que les décisions judiciaires sont le plus souvent justifiées dans nos systèmes comme étant une simple application de la norme, dont le sens ne serait pas créé par le juge, mais simplement connu ou découvert (la norme aurait déjà un sens avant d'être appliquée et/ou interprétée). Pourtant, c'est le contraire qui est vrai. Rares sont en effet les juristes qui ne voient

38. Par exemple: O. Beaud, *Théorie...*, pp. 144-153.

39. Le lecteur trouvera une très bonne synthèse dans l'article d'Eugénie Brouillet et d'Yves Tanguay: « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational. Le cas de la Cour suprême du Canada », in M. Seymour, G. Laforest, (dir.), *Le fédéralisme multinational: un modèle viable?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, pp. 133-153.

pas aujourd'hui le juge comme un co-législateur ou un créateur de la loi<sup>40</sup>. Cela est surtout vrai pour les juridictions supérieures, qui décident en dernier ressort, sans possibilité de recours. Dans ce cas, comme le disait fort justement le *Chief Justice* Hugues : « *The constitution is what the judges say it is* »<sup>41</sup>. Qu'est-ce que cela implique dans les contextes fédératifs ?

D'abord, ce constat ne doit pas nous faire oublier que le recours au politique (au souverain) est toujours possible. C'est la thèse du lit de justice exposée par le Doyen Vedel<sup>42</sup>. Le juge peut certes dire en dernier ressort que la signification d'une norme est incompatible avec la constitution, mais cette décision n'empêchera pas l'intervention ultérieure du constituant qui pourra réhabiliter la loi en ayant recours à la procédure de révision constitutionnelle. Ce fut le procédé utilisé aux États-Unis par exemple lors de l'adoption du XI<sup>e</sup> amendement :

*Dès 1798, l'adoption du XI<sup>e</sup> amendement avait montré que la procédure de révision pouvait être utilisée pour s'opposer à une décision de la Cour suprême [...]. Dans l'affaire Chisholm v. Georgia de 1793, La Cour suprême avait affirmé qu'un État pouvait être poursuivi devant la Cour suprême, contre son gré, par un citoyen d'un autre État. La Géorgie refusa de comparaître au procès et d'appliquer l'arrêt, et parvint à faire prévaloir son point de vue dans le XI<sup>e</sup> amendement, qui retirait à la Cour suprême la connaissance de « tout procès en droit ou en équité entamé ou poursuivi contre l'un des États-Unis par les citoyens d'un autre État »<sup>43</sup>.*

L'exemple nuance considérablement le pouvoir du juge, en rappelant que le souverain peut toujours décider en dernier ressort. Mais le fameux lit de justice est à vrai dire plus intéressant pour notre propos en ce qu'il se pose comme limite à l'interprétation judiciaire qu'en tant qu'exemple du fonctionnement normal et souhaitable de la justice constitutionnelle dans une fédération. Cela pour plusieurs raisons : d'abord, en raison du caractère extraordinaire de la procédure de révision constitutionnelle, ainsi que de la difficulté – extrême parfois – de sa mise en œuvre, ledit procédé ne pourrait être mis en application avec une certaine récurrence sans menacer de dissolution la fédération ; puis, notamment, dans la mesure où cette procédure agit plutôt comme contre-exemple de ce que doit être,

40. « Si, conformément à la célèbre définition de Hans Kelsen, une norme n'est pas autre chose que la signification d'un acte humain et si l'activité de l'interprète consiste à déterminer la signification d'un énoncé, c'est bien lui qui détermine la norme réputée contenue dans le texte qu'il interprète. L'interprète de la loi est législateur, et l'interprète de la constitution constituant » (M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 165).

41. Cité par M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 309.

42. « L'obstacle que la loi rencontre dans la constitution peut être levé par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts » (Vedel, G., « Schengen et Maastricht : à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *Revue française de droit administratif*, n° 8 (2), mars-avril 1992, pp. 173 et ss).

43. C. M. Pimentel, « art. cit. », pp. 90-91.

idéalement, la résolution normale des conflits en contexte fédératif. Le règlement politique du conflit étant toujours possible (révision de la constitution, déclaration unilatérale de sécession, etc.), c'est l'interprétation judiciaire de la constitution fédérale comme moyen de sauvegarder l'équilibre fédératif et la fédération qu'il importe d'examiner. La question à poser serait la suivante : comment les juges doivent-ils interpréter la constitution – l'équilibre fédératif – s'ils veulent éviter les conflits entre autorités politiques ? Comment doivent-ils interpréter la constitution s'ils veulent surtout éviter la solution politique – et la censure – précitée ?

La réponse à cette question doit distinguer deux niveaux. Le premier est sans doute le moins important. Il relève du constat cité plus haut : les juges pourront faire dire à la norme constitutionnelle ce qu'ils veulent qu'elle dise. Autrement dit, si l'on veut décrire la manière dont les juges appliquent et interprètent les normes juridiques, on ne peut pas la présenter autrement que comme une interprétation-volonté : la norme n'a pas de signification qui préexiste à l'interprétation judiciaire, signification que le juge aurait pour fonction de connaître ou découvrir. C'est en réalité le juge qui crée la signification de la norme<sup>44</sup>.

Le deuxième niveau est celui qui nous importe le plus. Il s'intéresse plutôt, le constat initial étant fait, à la manière dont le juge va expliquer et justifier son interprétation. C'est sur ce deuxième niveau que le principe du fédéralisme pourra agir, dans les systèmes fédératifs, comme une limite à une interprétation judiciaire susceptible de modifier de manière substantielle l'équilibre fédératif.

La jurisprudence de la Cour suprême aux États-Unis est très intéressante sur ce point. Même si les États-Unis ont pu évoluer, comme il a été dit plus haut, dans le sens d'une centralisation progressive du système, on aurait pu s'attendre à ce que, au nom justement de l'intérêt général de cet État-nation consolidé, d'une certaine idée du bien commun du peuple américain, la centralisation fût beaucoup plus intense qu'elle ne l'est encore de nos jours. Si elle ne l'est pas plus, c'est grâce au principe du fédéralisme et à la culture fédérale qui s'est développée aux États-Unis. Nous avons vu les obstacles auxquels s'est heurté le gouvernement fédéral dans sa politique interventionniste, qui a été souvent freinée par la Cour suprême, parfois d'ailleurs en épousant une thèse que l'on pourrait considérer comme contraire au bon sens, comme c'est le cas avec la décision de la Cour d'annuler une loi fédérale qui interdisait le port d'armes à l'école. On peut imaginer à quel point il aurait été facile pour la Cour, dans cette affaire et dans

---

44. La liberté ou le pouvoir dont jouissent les juges ne fait que confirmer qu'il est fondamental, en contexte fédératif, de créer pour la justice constitutionnelle les conditions d'impartialité requises dans l'exercice de ses fonctions. Cela est encore plus nécessaire dans les contextes fédératifs traversés par une forme de pluralisme national, car dans ce cas la justice constitutionnelle pourrait tomber entre les mains d'une majorité nationale, ce qui pourrait entraîner une perte progressive des compétences des minorités nationales au profit de la majorité nationale.

beaucoup d'autres (ce ne sont pas les exemples qui manquent!), de faire appel à des principes ou à des arguments susceptibles d'habiliter par voie interprétative l'intervention du gouvernement fédéral. Pourtant, c'est dans des affaires comme celle susmentionnée que la Cour a pu avoir recours à une interprétation-connaissance (au niveau 2 de la justification), appelée aussi « originaliste », en vue de faire comprendre aux parties en conflit que le fédéralisme est un principe intangible car voulu ainsi par les pères fondateurs. Le message de la Cour est dans ce cas très clair: que les décisions plaisent plus ou moins, qu'on les trouve raisonnables ou déraisonnables, il n'appartient pas au juge de modifier de manière substantielle la répartition des compétences entre le fédéral et le fédéré. Comme elle l'a rappelé encore récemment, c'est une partie du prix à payer quand on vit dans un système fédéral<sup>45</sup>.

En quoi cette justification peut être considérée comme répondant à une raison juridique, objective et fédérale? La justification des décisions des juges ne fait ici en réalité que masquer un choix politique, car même lorsque la Cour décide que la constitution interdit au gouvernement fédéral d'empiéter sur les compétences des États, elle fait dire une chose à la constitution, alors qu'elle pourrait parfaitement lui faire dire le contraire. En d'autres mots, c'est la Cour qui décide de sauvegarder l'équilibre fédératif, mais ici sa justification, sa légitimité et son autorité rendent invisible le pouvoir qu'elle exerce<sup>46</sup>. En justifiant ses décisions comme répondant à une simple application de la norme (ou interprétation-connaissance: la norme constitutionnelle créée par les pères fondateurs enjoint de respecter le fédéralisme et le fédéralisme *signifie* qu'on respecte la répartition de compétences, etc.), la Cour suprême laisse aux différents niveaux politiques le choix et la responsabilité d'une éventuelle modification du principe.

La raison juridique trouverait ici sa meilleure expression en tant qu'arbitrage impartial des conflits fédératifs. En effet, on peut penser que c'est la culture fédérale des États-Unis et de la Cour suprême qui permet, même dans un État-nation consolidé, d'écarter un choix qui peut être considéré comme souhaitable et bénéfique pour l'intérêt général du peuple américain au motif que ledit choix serait contraire aux intérêts des États fédérés. Autrement dit, le peuple américain n'aurait pas systématiquement à l'emporter face aux peuples des différents États. On pourrait aussi voir cette raison comme une raison objective, aussi bien au sens de son impartialité que, surtout, de l'interprétation objective (connaissance) qu'elle donne de l'équilibre fédératif. Le fait de s'autocensurer, au lieu de déclarer la validité d'une loi fédérale que le juge peut considérer comme préférable ou moralement plus juste (on ne doit pas être armé dans les établissements scolaires), est la marque de l'objectivité du juge ici. Enfin, ladite justification pourrait aussi

45. Cf. Y.-E Le Bos, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, pp. 171-172.

46. M. Troper, *Le droit et la nécessité*, p. 55.

être vue comme répondant à une logique ou raison fédérale précisément en ce qu'elle cherche à sauvegarder l'autorité du niveau fédéré en empêchant le niveau fédéral d'empiéter sur ses compétences au nom d'un intérêt jugé supérieur (la nation, le marché commun, etc.). Mais ne nous trompons pas, ce faisant, la justice constitutionnelle ne fait pas que protéger l'autorité fédérée : elle œuvre aussi pour sa propre autorité.

## **Conclusion**

Dans les systèmes fédératifs ayant fait le choix de l'État-nation, le respect du principe du fédéralisme (la répartition des compétences) par la fédération est fondamental. Sans le développement d'une culture fédérale au niveau fédéral, la culture nationale de la fédération aura tendance à appauvrir le fédéralisme au nom de l'intérêt général, de la souveraineté nationale, des Droits de l'Homme, etc. Tous ces principes, parmi beaucoup d'autres (la recherche d'une meilleure efficacité du principe de subsidiarité, par exemple), appliqués à l'échelle territoriale de la fédération, œuvrent inévitablement contre la compétence des États fédérés. Mais dans ces cas, étant donné que le peuple des États fédérés peut se percevoir comme une partie d'un peuple plus grand et important (la grande nation), la perte des compétences du fédéré le plus souvent n'est pas suivie d'un conflit politique existentiel entre le fédéré et le fédéral.

Les choses sont très différentes lorsque la fédération est composée de plusieurs peuples ou nations, qui considèrent souvent que leur propre peuple fédéré a la préséance sur le peuple de toute la fédération. Il arrive même que le peuple de la fédération ne soit pas vu comme étant un peuple. À la nationalité des États fédérés, charnelle et spirituelle en quelque sorte, serait ainsi opposée une citoyenneté commune, juridique et froide. Cela est-il normal, inévitable, souhaitable, etc. ? L'étude des systèmes et du droit fédératifs nous apprend que dans les contextes fédératifs multinationaux l'existence d'États fédérés ayant les moyens et le désir de conserver leur identité politique rend extrêmement difficile tout projet de *nation-building* au niveau fédéral. Ces processus de construction nationale au niveau étatique ont pu réussir par le passé (États-Unis, Allemagne, etc.) en ayant recours à la force. Or dans des contextes démocratiques, comme ceux que nous connaissons aujourd'hui, le choix de la force n'est plus légitime quand il s'agit de construire une nation. Dès lors que le processus de création d'une nation au niveau fédéral dépend de la seule volonté des États fondateurs ou fédérés, et dans la mesure où ce processus de construction nationale est de manière inhérente un danger pour l'identité nationale et constitutionnelle des États fédérés, on peut penser qu'un tel projet, dans une fédération multinationale, est voué à l'échec. S'agit-il pour autant vraiment d'un échec du fédéralisme ? Nous ne le pensons pas. Le principe du fédéralisme a pour vocation de s'adapter à ces contextes de

pluralisme national et de réguler l'équilibre de forces à l'intérieur de la fédération. Or, c'est justement la recherche de cet équilibre qui peut nous incliner à penser que l'intégration politique ou l'unification nationale n'est pas parmi les priorités du fédéralisme. À la culture nationale, le projet fédéraliste lui substituerait une culture fédérale dont le propre est l'impartialité et l'objectivité concernant aussi bien les fins de la fédération que celles des États. Ainsi, l'exemple de la justice constitutionnelle, non pas celle que nous connaissons dans les fédérations historiques (beaucoup trop partielle), mais l'exemple d'une justice constitutionnelle pensée comme surplombant les niveaux fédéré et fédéral est sans doute celui qui incarne le mieux l'autorité fédérale en droit fédératif. Une autorité juridique, sans autorité politique. On peut gager que la fédération aurait alors la confiance des différentes parties, les outils et les conditions favorables au développement d'une culture fédérale, lui permettant ainsi de pousser plus avant l'intégration politique sans détruire le principe du fédéralisme.

### **Résumé**

*Cet article se propose d'interroger la logique politique et juridique du fédéralisme, en essayant de dégager l'objet proprement fédéral. Seront analysés et comparés les systèmes fédératifs américain et européen à la lumière de la notion d'autorité, plus apte, selon l'auteur, à rendre compte des rapports fédératifs que celle, par exemple, de souveraineté. Les contributions fondamentales de Hans Kelsen et, plus récemment, d'Olivier Beaud ont pu mettre en évidence les problèmes qu'un lexique d'inspiration étatiste pose pour une bonne compréhension des phénomènes et des rapports fédératifs, comme l'exemple de la souveraineté le montre bien (plus dans notre contexte européen qu'aux États-Unis, où la notion n'a pas le caractère absolu qu'on lui attribue dans notre tradition juridique). L'auteur s'intéresse dans un premier temps aux fondements théoriques et aux sources de légitimation de l'autorité fédérée dans la fédération, tant dans sa phase constituante (son acte fondateur) que dans son fonctionnement ultérieur. La deuxième partie de l'article est consacrée à l'autorité fédérale et au rôle fondamental de l'autorité interprétative du juge dans le processus d'autonomisation de l'ordre juridique fédéral, préalable indispensable à la création et au développement d'une véritable autorité fédérale. L'auteur discute ensuite de la place de la justice constitutionnelle dans une fédération ainsi que des garanties et conditions d'impartialité qui doivent entourer son activité afin d'être perçue comme une véritable autorité dans la gestion et la résolution des conflits entre niveau fédéré et niveau fédéral caractéristiques du fédéralisme.*

### **Abstract**

*This paper proposes a reflection on the political and legal logic of federalism trying to characterize the federal subject. Here, the American and European federal systems are analyzed and compared by means of the notion of authority, most suitable, in the opinion of the author to give an account of the federative relations than the notion of sovereignty. Hans Kelsen's and, more recently, Olivier Beaud's fundamental contributions have been able to highlight the problems of a lexicon of State inspiration for a full understanding of the federative relations, as shown in the example of sovereignty (more in our European context than in the U.S., where the notion is not absolute granted the way it is in our legal culture). The author focuses first on the theoretical foundations and sources of legitimacy of the federated authority in the federal systems, both in its constituent phase (its founding act) and its subsequent operation. The second part of the article is dedicated to the federal authority and the central role of the judge in the process of autonomisation of the federal legal order, step necessary for the creation and development of a true federal*

authority. The article closes with a reflection on the place of the constitutional justice in federal systems and guarantees and conditions of impartiality which should guide its interpretative activity to be able to be perceived by the parties as real authority in the management and solution of characteristic conflicts of relations between the federated level and the federal in federalism.