

Plaidoyer pour une théorie de la Fédération*

OLIVIER BEAUD

Le projet d'écrire un livre sur la Fédération est apparu en réaction à l'actualité politique. La signature en 1992 du Traité de Maastricht et la transformation corrélative de la Communauté économique européenne en une «Union européenne» semblaient indiquer un approfondissement politique de l'Europe institutionnelle que les juristes ont tant de mal à qualifier. L'hypothèse, qui a alors guidé mes recherches, était de savoir si l'on pouvait mieux comprendre cette Union européenne en partant d'un cadre d'analyse fédéral. Depuis lors, des dizaines d'ouvrages ou d'articles traitent du rapport entre fédéralisme et Europe¹, et la formule de Jacques Delors définissant l'Europe comme une «Fédération d'États-nations» a connu un tel succès qu'elle risque de transformer la notion de Fédération en un slogan politique.

Toutefois, l'objet de cet ouvrage est d'ordre scientifique et vise à clarifier la notion de Fédération d'un point de vue juridique. Cette élucidation est nécessaire si l'on veut répondre à la question: «l'Union européenne est-

elle une Fédération?» car pour être en mesure de le faire, il faut d'abord savoir ce qu'est une Fédération. Autrement dit, cette théorie de la Fédération est une sorte d'échelle de mesure pour la construction européenne si l'on veut la juger à l'aune du fédéralisme. Par conséquent l'Europe ne constitue pas l'objet de ce livre mais, tout au plus, son possible aboutissement.

Cet intérêt pratique n'est pas la seule raison qui a conduit à écrire ce livre. L'autre raison tient au fait qu'il n'existe pas, en France, de tradition fédérale et que ce sujet du fédéralisme est donc un peu le parent pauvre des études de droit public. En consacrant une étude spécifique à la figure fédérale, qui constitue précisément l'envers de la figure étatique on a voulu aussi pallier une lacune dans la littérature scientifique française.

* Ce texte est la version légèrement modifiée de l'avant-propos et de la préface de notre ouvrage, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2007. [La Direzione del Giornale ringrazia l'editore © PUF per aver consentito la pubblicazione di un estratto dell'opera di Olivier Beaud].

Position du problème – De nombreux auteurs ont relevé qu'il manquait un ouvrage sur la Fédération. L'un d'eux observait même naguère qu'«il n'existe de théorie de la fédération d'États nulle part, ni en droit constitutionnel, [...] ni en droit international» (Zoller 2002, t. 294, p. 56). Pourtant, on lit ailleurs que la littérature sur le fédéralisme croît «à un taux exponentiel»². Comment peut-on justifier la présence de ces deux assertions aussi contradictoires? En réalité il n'y a là aucune contradiction car l'objet de ce livre est de proposer une théorie de la Fédération qui repose sur un autre concept de la Fédération. En effet, si ce projet d'une Théorie de la Fédération est bien né du défi intellectuel posé par la construction européenne, il a germé également en réaction à la doctrine juridique dominante dans laquelle on n'a pas trouvé la réponse aux questions que l'on se posait pour comprendre le fédéralisme. Il nous a donc paru nécessaire de reprendre à nouveaux frais le traitement de cette vieille question du fédéralisme car nous n'étions convaincus ni par les définitions données du fédéralisme, ni par la méthode adoptée pour en traiter, ni enfin par le découpage du concept de Fédération qu'elle proposait.

1. *Etat des lieux critique de la doctrine sur le fédéralisme*

Quand on lit les définitions usuelles du fédéralisme données par les juristes, on est frappé de leur caractère souvent vague, voire contradictoire. Un tel flou dément la réputation faite aux juristes, à tort ou à raison, d'être rigoureux dans l'usage de leurs concepts³. Par nécessité, on se contentera

de citer quelques définitions, en ayant pris toutefois la précaution de les choisir parmi d'éminents juristes dont les travaux font autorité dans leur discipline.

Le premier exemple est tiré du manuel de droit international public de Charles Rousseau. Dans un chapitre, par ailleurs très informé sur les «Fédérations d'États» figure la définition suivante selon laquelle le fédéralisme est

un mode de groupement inter-étatique qui repose sur la conscience d'une solidarité d'intérêts effective et sur une collaboration volontaire entre les participants. Sa structure est à la fois hiérarchique et communautaire: hiérarchique en ce qu'elle implique une distribution préalable des tâches entre les organes centraux (gouvernements fédéraux) et les organes particuliers (gouvernements locaux), ces derniers possédant d'ailleurs un droit de décision propre dans un domaine déterminé; communautaire en ce que les collectivités associées participent à la gestion des intérêts communs ainsi qu'à la formation et aux décisions des organes fédéraux.

[Rousseau 1974, p. 138, n° 66]⁴

Une telle définition reprend, en fait, les principaux éléments de la théorie sociologique du fédéralisme élaborée par Georges Scelle dans l'entre-deux-guerres, mais elle perd son souffle idéologique c'est-à-dire le pacifisme internationaliste qui visait à construire le droit international sur le modèle d'une fédération mondiale. Elle a néanmoins pour inconvénient de procéder par énumération des éléments constitutifs de la technique du fédéralisme (principe de répartition des compétences, loi d'autonomie et de participation, etc.) et de proposer une juxtaposition de deux qualités – «hiérarchique» et «communautaire» – qui ne se sont pas si aisément conciliables.....

Selon une autre définition qui provient cette fois d'un courant positiviste de la doctrine internationaliste, le

mot "fédéralisme" – expliquent Paul Reuter et Jean Combacau – s'applique à toute forme de relations comportant un lien (*fœdus*) entre des êtres: dans le fédéralisme interne, ce lien est si étroit que ceux qu'il unit perdent leur autonomie et se fondent en un être unique; dans le fédéralisme international au contraire, ils gardent leur qualité en dépit de leur regroupement.

[Reuter, Combacau 1985, p. 286]

L'intérêt d'une telle définition est d'indiquer les deux faces du fédéralisme, interne et externe⁵, et donc de rappeler que le phénomène fédéral, à l'instar du phénomène étatique, concerne aussi bien le droit public interne que le droit international public. Mais en même temps, cette définition conduit à postuler une asymétrie entre les deux faces du fédéralisme puisque, dans l'hypothèse du fédéralisme interne (en fait, l'État fédéral), les unités membres sont absorbées par l'être fédéral qu'elles ont créé, et que dans la seconde hypothèse (en fait, la Confédération d'États), elles conservent leur identité et leur existence internationale en tant qu'États. Une telle définition conduit, logiquement à nier la spécificité de l'État fédéral qui n'a plus de fédéral que le nom puisque toute autonomie est déniée à ses unités membres⁶. Une telle définition repose, en vérité, sur deux prémisses – la souveraineté et la distinction entre État fédéral et Confédération – qu'il convient de remettre en cause⁷.

On pourrait multiplier à l'envi les définitions, mais les deux qui ont été ici choisies suffisent à établir le fait que les juristes analysant le fédéralisme partent toujours du présupposé implicite que c'est un phénomène compréhensible uniquement

par référence à l'État. L'un des nos efforts pour tenter de repenser la notion de Fédération consiste justement à se débarrasser de ce mode de raisonnement «stato-centré» et à partir, au contraire, de l'hypothèse selon laquelle la notion de Fédération, décrivant une série de faits particuliers et spécifiques, méritait une théorie autonome, distincte de la théorie de l'État.

À cette première insatisfaction qui porte sur le problème de la définition de l'objet s'en ajoute une seconde, touchant à la méthode utilisée pour décrire l'objet fédéral. Bien que nos remarques valent surtout pour la littérature française, on doit dire qu'elles s'appliquent en grande partie aussi à la littérature étrangère. Concernant la doctrine française, on a eu l'occasion de soutenir, ailleurs, qu'elle a oscillé entre deux pôles qui sont autant d'écueils: «l'hyper-théorie» et «l'hypo-théorie»⁸. La première affecte la doctrine classique qui donne du fédéralisme une théorie sans pratique tandis que la seconde concerne la doctrine plus récente, depuis les années 1930, qui se complaît dans une pratique sans théorie. Dans le premier cas, les juristes succombent à l'attrait de la *Begriffsjurisprudenz* et à une sorte de tropisme allemand que l'on peut parfaitement déceler dans l'œuvre de Louis le Fur qui a introduit, en France, la discussion scientifique sur le fédéralisme, avec son énorme thèse sur *État fédéral et Confédération d'États*⁹. Georges Burdeau résume parfaitement cette déviation théoricienne lorsqu'il note rétrospectivement que «le fédéralisme a moins été étudié en tant qu'institution réelle qu'à titre de vérification de telle ou telle théorie générale» (Burdeau, *Traité de science politique*, n° 295, p. 411)¹⁰. Le juriste serait donc ici victime de son péché mignon qui est la

controverse doctrinale et oublierait l'essentiel de son office: décrire le droit positif des Fédérations existantes.

Toutefois, consciente de cette difficulté, la doctrine française ultérieure a réagi en tordant le bâton dans l'autre sens, tombant dans l'autre travers, celui de l'hypo-théorie (pratique sans théorie). En vertu de cet empirisme radical, le juriste devrait se borner à «décrire» les institutions fédérales, en particulier étrangères, et il ne devrait pas perdre son temps à discuter des concepts, une telle discussion étant considérée comme relevant de la métaphysique. Le basculement vers cette attitude «a-théorique», transparaît dans l'ouvrage de Charles Durand sur les formes fédératives, publié, après la naissance de la CECA¹¹. Depuis lors, cet empirisme est devenu la norme méthodologique. À l'encontre de cette double tendance, on essaiera d'adopter «un plan médian» (Héraud 1968, p. 6) où la théorie et la pratique sont de nouveau articulées ensemble¹².

Enfin, la doctrine française semble oublier que la Fédération est une forme politique. La coupure de plus en plus nette avec la science politique a probablement accentué cette tendance à ne traiter la Fédération que sous l'angle le plus étroit possible, un angle institutionnel qui s'avère parfois totalement déconnecté de la pratique politique et constitutionnelle¹³. Déjà la doctrine classique avait réduit la question du fédéralisme à celle de l'État fédéral et, en outre, à la seule question de savoir ce qui, dans un tel État, distinguait une collectivité fédérée (État-membre d'un État fédéral en l'occurrence) de la commune d'un État unitaire; la discussion revenait à distinguer le fédéralisme de la décentralisation, les deux étant considérés comme une simple technique juridique de répartition des compétences. Ainsi, mal-

gré leur divergence de méthodes, Louis Le Fur et Charles Durand décrivent tous deux le fédéralisme de façon désincarnée, c'est-à-dire d'une manière coupée des faits politiques et de la réalité constitutionnelle. Pour comprendre les inconvénients d'une telle méthode dogmatique, il suffit de voir comment la doctrine publiciste classique a décrit le fédéralisme allemand de 1870 à 1933 (de Bismarck à Weimar), négligeant de traiter à fond de la question de l'hégémonie de la Prusse (Cfr. Weber 2003, pp. 416 et sq).

Cet état des lieux critique à l'égard de la littérature existante sur le fédéralisme n'est pas propre à la situation française. À l'étranger aussi, et même dans des pays fédéraux, des juristes et politistes ont partagé le même sentiment d'insatisfaction et ont réagi en proposant d'autres voies. Confrontés à de nouveaux défis, une partie des auteurs contemporains partage la conviction relative au fédéralisme qu'il est temps, si on veut le penser correctement, de «modifier la théorie en vigueur»¹⁴. Il ne s'agit donc pas d'innover pour faire œuvre originale, mais de repenser un vieux thème avec de nouvelles idées. La question reste de savoir comment le faire, et ce n'est pas la plus facile.

2. *Repenser le problème de la Fédération et le retour paradoxal à de vieilles définitions*

On s'accordera ici avec Murray Forsyth sur le projet de chercher à «définir la fédération ou l'union fédérale d'États en soi et pour soi, comme un corps politique substantiel, et non pas simplement comme le contrepoint négatif de ce qui serait seul positif, l'État fédéral» (Forsyth 1981, p. 147). Une telle démarche a connu un pro-

longement de même nature, dans l'entreprise menée plus récemment encore par Sergio Ortino (1983)¹⁵ avec son concept d'un «État à base fédérative» qu'il propose pour décrire la forme fédérative correspondant tant aux formes anciennes du fédéralisme (la Confédération) qu'à sa variante contemporaine, l'Union européenne.

Toutefois, bien que partageant le projet de ces deux derniers auteurs, la présente théorie de la Fédération s'en sépare par le simple fait qu'elle entend traiter la question fédérale sans la béquille de la distinction canonique entre État fédéral et Confédération d'États. Ce rejet est ici exprimé par le choix du terme de «Fédération» qui est tout sauf innocent car il vise à désigner le phénomène fédéral dans son entier (en tant que genre), quelles que soient ses formes particulière (ses espèces). Une telle démarche conduit à revenir avec la tradition classique du droit public européen (*jus publicum europaeum*) — c'est-à-dire avec une certaine manière ancienne, mais non dépassée, de traiter du fédéralisme.

D'une certaine façon, les ouvrages récents, visant à penser différemment la question fédérale, renouent le lien, qu'ils le veuillent ou non d'ailleurs, avec une certaine tradition dans le *jus publicum europaeum*, tradition inaugurée par l'œuvre de Samuel Pufendorf. Ce dernier est parfois considéré comme étant le premier théoricien moderne de la Fédération¹⁶. Que l'on choisisse ici à la place de Johannes Althusius pour illustrer la théorie du fédéralisme mériterait un plus long commentaire¹⁷. Dans son œuvre maîtresse, *Du droit naturel et des gens* (*De iure naturæ et gentium*), il écrit:

La Confédération [...] consiste en ce que plusieurs Peuples, sans cesser d'être autant d'États distincts, s'unissent pour toujours en vue de leur conserva-

tion & de leur défense mutuelle, faisant pour cet effet dépendre de leur commun consentement l'exercice de certaines parties de la Souveraineté. [Pufendorf 1987, VII, 5, §18, p. 286]¹⁸

En partant ainsi d'une ancienne définition de la Fédération, nous ne voulons pas céder à la tentation antiquisante de décrire des formes mortes du passé, mais plutôt tenter de faire comprendre une notion finalement méconnue, la Fédération, en la rattachant avec l'idée, finalement classique, selon laquelle le fédéralisme décrit *une* forme déterminée d'union entre plusieurs entités politiques, même si cette union est particulière. Selon l'hypothèse ici retenue, Pufendorf a inauguré la pensée politico-juridique moderne relativement au phénomène fédéral, et c'est dans cette lignée qu'il faut s'inscrire si l'on veut comprendre celui-ci.

Or, c'est justement dans cette perspective-là que s'inscrivent, plus ou moins explicitement, les divers juristes qui ont été ici déterminants pour notre compréhension de la Fédération. Les deux plus importants d'entre eux ont été Pellegrino Rossi et Carl Schmitt. Le premier, Rossi, juriste italien, réfugié à Genève¹⁹ a prêté son grand talent de légiste à la Confédération helvétique en rédigeant, en sa qualité de député de Genève, membre de la Diète fédérale suisse et de la commission constitutionnelle, un projet de révision du pacte fédéral de 1815 qui a été récemment réédité²⁰. Dans ce rapport — un document capital pour comprendre le fédéralisme — il proposait la définition suivante de la Fédération:

Toute Confédération (*Confederazione*) est un état intermédiaire entre l'indépendance absolue de plusieurs individualités politiques et leur complète fusion dans une seule souveraineté. La Confédération commence dès qu'il y a mise en commun d'une portion quelconque de la souverai-

neté d'un chacun; elle finit lorsque cette mise en commun, embrassant le tout sans réserve aucune, les individualités souveraines sont absorbées par la nouvelle et grande unité politique. Dans ce dernier cas, il peut encore y avoir des administrations distinctes, des formes particulières: il n'est plus de souveraineté que la souveraineté générale.

[Rossi 1997, pp. 10-12]

Le juriste italien tentait donc de rendre compte de cette forme particulière d'union fédérale en fixant les deux pôles extrêmes, l'indépendance des États-membres et leur fusion dans un nouvel État, entre lesquelles elle oscille, constituant alors un moyen terme²¹. Bien entendu, cette unité du concept de la Fédération ou du gouvernement fédératif, n'empêche pas de constater l'existence de deux types-idéaux dans lesquels on peut voir une esquisse de typologie fédérative qui varie en fonction du point d'équilibre de la balance²².

Après Pellegrino Rossi, le dernier auteur «classique», décisif dans l'élaboration de cette conception de la Fédération, n'est autre que Carl Schmitt. Celui-ci, dans sa *Théorie de la Constitution*, consacre une dernière partie à la «théorie de la Fédération» (*Bundeslehre*), esquissée en deux chapitres, courts mais denses, et qui se rattache, quoique de manière implicite, à la tradition inaugurée par Pufendorf. En effet, la Fédération y est conçue comme

une union durable, reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la Fédération; elle modifie le *status* politique global de chaque membre de la Fédération en fonction de ce but commun.

[Schmitt 1993, chap. 29, I, 4, p. 512]²³

À la différence de l'État, elle se caractériserait par un «dualisme de l'existence politique». Il y a d'un côté, une unité poli-

tique, qui est la résultante de l'association des unités-membres – c'est la Fédération – et de l'autre, une pluralité ou une multitude d'unités politiques qui sont les États-membres. Ceux-ci n'ont pas renoncé, en créant une fédération, à leur statut d'État, et n'entendent nullement être traités comme des provinces d'un État unitaire décentralisé. Cette théorie de la Fédération vise explicitement à surmonter la division institutionnelle qui fait relever l'État fédéral de la sphère du droit constitutionnel, et la Confédération de la sphère du droit international. En tant qu'institution de droit public, la notion de Fédération est de nature mixte: elle est «à la fois un sujet de droit international et un sujet de droit interne»²⁴ et peut faire l'objet d'un traitement tant de droit constitutionnel que de droit international. Quelles que soient les critiques que l'on peut faire à la doctrine schmittienne de la Fédération²⁵, elle éclaire différemment l'histoire et la pratique fédérale. Elle renvoie, en fait, à une autre tradition de la doctrine allemande publiciste, passée sous silence en France et notamment représentée par Heinrich Triepel²⁶, et qui a permis à certains de renouveler ainsi l'histoire constitutionnelle allemande moderne²⁷.

Ces trois définitions de la Fédération données respectivement par Pufendorf, Rossi et Schmitt balisent ainsi la voie de cette théorie de la Fédération. En les reprenant à notre compte, nous marquons un triple choix qui éclaire le projet entrepris. Le premier choix revient à ne pas prendre en considération la question de la souveraineté, ni la distinction usuelle entre la Confédération d'États et l'État fédéral alors que, comme on l'a déjà suggéré, ces deux thèmes forment la base implicite ou explicite des développements juridiques habituellement

consacrés au fédéralisme (v. *supra*, §1). La démarche ici poursuivie suit la voie inaugurée par Murray Forsyth qui a, dans son ouvrage décisif, entendu spécifier «l'union fédérale» (*federal union*) comme étant distincte aussi bien de l'État que de l'organisation internationale (Forsyth 1981)²⁸.

Comme le lecteur l'a peut-être deviné, le second choix décisif, impliqué par le recours à la définition «pufendorfienne» du phénomène de l'union fédérale à employer le mot de Fédération et non pas celui de Confédération. Une telle option est fondée sur la conviction que le choix des mots dans toute élaboration doctrinale est une question névralgique. Selon que l'on emploie tel ou tel terme, on oriente le lecteur dans une direction en raison de ses connotations ou dénnotations et qui prédéterminent l'interprétation qui en sera faite. Mais à ce dessein d'ordre terminologique correspond aussi une option conceptuelle: la Fédération dont on parle ici n'est pas seulement cette figure de droit international, un peu «pâlotte» qu'on désigne habituellement sous le nom de «Confédération», mais bien une entité d'entité politico-juridique qui contient, comme l'État, une double face (interne et externe), sans pour autant être un État; elle est un genre à des espèces que l'on pourrait «typologiser» plus en détail²⁹.

Enfin, au rebours de la littérature courante sur le fédéralisme, la conception de la Fédération ici envisagée évite les clivages usuels de la doctrine entre les branches du droit public (droit international, droit interne, et droit européen). En effet, l'impression domine qu'il y aurait une notion de fédéralisme selon le droit international, une autre selon le droit constitutionnel et, enfin, une dernière selon le droit communautaire. Bref contre ces «conceptions

fonctionnelles du fédéralisme» qui varient en fonction des disciplines³⁰ et qui morcellent les visions du fédéralisme, nous affirmons résolument la nécessité et la possibilité d'une unité du concept, bref d'une théorie de la Fédération (v. *infra*). C'est ce qu'il convient de justifier maintenant, ce qui est probablement la tâche la plus ardue et la plus importante de cette introduction.

3. Que signifie une «théorie» de la Fédération?

Proposer une *théorie* de la Fédération, c'est constituer celle-ci en une notion autonome qui, en outre, doit faire l'objet d'une systématisation reposant sur un matériau empirique digne d'être systématisé. La difficulté, on le devine, réside dans la nécessité d'articuler une systématisation avec une description de matériaux empiriques. Afin d'éviter de double piège, évoqué plus haut, de «l'hyper-théorie» et de «l'hypo-théorie», il convient d'adopter le précepte méthodologique formulé par Georg Jellinek justement à propos des Unions d'États (*Staatenverbindungen*):

Aujourd'hui encore, les idées dominantes sur l'État s'opposent souvent à une conception claire de ces groupements et aboutissent à la conclusion déductive que telle ou telle forme de groupement est impossible. Il n'est peut-être aucune partie du droit public où ne se montrent mieux qu'ici les conséquences auxquelles aboutit, quand on apprécie le réel d'après un type-idéal abstrait. C'est quand il s'agit d'une théorie de cette sorte qu'il faut énergiquement pousser à l'étude inductive de la recherche sur les matières que nous fournit l'histoire et la politique, si on veut substituer à ces concepts généraux, ces types, ces moyennes, qui se dégagent de la vie même.

[Jellinek 2005, p. 497; 1911, p. 737]³¹

Mais si Georg Jellinek a parfaitement perçu le problème méthodologique suscité par l'étude du fédéralisme, il n'eut pas l'occasion de mettre lui-même en pratique ses propres idées. Si l'on veut construire un type-idéal de la Fédération capable de réconcilier les deux versants de la science juridique, la nécessité de théoriser et de systématiser et la fidélité au matériau existant, au droit positif, il faut donc reprendre le travail à la base: s'appuyer certes sur les grands juristes du passé, mais tout en inventant des voies nouvelles susceptibles soit de renouveler un ancien matériau, soit de découvrir un matériau non encore exploré, faute d'hypothèses pertinentes. Une telle démarche suppose évidemment de penser qu'il est possible de bâtir une théorie générale de la Fédération, donc de subsumer les Fédérations empiriques, ayant existé ou existantes, sous la catégorie plus générale de «la» Fédération.

Or, beaucoup de juristes doutent de la pertinence d'une telle hypothèse. Une grande autorité juridique comme Paul Reuter observe, par exemple, que «les structures fédérales ne relèvent d'aucune règle juridique générale, que celle-ci soit de droit international ou de droit constitutionnel» (Reuter 1974, p. 83). En relevant que «chacune d'entre elles ne relève que du droit constitutionnel qui lui est propre» (Ibid.) ne plaide-t-il pas en faveur de cette conception «fonctionnelle» du fédéralisme qui fait son deuil d'une impossible unité du concept de la Fédération en raison de la diversité des droits positifs? La multiplication et la diffraction des droits fédératifs interdiraient toute induction généralisante, permettant de s'élever au niveau du concept de la Fédération. Bref, toute théorie d'une Fédération serait une

chimère pour tout esprit positif, doué d'un peu de bon sens juridique.

Bien qu'une telle opinion reflète assez largement la manière dont les juristes perçoivent leur office doctrinal³², elle ne nous convainc cependant pas. Le titre même de cet article indique clairement que nous ne partageons pas ce scepticisme méthodologique de la doctrine juridique contemporaine et ce repli sur une sorte de «ligne Maginot» qui serait la simple «description» du droit positif. On pourrait évidemment objecter à l'objection de Paul Reuter que, si une théorie de la Fédération était impossible en raison de l'absence de règles générales valables pour les diverses Fédérations existantes, le même constat devrait être fait pour la théorie de l'État qui s'expose exactement à la même critique. Mais on ne voudrait pas se contenter de ce contre-argument pour réfuter la position empirique. On tâchera ici de synthétiser nos arguments en faveur d'une théorie de la Fédération en relevant les trois éléments qui légitiment une telle entreprise.

D'abord, la validité d'une méthode se prouve moins par des déclarations méthodologiques que par la manière dont elle s'applique. Si la méthode est une boîte à outils, elle doit servir à bâtir son objet, et sa qualité doit se juger en fonction des résultats obtenus. Donc, si avec cette théorie de la Fédération, on réussit à découvrir, ou mettre à jour, des éléments nouveaux qui n'avaient pas été jusqu'ici perçus, c'est que la méthode ici adoptée, plutôt systématique que pointilliste, aura eu des effets heuristiques. Bref, la bonne méthode s'éprouve en fonctionnant, et il s'agit de vérifier qu'elle «marche» en testant diverses hypothèses, en effectuant ce va-et-vient permanent entre les idées et les faits.

Ensuite, une telle théorie de la Fédération ne prétend pas être objective au sens où l'objet fédéral s'imposerait comme un donné que l'observateur serait contraint de copier et de le décalquer pour le décrire. Nous sommes parfaitement conscient du fait que la doctrine juridique doit faire ses adieux au mythe, positiviste par excellence, de «la description» du droit positif car, comme chacun sait, toute description du droit est aussi une interprétation de ce droit³³. Il y a donc dans toute «théorisation» un élément «construit» qui ressort d'une certaine perspective adoptée par le théoricien du droit. Autrement dit, cette théorie de la Fédération est non seulement une interprétation personnelle du phénomène fédéral, mais elle vise surtout à rendre «opératoire»³⁴ ce concept juridique. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains choix du découpage de l'objet fédéral correspondent très clairement à l'objectif initial qui est celui de comprendre l'Union européenne, de sorte que la *perspective* européenne a, en partie, déterminé le questionnement et les réponses³⁵.

Enfin, une vision «perspectiviste» ne signifie pas, cependant, une conception arbitraire du sujet qui aboutirait à reconstruire l'objet selon le bon plaisir de l'observateur³⁶. L'objectif de cette étude reste de mieux analyser les données empiriques qui s'offrent au juriste. Dans cette mesure, on a ici aussi tenté, dans la mesure du possible, de suivre la voie raisonnable préconisée par Rudolf Smend:

Il vaut mieux pour la théorie de l'État qu'elle étudie les questions qui sont posées par la nature de l'État fédéral comme système d'intégration unitaire (*einheitliches*) incluant les deux pôles politiques de l'État central et des États-membres (*Einzelstaaten*) et par la nécessité alternative d'une légitimation unitaire découlant de celui-ci

ou de celui-là, plutôt que de procéder à des théorisations toujours nouvelles sur la possibilité même de penser la réalité des États fédéraux. [Smend 1968, p. 233]³⁷

Autrement dit, il existe une contrainte de l'objet, cet objet fédéral, et ce substrat empirique a pour particularité d'être un substrat à la fois historique et comparatiste.

Une théorie de la Fédération adossée à son histoire – La plupart des études sur la Fédération que nous avons ici utilisées sont d'ordre historique, même si elles sont couplées ou juxtaposées à des analyses théoriques. Il en résulte que l'objet de cette enquête n'a pas été d'exposer les problèmes actuels du fédéralisme³⁸. Le détour par l'histoire n'est pas ici le signe d'une quelconque affection pour la démarche d'antiquaire du droit, mais une sorte de nécessité épistémologique³⁹.

Le *corpus* des Fédérations est inévitablement limité et concerne principalement les expériences fédérales de la modernité politique, celle-ci commençant au XVI^e siècle. Bien que le fédéralisme ait existé aussi dans l'Antiquité, avec notamment les ligues de cités grecques, les fédérations antiques n'ont pas été ici étudiées en tant que telles, sans avoir pour autant été ignorées. Le même constat vaut pour le Moyen Âge, dans la mesure où par exemple, à la différence de Louis Le Fur, la Ligue hanséatique a été laissée de côté, tandis que l'expérience des cantons suisses, de 1291 à 1515, a été un matériau utilisé à titre exceptionnel dans nos lectures. De ce point de vue, le matériau utilisé débute avec la naissance des Provinces Unies des Pays-Bas, en 1579 (date du Pacte d'Utrecht).

Plus surprenant, peut-être, pour beaucoup apparaîtra ici le choix effectué de

concentrer l'essentiel de notre étude sur le XIX^e siècle, plus particulièrement en Amérique, en Suisse et en Allemagne, et de délaisser, mais pas complètement les formes fédérales du XX^e siècle. On expliquera un peu plus en détail pourquoi l'on s'est surtout intéressé aux formes «émergentes» du fédéralisme⁴⁰. Un tel choix pourrait paraître étonnant car il reviendrait à préférer l'ancien au moderne, l'archaïque au très contemporain. Pourquoi délaisse-t-on l'actualité du fédéralisme qui va de la dissolution de l'ex-Yougoslavie et de l'ex-URSS, jusqu'à la formation récente d'une constitution prétendument fédérale en Irak, en passant par le courant doctrinal très vivace voyant dans le fédéralisme le seul moyen technico-politique de résoudre les conflits ethniques dans des entités politiques dites «multi-nationales» ou «infra-nationales» («*subnational units*»)?

Toutefois, le fait d'avoir résisté aux sirènes de l'actualité politique correspond à un choix très délibéré qui obéit à plusieurs motifs. Cette focalisation sur un objet principalement historique est progressivement apparue comme une nécessité si l'on voulait appliquer de façon conséquente l'hypothèse de la démarcation de la théorie de la Fédération vis-à-vis de la théorie de l'Etat. En effet, les Fédérations contemporaines sont, pour la plupart, très centralisées, ou «consolidées»⁴¹, de sorte que la doctrine juridique, dans sa grande majorité, les étudie à partir d'un prisme étatique, et croit saisir la nature fédérale de l'Etat alors qu'elle décrit surtout la nature étatique d'un système dont l'élément fédéral passe au second plan, voire disparaît. Pour retrouver le *proprement fédéral* dans la Fédération, il fallait aller à reculons et étudier les formes «émergentes» du fédéra-

lisme, c'est-à-dire les premières années où se naît et se développe une Fédération.

Mais le détour par l'histoire posait lui-même un problème dans la mesure où, de façon aisément compréhensible, la description historique du fédéralisme est, le plus souvent, anachronique. On veut dire par là que leurs auteurs étudient les réalités fédérales du passé avec les concepts du présent, recourant donc à des concepts fédéraux stato-centrés. Il faut rajouter, à titre de dernière difficulté méthodologique, que les rares juristes s'aventurant dans l'histoire du droit fédéral font de l'histoire contentieuse du droit. C'est particulièrement vrai pour l'histoire des États-Unis où le fédéralisme est surtout appréhendé à travers la jurisprudence, c'est-à-dire à travers les centaines de décisions de la Cour suprême. Une telle approche s'avère biaisée. Ainsi, si le juriste analyse le droit des États-Unis du XIX^e siècle à partir de la jurisprudence de la Cour suprême (présidée par le très «nationalist» John Marshall), il commet une cruelle erreur d'interprétation, car la république originelle était «le gouvernement le moins centralisé, et non pas le plus centralisé» (Ackerman 1998, p. 98)⁴² que les États-Unis n'aient jamais eu. Il est donc complètement anachronique de voir dans le régime constitutionnel américain des débuts (1787-1861) un État fédéral, c'est-à-dire un pouvoir (relativement) centralisé, au seul prétexte que la jurisprudence de la Cour suprême aurait interprété la Constitution dans ce seul sens. Or, cette vision extrêmement «étatiste» du fédéralisme américain développée aux États-Unis domine largement la littérature française sur la question⁴³. Ainsi, la démarche historique est, elle aussi, périlleuse et mérite d'être contrôlée si l'on veut qu'elle soit fructueuse⁴⁴.

Cet ouvrage n'aurait donc pas pu être écrit sans cette mise en perspective historique, sans ce pari selon lequel il y a plus de choses à glaner que l'on croit dans l'histoire des Fédérations dans leurs premières années, c'est-à-dire dans ces Fédérations «émergentes», qu'on a trop souvent négligées en se contentant de dire qu'elles avaient uniquement servi à préparer le terrain pour un fédéralisme plus centralisé, plus conforme aux canons étatiques. Or, selon notre point de vue, les fédérations émergentes ne sont pas seulement le tremplin vers autre chose, mais elles contiennent un matériau extraordinairement instructif pour comprendre la Fédération comme institution politico-juridique. Elles font le lien, — et c'est un peu paradoxal — avec l'actuelle construction européenne qui en est, du point de vue institutionnel, à ses balbutiements. En effet, la comparaison entre l'Union européenne et le fédéralisme ne peut être fructueuse que si l'on compare ce qui est comparable; or, ce point commun de référence est justement constitué par ces Fédérations «émergentes» au sens ci-dessus décrit.

Les pièges du comparatisme — Cette histoire des Fédérations se doit d'être une histoire comparée car le fédéralisme est une grande inconnue dans l'histoire politique de la France. Il n'y a pas eu d'institutions fédérales en France, et le mot de fédéralisme est un repoussoir idéologique depuis l'épisode de la Révolution française⁴⁵. L'État-nation et les représentations qu'il charrie avec lui règnent en maître. La première difficulté pour un auteur français qui entend décrire le phénomène fédéral est de rompre avec ses habitudes de pensée, largement déterminées par un tel univers intellectuel centraliste. En effet, les pré-

sentations courantes du fédéralisme en France sont «stato-centrées», comme il ressort de la description du fédéralisme à partir de la notion de décentralisation. Or, celle-ci est profondément «étatique» en ce qu'elle postule un centre, duquel on peut resserrer l'étreinte sur les collectivités territoriales en décentralisant le pouvoir⁴⁶.

Par voie de conséquence, il faut à un juriste français se tourner vers les expériences étrangères et se faire nécessairement comparatiste pour traiter de la question fédérale. La méthode de droit comparé qui a été ici adoptée est simple. Bien évidemment, elle ne vise pas à juxtaposer des études sur les fédéralismes étrangers, mais plutôt à aider à la construction d'une théorie de la Fédération. Sous cet angle, elle ne tend pas «à expliquer les différences qui caractérisent les systèmes fédéraux envisagés par des particularités politiques, sociales ou culturelles des pays concernés», mais plutôt à «dégager une logique fédérale propre que l'on peut induire de différentes pratiques nationales spécifiques» (Schaus 2001, p. 7).

C'est justement ici qu'une seconde difficulté attend toute personne qui se lance dans une telle entreprise. Comment peut-on élaborer une théorie générale de la Fédération, malgré l'opposition assez radicale entre le fédéralisme nord-américain et ses avatars canadien, australien ou indien, et le fédéralisme de l'Europe continentale (Allemagne, Suisse, etc.)? Comment peut-on, en d'autres termes, dépasser l'opposition de pensée entre les Fédérations dont le droit relève de la famille de la *common law* et les autres issues de la famille de droit romain? Cette altérité est tellement marquée que l'on peut même se demander s'il est réellement possible pour

un juriste continental-européen de rendre compte fidèlement de l'expérience américaine ou d'une expérience équivalente (Canada, Australie). Certains estiment en effet qu'une telle comparaison n'est pas possible, ou du moins qu'elle est très difficile. Ainsi, Anton Greber considère que

dans un système de *common law*, la relation entre le droit et le pouvoir est tellement conçue de manière si différente [d'un système continental] que la comparaison entre les États fédéraux ne serait possible que seulement s'il existait une méta-théorie qui assemble au sein d'un même cadre analytique, les "deux mondes".
[Greber 2000, pp. 4-5]

Cette difficulté de se mouvoir d'un monde «juridique» à l'autre est indéniable. Elle a même été ressentie comme un vrai malaise par les juristes allemands, réfugiés aux États-Unis pour fuir le nazisme, lorsqu'ils durent avec leur formation de juriste «romain» décrire le droit anglo-américain⁴⁷. Conscients du fait que l'entreprise comparatiste devient presque impossible si l'on pousse trop loin le désir d'empathie avec le système étranger étudié, et qu'il faut bien le décrire dans sa propre langue, nous proposons ici simplement une théorie de la Fédération vue par un juriste français.

Il va de soi aussi qu'il est assez paradoxal qu'un juriste français rédige ce genre d'essai, tant la pratique française du fédéralisme est inexistante. Mais comme on le sait, le regard neuf et extérieur d'un «étranger» peut apporter beaucoup aux «autochtones», à tous ceux qui baignent depuis l'enfance dans le fédéralisme, et qui ont peut-être oublié sa spécificité. Il n'est pas d'ailleurs anodin que, parmi les ouvrages les plus inventifs sur le fédéralisme,

figurent ceux écrits par des anglais et des italiens qui, jusqu'à plus ample information, ne passent pas pour des spécialistes du fédéralisme.

Comment théoriser le matériau d'histoire comparée? – Il ne suffit pas de rassembler un matériau d'ordre historique et comparatif; il faut encore le systématiser. Comment y arriver? C'est ici que l'on utilisera deux moyens complémentaires: les ressources de la pensée politique et de la dogmatique juridique.

Pour ce qui concerne la pensée politique, il y a, en effet, une frappante homologie entre l'idée politique du fédéralisme et sa réalisation institutionnelle, ce qui n'est pas assez souvent souligné, de sorte que les concepts politiques peuvent être utilisés pour ordonner une partie du matériau juridique rassemblé. On essaiera de le montrer à propos tant de la formation de la Fédération que de l'analyse de la Fédération comme institution politique, déterminée par ses fins.

Quant à l'utilisation de la dogmatique juridique, elle est capitale si l'on veut analyser systématiquement la structure juridique de la Fédération et la manière dont fonctionnent ses institutions. Cet approfondissement du phénomène fédéral implique la découverte des principes juridiques qui lui sont spécifiques. Par principes de la Fédération, nous entendons ici ses principes constitutifs au sens où ils *tra-
duisent* la logique fédérale. Ils ne sont pas des «règles» que l'on pourrait décalquer de la réalité juridique, mais des concepts que la doctrine fabrique pour rendre compte du droit⁴⁸. Ils ne figurent pas dans les sources juridiques habituelles, législatives ou jurisprudentielles, et ne sont pas

davantage censés refléter les règles de droit. En outre, ces principes sont communs à toute forme fédérative, quelle que soit sa modalité, c'est-à-dire indépendamment de la question de savoir si elle se rapporte à la prétendue Confédération ou au prétendu État fédéral⁴⁹.

Enfin, du point de vue du fond, ces principes de la Fédération décrivent principalement les rapports institutionnels entre les instances fédérées et l'instance fédérale. Ils découlent de la double nature de la Fédération qui est tiraillée entre sa nature d'union d'États et sa nature d'institution⁵⁰. En tant qu'elle a une genèse contractuelle, la Fédération doit être conçue de telle manière que le pacte fédéral soit un «pacte d'autoconservation fédérale»⁵¹, les États-membres doivent conserver en grande partie leur nature politique; ils sont donc sur le même plan que la fédération (principe de parité) et ils conservent leur identité (principe de pluralité fédérative). Quant aux principes structurels ou constitutifs qui découlent de la nature institutionnelle de la Fédération, ils se résument à un principe fondamental, le principe de dualité fédérative, qui se dédouble un principe d'indépendance et un principe d'interdépendance des deux ordres juridiques, fédéral et fédéré⁵². Ainsi, c'est uniquement grâce à cette systématisation que l'on peut mieux ordonner le matériau empirique, trouver les «passerelles» qui relient des questions apparemment indépendantes et donc unifier un champ de connaissance moins disparate que l'on ne croit d'habitude. On peut maintenant synthétiser les résultats auxquels nous sommes parvenus en présentant les singularités de cette théorie de la Fédération.

4. *Les particularités de la Théorie de la Fédération*

En retenant le mot de Fédération, il s'agit de signaler l'autonomie du concept de la Fédération vis-à-vis de celui d'État. Selon l'intuition qui a guidé — dès l'origine — nos recherches sur le fédéralisme⁵³, la théorie de la Fédération ne saurait être élaborée au moyen des concepts étatiques. Elle doit servir à rendre compte d'expériences et de structures fédérales qui sont irréductibles à la forme étatique. Bref, la théorie de la Fédération, telle qu'elle est ici proposée, se fonde sur l'hypothèse centrale que la Fédération n'est pas un État.

En effet, bien qu'elle se présente vis-à-vis de l'extérieur comme un tout, comme un bloc, la Fédération, vue de l'intérieur, est composée de deux personnes: la Fédération et les États-membres, la première étant le résultat de la volonté des seconds de s'unir dans un ensemble plus grand. La coexistence de ces deux corps politiques, la Fédération et les États-membres dans un même ensemble fédéral, pose des problèmes redoutables à l'observateur: d'une part des problèmes d'ordre sémantique pour arriver à les décrire correctement, et d'autre part, des problèmes conceptuels, car il lui faut penser la dualité de deux pouvoirs sur un même territoire et sur les mêmes individus. Pour y arriver, il convient d'admettre l'existence d'institutions proprement fédératives, celles qui structurent la forme et la vie d'une Fédération, et dont on peut dire qu'elles n'ont pas d'équivalent dans la forme étatique pure (celle de l'État unitaire). Une telle hypothèse est celle de l'autonomie du concept de Fédération.

La Fédération comme forme politique – En tentant d'élaborer une théorie de la Fédération, nous souhaitons emboîter le pas à d'autres juristes qui, par le passé, ont déjà cherché à comprendre la Fédération en soi et pour soi⁵⁴ et qui ont tenté de bâtir «une nouvelle catégorie compréhensive» (Ortino 1993, p. 35), capable d'englober les formations de type fédéral. Ainsi conçue, la Fédération n'est pas seulement une «forme d'État» comme le croyait Georges Burdeau, ni une simple forme de gouvernement. C'est une entité politique, une espèce de «politie» fédérale (*federal polity*) comme l'on dit de plus en plus aujourd'hui et que l'on désigne ici comme étant une «forme politique», susceptible de contenir plusieurs formes de gouvernement.

Les avantages de qualifier la Fédération de forme politique sont nombreux. Le premier d'entre eux est de la mettre à égalité de dignité avec l'État et donc de la considérer comme une entité politique à part entière. C'est une autre manière de la revaloriser et de la faire réapparaître sur la scène du *jus publicum europaeum*, sur laquelle elle a du mal à apparaître en raison de la domination insolente et écrasante de l'État. C'est une manière de lutter contre l'oubli dans laquelle elle est tombée et que l'on repère vite lorsqu'on étudie par exemple l'histoire des relations internationales, où cette forme d'union d'entités politiques apparaît rarement. En la désignant comme forme politique, il s'agit aussi de montrer que la Fédération concerne aussi les citoyens ou individus, et pas seulement les personnes morales qu'on appelle les membres de la Fédération. En outre, un autre gain procuré par cette requalification de la Fédération tient à ce qu'elle autorise la comparaison avec d'autres formes politiques: non seu-

lement avec l'État, mais aussi avec l'Empire qui élargit, lui aussi, le cadre spatial de l'État. Enfin, le fait de qualifier la Fédération de forme politique permet d'introduire dans la discussion des thèmes importants – et d'ailleurs souvent négligés par la littérature sur le fédéralisme – comme l'articulation des régimes politiques, c'est-à-dire des formes de gouvernement des entités fédérées et de l'entité fédérale avec la forme politique de la Fédération. Ces questions décisives ne peuvent surgir que si l'on prend au sérieux cette hypothèse d'une forme politique.

La Fédération comme une union d'États – On a vu que la Fédération est distincte de l'État, qu'elle est une forme politique autonome. Mais cette description n'épuise pas sa nature profonde car on n'a pas encore saisi sa marque spécifique. Celle-ci réside principalement – du moins dans son acception moderne – dans le fait qu'elle est une «union d'États». En la décrivant ainsi, on renoue avec un topos très ancien qui est celui de la *respublica composita*, l'État composé, mais aussi avec l'idée de «république fédérative» proposée par Montesquieu: elle est une «*société de sociétés*, qui en font une nouvelle, qui peut s'agrandir par de nouveaux associés qui se sont unis» (Montesquieu, *Esprit des lois*, Livre IX, chap. 1). De cette caractérisation de la Fédération comme «union d'États» découlent plusieurs conséquences décisives pour en faire la théorie.

La première d'entre elles est de revaloriser considérablement la dimension contractuelle ou «conventionnelle» de la Fédération dont on montrera qu'elle est une forme politique «consentie» par ses composantes. Une telle qualification a pour

effet de replacer la Fédération dans l'orbite des relations internationales et la compare avec d'autres formes d'unions d'États. Elle n'est plus mesurée uniquement à l'État unitaire, mais aussi à d'autres types classiques d'organisation internationale (comme l'alliance ou les unions personnelles et réelles), ou un type non classique comme l'Empire perçu. Son fondement juridique est un pacte fédératif, un pacte constitutionnel, qu'il ne faut pas confondre avec une constitution unilatérale, et les relations qui existent entre la Fédération et ses États-membres ne sont pas des relations hiérarchiques de commandement et d'obéissance de type étatique. D'ailleurs, cette «contractualité» a des effets non seulement sur son mode de formation, mais aussi sur une partie de son fonctionnement.

On verra plus en détail que «l'horizontalité» est au principe des relations qui s'établissent entre les États-membres eux-mêmes ou entre la Fédération et ceux-ci. Néanmoins, prendre au sérieux la nature principalement contractuelle de la Fédération à l'époque de sa formation suppose de réexaminer le problème difficile de savoir comment l'on peut concilier cette «genèse contractuelle» et fédérale avec la naissance d'une institution (la Fédération) qui s'autonomise par rapport à ses membres créateurs, un peu comme une société commerciale s'émancipe de ses actionnaires initiaux.

La seconde conséquence de la nature d'union d'États porte sur l'objet de l'étude. La Fédération ici envisagée ne recouvre pas les figures fédératives qui correspondent au «fédéralisme par désagrégation», c'est-à-dire les cas où un État unitaire se désagrège en État fédéral. C'est une théorie de la Fédération et non pas du fédéralisme,

comme l'écrit Christoph Schönberger (2004, p. 85), ce qui signifie que notre étude se limitera au cas, selon nous le plus intéressant, d'un fédéralisme «par aggrégation» qui désigne le cas où des collectivisés groupes décident de s'unir et de s'assembler dans un nouvel ensemble politique, bref de se fédérer. Un tel choix conduit donc à écarter de l'enquête une série de phénomènes contemporains comme la fédéralisation de la Belgique, la régionalisation de l'Italie et de l'Espagne⁵⁵.

Enfin, la dernière conséquence, probablement la plus décisive du point de vue du contenu de la dogmatique constitutionnelle, porte sur la modification du regard porté sur la Fédération. Conçue comme association d'États, cette dernière cesse d'être analysée du seul point de vue du centre (de la Fédération elle-même), mais elle est aussi étudiée du point de vue de ses États-membres. Ce changement est presque copernicien car on fait pivoter la Fédération autour de ses unités élémentaires et non plus l'inverse. On comprend mieux aussi pourquoi, en vertu d'une dialectique de la conservation dans la Fédération d'éléments antérieurs, la trace de l'élément contractuel, de l'élément d'association initiale, perdure dans la Fédération créée. Ainsi le principe d'égalité entre les États-membres perdure, même après la fondation de la Fédération, et constitue comme on le montrera, un des principes constitutifs de toute Fédération.

On peut désormais ramasser le propos d'ensemble en précisant que la thèse proprement dite de cet ouvrage est de soutenir l'idée d'une autonomie de la notion de

Fédération conçue comme une entité politico-juridique. Pour tenter de la démontrer, on a essayé de relier ensemble l'idée politique du fédéralisme et la structuration juridique de la Fédération, en s'appuyant sur une histoire comparée des Fédérations. En un sens, la démarche s'est voulue tout à la fois historique et systématique. Quant au fond, cette théorie de la Fédération entend rompre avec la manière habituelle de comprendre le phénomène fédéral qui est trop marqué par l'empreinte étatique.

Bibliographie

- Ackerman (Bruce), *We The People. The Foundations*, Harvard Belknap Press, 1991, trad. fr.: *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine* Paris, Calmann-Lévy, 1998 (trad. J.F. Spitz, préface P. Weil);
- Beaud (Olivier), *La Fédération entre l'Etat et l'Empire*, in B. Thérêt (dir.), *L'Etat, la finance, le social*, Paris, la Découverte, 1995, pp. 282-304;
- *Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable?*, in «Annales de la faculté de droit de l'Université de Strasbourg», vol. 3, Strasbourg, PU, 1999;
- *La doctrine constitutionnelle américaine connaît-elle une théorie de la Fédération?*, in Philippe Raynaud et Elisabeth Zoller (dir.) *Le droit dans la culture américaine*, Paris, Edition Panthéon Assas, 2001;
- *Aperçus sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au XX^e siècle*, in «Revue d'histoire des facultés de droit», 2004, n° 24, pp. 165-204;
- *Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques. Le cas particulier de la Fédération*, in «Revue universelle des droits de l'homme», octobre 2004, Vol. 16, n° 1-4, pp. 16-26;
- *De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral*, in C. Grewe et alii (dir.), *La justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 49-72.
- Burdeau (Georges), *Traité de science politique*, Paris, LDCJ, t. II, 1^{ère} éd. 1949;
- Combacau (Jean), *L'écoulement du temps*, in Société française de droit international, *Le droit international et le temps*, (Actes du colloque de, la SFDI) Paris, Pédone, 2004, n°22, pp. 77-107;
- Croizat (Maurice), Quermonne (Jean-Louis), *L'Europe et le fédéralisme. Contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental*, Paris, Montchrestien, «Clefs», 1996;
- Dehousse (Renaud), *Le fédéralisme et les relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1991;
- Delors (Jacques), *Ma vision d'une fédération des États-nations*, in «Le Monde des Débats», juillet-août 2000;
- Delpérée (Francis), *Le fédéralisme en Europe occidentale*, Paris, PUF, coll. Que sais-je? 2000;
- Durand (Charles), *Confédération d'États et l'État fédéral. Réalisation acquises et perspectives d'avenir*, Paris, M. Rivière, 1955;
- Forsyth (Murray), *Unions of States: the Theory and Practice of Confederations*, New York, Leicester Univ. Press, Holmes and Meier, 1981;
- Goldstein (Leslie F.), *Constituting Federal Sovereignty (The European Union in Comparative Context)*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2001;
- Greber (Anton R.), *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2000;
- Héraud (Guy), *Les principes du fédéralisme*, Paris, Presses de l'Europe, 1968;
- Huber (Ernst Rudolf), *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Stuttgart, Kohlhammer, 1954-1988;
- Jellinek (Georg), *Allgemeine Staatslehre*, 5^{ème} tirage de la 3^e éd. de 1911, Kronberg/TS., Athenäum;
- *L'État moderne et son droit*, (1911), rééd. Paris, Editions Panthéon-Assas, 2005;
- Jouanjan (Olivier) *Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper*, in «Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques», n° 37, 2003, pp. 31-48;
- *Georg Jellinek ou le juriste philosophe* in Jellinek (Georg), *L'État moderne et son droit* (1911), cit.;
- Lacorne (Denise), *L'invention de la République. Le modèle américain*, Paris, Hachette, «Pluriel», 1991;
- Le Fur (Luis), *Etat fédéral et Confédération d'Etats*, thèse 1896, rééd. Paris, éd. Panthéon-Assas (préface Ch. Leben), 2000;
- Mac Mahon (Arthur), *Federalism, Mature and Emergent*, New York, Doubleday, 1955;
- Ortino (Sergio), *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Torino, Giappichelli, 1993;
- Pufendorf (Samuel von), *Droit de la nature et des gens*, trad. fr. Barbeyrac (1734), rééd. Caen, Centre de philosophie du droit de Caen, 1987;
- *Gesammelte Werke*, Bd. 4, 2 Teil, Berlin, Akademie Verlag, 1998;
- Reuter (Paul), *Confédération et Fédération: 'vetera et nova'*, in P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international*, Paris, Economica, 1974;
- Reuter (Paul), Combacau (Jean), *Institutions et relations internationales*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 1985;
- Rials (Stéphane), *La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le Sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique*, in «Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques», n° 37, 2003, pp. 49-85;

- Rossi (Pellegrino), *Per la Patria comune. Rapporto della Commissione della Dieta ai ventidue Cantoni sul progetto d'Atto federale da essa deliberato a Lucerna il 15 dicembre 1832*, a cura e con introduzione di Luigi Lacchè, *Un italiano a Ginevra, alla ricerca della patria comune*, Manduria, Piero Lacaita, 1997;
- Rousseau (Charles), *Droit international public*, t. II, *Les sujets de droit*, Paris, Sirey, 1974;
- Sawer (George), *Modern Federalism*, Carlton, Pitman, 2^{ème} éd., 1976;
- Scelles (Georges), *Précis du droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, rééd. CNRS, 1981;
- Schaus (Annemie), *L'exécution des obligations internationales dans l'État fédéral*, thèse droit, Université libre de Bruxelles, 2001;
- Schmitt (Carl), *Théorie de la Constitution*, tr. fr, por L. Deroche-Gurcel, Paris, Puf, 1993;
- Schönberger (Christoph), *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr, 2005;
- *Die europäische Union als Bund*, in «AöR», 2004;
- Shapiro (David), *Federalism. A Dialogue*, Evanston, Northwestern University Press, 1995;
- Siegfried (André), *La Suisse, démocratie témoin*, Neuchâtel, La Baconnière, 1948;
- Smend (Rudolf), *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2^{ème} éd. Berlin, Duncker u. Humblot, 1968;
- Teitgen (Paul-Henri), *Le fédéralisme et l'Union française*, in Robert Aron (dir.) *L'ère des Fédérations*, Paris, Plon, 1958;
- Théret (Bruno), ed., *L'Etat, la finance, le social*, Paris, la Découverte, 1995;
- *Protection sociale et fédéralisme (L'Europe dans le miroir de l'Amérique du Nord)*, PU Montréal, Peter Lang, 2002;
- Weber (Max), *Parlement et gouvernement dans l'Allemagne réorganisée*, in *Œuvres politiques (1895-1919)*, trad. fr. E. Kaufmann, Paris, Albin Michel, 2003;
- Wheare (Kenneth), *The Federal Government*, Londres, Oxford University Press, 1948 (1^{ère} éd.);
- Zoller (Elisabeth), *Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États*, in « Recueil des Cours de l'Académie de la Haye », 2002.

¹ On se contentera d'en citer un seul qui fut, dans sa discipline (la science politique), un ouvrage pionnier: Croisat, Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme. Contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental*. Le sous-titre du livre indique la thèse d'un nouveau fédéralisme inclus dans la méthode communautaire.

² David Shapiro raconte que lorsqu'il a commencé à préparer en 1993 ses *Rosenthal Lectures*, il a constaté le fait suivant: «the extent of published materials germane to these issues is vast – perhaps because of the increasing worldwide interest in federalism as a possible method of bringing disparate factions together into a governable society – growing at what seems an exponential rate» (Shapiro 1995, p. 6).

³ Et du moins, tant qu'on s'accorde à reconnaître la possibilité de subsumer certains phénomènes juridiques ou des notions plus généra-

les qu'on appelle des concepts. Certains courants actuels de la théorie du droit, fort déconstructionnistes à leur manière, ne sont pas loin de répudier toute validité au concept en tant que tel.

⁴ Définition à laquelle on rapprochera celle de Paul-Henri Teitgen (1958, p. 173).

⁵ De nos jours, les auteurs anglo-américains préfèrent, quant à eux, parler de «intra-state federalism» et de «inter-state federalism».

⁶ C'est la négation du fait fédéral, de la dialectique de l'unité et de la diversité qui est au cœur de l'idée fédérale.

⁷ La démonstration est opérée dans la première partie du livre, intitulée: «Sortir la Fédération de l'orbite de l'État».

⁸ Je reprends ici en partie des développements contenus dans un précédent article (Beaud, *Aperçus sur le fédéralisme*, pp. 165-204).

⁹ Il suffit de lire l'introduction où l'auteur évoque clairement son

ambition qui est de construire une «théorie générale de l'État fédératif» (Le Fur 2000, p. V).

¹⁰ Il ajoute: «Le profane chercherait en vain dans les traités de droit constitutionnel des renseignements objectifs sur les États fédéraux; il y trouverait, au contraire, l'exposé des conceptions de Seidel, de Laband ou de Jellinek, assorties des réfutations correspondantes elles-mêmes suivies de contre-réfutations. De ces controverses obstinées, il semble parfois que la réalité fédérale soit exclue.» (*Ibid.*).

¹¹ «Nous laissons de côté toute métaphysique, nous écartons toute dissertation sur des notions abstraites, fût-ce sur celle de souveraineté, fût-ce sur le critérium de l'État, pour ne retenir que des éléments réels du droit positif, savoir des obligations, des pouvoirs, des moyens de sanction, sans négliger d'ailleurs – car ils sont pratiquement inséparables de l'élaboration

- et de l'application du droit – des facteurs politiques *lato sensu* d'intérêts ou de sentiments. » (Durand 1955, p. 19).
- ¹² Ce qu'on trouvait dans la doctrine française chez un Georges Scelle, le seul juriste français qui au XX^e siècle, ayant tenté de théoriser la question fédérale dans son ouvrage majeur (Scelle 1981, chap. 3, pp. 187 à 287). Juriste de droit international, il pense le fédéralisme non seulement à partir de sa discipline, mais en tant que partisan affirmé de la Société des Nations, et militant de la cause fédéraliste. En outre, il adosse sa théorie du fédéralisme à une théorie sociologique du droit (assez rudimentaire, il faut l'avouer) largement inspirée de Léon Duguit. Ces deux éléments manquent totalement à la présente théorie de la Fédération.
- ¹³ Voir à titre d'exception, les travaux de Renaud Dehousse qui prennent en compte certains travaux de science politique (Dehousse 1991, pp. 2 et sq.), où il évoque notamment le cas du fédéralisme soviétique (p. 4) qui est un beau cas d'analyse formaliste tant la réalité du pouvoir soviétique s'éloignait de la logique fédérale et de l'esprit du fédéralisme.
- ¹⁴ Ainsi, Leslie Goldstein (2001, p. 13), observait dans un récent et intéressant ouvrage la chose suivante: «Parce que les fédérations et les autres formes d'autosubordination collective par des États antérieurement souverains, et pleinement souverains, vont probablement augmenter au cours du vingtième et un siècle, les temps apparaissent mûrs pour modifier la théorie dominante (*foramending current theory*) ».
- ¹⁵ Nous remercions ici Christoph Schönberger d'avoir attiré notre attention sur ce livre rarement cité dans les bibliographies (pour tant pléthoriques) sur le fédéralisme, et absent de la plupart des bibliothèques.
- ¹⁶ Forsyth loue la «*superbal economi-cal way*» (Forsyth 1981, p. 81) avec laquelle Pufendorf distingue ce genre de système confédéré du traité normal ou de l'alliance.
- ¹⁷ Le fait de choisir Pufendorf plutôt qu'Althusius comme le premier théoricien moderne de la Fédération est un choix décisif que l'on peut résumer ainsi: Pufendorf part de l'acquis réalisé par les œuvres de Bodin et de Hobbes qui révolutionnent la science moderne du droit public avec l'idée de souveraineté. Au contraire, Althusius entend refonder une science politique débarrassée de la souveraineté, et l'on comprend mieux alors le succès qu'il rencontre de nos jours. De nos jours, la crise de l'État moderne et les multiples traces de son affaïssement, ou de son évolution (thème de «l'État ouvert», «offene Staat») ont renforcé l'intérêt pour Althusius que l'on réinterprète comme l'auteur qu, contre Bodin, aurait permis d'échapper aux impasses de la souveraineté (voir notamment les travaux de Giuseppe Duso). Déjà, Otto Gierke l'avait redécouvert pour promouvoir sa conception «organique» des groupements politiques.
- ¹⁸ La version latine originale figure dans les *Œuvres complètes* (Pufendorf 1998, Bd 4, 2 Teil, p. 685). Il s'agit pour lui de distinguer la Fédération de la simple alliance. Il ajoute d'ailleurs la précision suivante pour faire sentir cette différence: «En effet, il y a bien de la différence entre ce Traité: 'Je m'engage à vous donner du secours dans une telle Guerre, & à déléguer avec vous sur la manière dont nous nous y prendrons pour agir contre l'Ennemi', & cet autre: 'Aucun de nous ne fera la Guerre & la Paix sans le commun consentement de tous'». (Pufendorf 1987, p. 286).
- ¹⁹ Voir sur ce point, la biographie intellectuelle proposée par Dufour 1998.
- ²⁰ Réédité de manière exemplaire par le professeur Luigi Lacchè (Rossi 1997, pp. IX-LVIII).
- ²¹ Dans un tel système, quelles que soient ses formes, «le principe paraît toujours le même, les diversités semblent se réduire à une variété dans les formes, à une question de plus ou de moins, dans les droits des deux pouvoirs, le pouvoir central et le pouvoir local.» (*Ibid.*, p. 14).
- ²² Il s'agit de deux «formes fédératives»: dans le premier cas, le pouvoir local (la «souveraineté locale» écrit Rossi) l'emporte et le régime juridique est celui de *délégation*, tandis que, dans le second cas, le pouvoir central domine, et le régime juridique est celui de la *concession*. (*Ibid.*, p. 16).
- ²³ «Der Bund ist auf freier Vereinbarung beruhende, dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder dienende, dauernde Vereinigung, durch welche der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes in Hinblick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird.» (Schmitt 1993, p. 366).
- ²⁴ *Ibid.* p. 527. («sowohl völkerrechtliches wie staatsrechtliches Subjekt», *Verfassungslehre*, §30, II, p. 379).
- ²⁵ Notamment de la difficulté qu'elle a à rendre compte du lien entre démocratie et fédéralisme (Cfr. Greber 2000, pp. 191 et sq.).
- ²⁶ Auteur qui est à juste titre remis à l'honneur par Christoph Schönberger dans le paragraphe final intitulé «Das Vorbild Heinrich Triepels» de son l'introduction à sa thèse d'habilitation (Schönberger 2005, pp. 19-20).
- ²⁷ La gigantesque *Histoire constitutionnelle allemande depuis 1789* (Huber, 1954-1988) en 7 volumes de Ernst Rudolf Huber s'appuie, en partie, sur les concepts de la Théorie de la Fédération de Carl Schmitt.
- ²⁸ Alors que nous nous fondons presque sur le même corpus, d'ordre

historique, nous nous séparons de son entreprise dans la seule mesure où nous rejetons le terme de «Confédérations» qui structure son ouvrage. En effet, celui-ci, *Union of States* contient en sous-titre: «The Theory and Practice of Confederations» et le livre est pensé en réaction contre la domination de la littérature sur le «Federal Government» (État fédéral), domination illustrée par l'autorité de l'essai de Kenneth Wheare, dans la littérature anglophone (1948).

²⁹ Avec toutefois, une esquisse de typologie dans le chapitre 12 qui porte sur les formes de gouvernement.

³⁰ «Les approches universelles ou monolithiques de cette forme de gouvernement ont quasiment disparu de la littérature contemporaine pour laisser place aux conceptions fonctionnelles du fédéralisme.» (Schaus 2001, p. 9 à paraître chez Bruylant sous le titre «L'exécution des obligations internationales»). L'auteur de ces propos avait préalablement écrit: «De nos jours, on considère non seulement que le fédéralisme est «une forme d'organisation de l'État», mais aussi qu'il «n'existe pas un type de fédéralisme, mais plusieurs» (*Ibid.*)

³¹ Jellinek évoque des «empirische Typen» que le traducteur, (Fardis) rend par des «moyennes», ce qui est un peu loin du texte. Sur le type-idéal, chez Jellinek, qu'Olivier Jouanjan traduit par «type empirique», voir les riches développements de ce dernier dans sa préface: «Georg Jellinek, ou le juriste philosophe» (Jellinek 2005, t. I, pp. 54-59).

³² Aux yeux de P. Reuter, le droit international ou constitutionnel ne peut énoncer des «normes juridiques générales» concernant les structures fédérales et le droit fédéral. (*ibid.*, p. 83). En droit constitutionnel, il y aurait seulement «place pour des études de

droit comparé» (*Ibid.*) et en droit international pas de place du tout. L'affirmation est surprenante et contraste avec l'ambition d'un Louis Le Fur dans sa thèse de 1897.

³³ Tel est à notre avis, le point saillant de la discussion récente des thèses positivistes de Michel Troper dans la revue *Droits* N° 37 (2003), menée chacun de leur côté, avec des arguments différents, par Stéphane Rials, *La démolition inachevée*, et par Olivier Jouanjan, *Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper*.

³⁴ Résumant la pensée de Georg Jellinek, Olivier Jouanjan écrit: «un concept juridique ne doit pas être conçu comme substantiel, mais comme fonctionnel ou opératoire.» (Jouanjan 2005, p. 53). L'un des apports de cette préface réside dans l'analyse du concept juridique chez Georg Jellinek (*Ibid.*, p. 47-54).

³⁵ Par exemple: pourquoi avoir choisi uniquement le fédéralisme par agrégation, et s'être focalisé sur le cas de la naissance des Fédérations? La réponse provient de notre angle d'étude: nous avons essayé de forger un cadre conceptuel d'analyse pour mieux comprendre la construction européenne. Or, ni le fédéralisme par dissociation – l'exemple belge si l'on veut – ni les formes modernes étatisées de certains fédéralismes ne nous ont paru pertinents pour décrire l'objet européen.

³⁶ Il me semble que c'est la position défendue par Jean Combacau, opposant, dans une étude sur les traités, les «concepts théoriques» à la multiplicité des «êtres singuliers» créés par des traités, et qui, en tant qu'unités particulières sont irréductibles à toute subsumption sous un concept commun. (Combacau 2004, p. 99). Bref, un tel nominalisme, aussi fermement défendu, suppose de renoncer à la généralisation, cette conceptualisation souffrant d'être philosophiquement indéfendable, car postu-

lant des entités «réelles» qui n'existent pas.

³⁷ Dans son traité de droit constitutionnel (1927), traduction de «Denkmöglichkeit wirklichen Bundesstaaten»: *Verfassung und Verfassungsrecht* (1927). Formule qui figure aussi plus haut dans le même texte: Notre entreprise s'inspire un peu de son projet: «il s'agit ici de se demander comment ce type particulier d'État [État fédéral] composé de deux pôles politiques, celui de l'État central, et celui des États-membres, peut être compris comme étant une réalité» [*als Wirklichkeit verständig wird*]] (Smend 1968, p. 224).

³⁸ Lors de mon séjour berlinois (2002-2006), il nous a fallu bien souvent expliquer que nous n'étions pas en Allemagne pour examiner la réforme du fédéralisme allemand. À nos interlocuteurs, souvent un peu interloqués ou incrédules, nous devions expliquer pourquoi nous étudions principalement le fédéralisme «allemand» (ou «germanique») du XIX^e siècle.

³⁹ On notera en passant que le cas par exemple que la thèse de Louis Le Fur commençait par une très longue histoire des formes de la Fédération, avant d'entamer l'étude de la dogmatique juridique. Dans le même registre, Sergio Ortino examine les cas historiques de la Fédération, (avec notamment une étude très approfondie des Provinces-Unies des Pays Bas) afin de forger sa propre notion: l'État à base fédérative'. Notre démarche s'inspire toutefois plutôt de celle adoptée par Christoph Schönberger qui consiste à entremêler l'histoire et la dogmatique dans un traitement simultané.

⁴⁰ En 1953, l'Université de Columbia consacre, afin d'étudier la naissance de la Communauté européenne (de la CEEA) un colloque à la question du fédéralisme (Cfr. Mac Mahon 1955). Nous avons

donc privilégié le fédéralisme émergent.

⁴¹ C'est le cas en particulier des États-Unis et de l'Allemagne. Le cas suisse, qui résiste à cette centralisation, est un cas à part et de ce point de vue, l'étude de la Suisse contemporaine reste un grand intérêt pour comprendre à la fois la logique et l'esprit d'une Fédération.

⁴² Il ajoute: «Et ce gouvernement est devenu de moins en moins centralisé, à mesure que la première république s'est prolongée. La Cour Marshall menait un combat d'arrière-garde pour préserver le caractère modérément centralisateur des fondateurs fédéralistes contre les tendances décentralisatrices de notre premier régime constitutionnel.» (*Ibid.*).

⁴³ Ainsi, la constitution fédérale de 1787 aurait fait des États-Unis «un État moderne, solidifié, grâce à la mise en place d'un système de pouvoirs tripartite». (Lacorne 1991, p. 116).

⁴⁴ De ce point de vue, la démarche adoptée par Christoph Schönberger (2005), apparaît comme un modèle du genre, échappant à presque tous les pièges tendus à un juriste par le recours à l'histoire pour faire de la dogmatique juridique.

⁴⁵ Nous nous permettons sur ce point de renvoyer à notre étude (Beaud 1999, pp. 7-82).

⁴⁶ Ainsi, après avoir constaté la profonde hétérogénéité du peuple suisse (différence de langue, de religion, de culture), André Siegfried évoque, pour décrire la solution institutionnelle adoptée, «un tempérament national traditionnellement attaché à la décentralisation» (Siegfried 1948, p. 158). En recourant au terme de décentralisation au lieu de celui de fédéralisme, il poursuit une tradition largement inaugurée par Tocqueville qui rendit compte du fédéralisme américain à partir d'une opposition entre la décentralisa-

tion politique et la décentralisation administrative.

⁴⁷ Il s'agit de Ernst Fraenkel dans son ouvrage sur le système politique américain, et du manuel fort remarquable de Karl Löwenstein sur le *droit constitutionnel des États-Unis*. Pour une analyse plus précise, v. notre article Beaud 2001, pp. 22-23.

⁴⁸ Nous avons essayé de les présenter dans une conférence à Bayreuth, le 15 décembre 2005, dans le cadre des conférences de la Franconie, organisées par nos collègues, Matthias Jestaedt et Olivier Lepsius.

⁴⁹ En cela, ces principes divergent de ceux relevés par la doctrine anglophone anglaise qui, de Kenneth Wheare à George Sawer, cherche des principes pour identifier pratiquement le «Federal Government» c'est-à-dire uniquement l'État fédéral. Geoffrey Sawer énumère, par exemple, six «basic federal principles»: «la présence d'un Centre – d'un gouvernement fédéral – compétent pour la nation entière, et également (2) de gouvernements fédérés dans cette union fédérale, (3) l'application immédiate du droit fédéral sur les citoyens sur tout le territoire fédéral, (4) la constitution la plus souvent écrite, qui organise la répartition des compétences entre les deux niveaux (fédéral et fédéré) et (5) prévoit des règles pour les cas de conflits entre les autorités fédérales et fédérées, et (6) enfin, l'interprétation de la répartition des compétences est assurée par une autorité judiciaire qui veille donc à ce que chaque type d'autorité n'outrépasse pas ses compétences». (Sawer 1976, p. 20). Parmi ces six principes énumérés par Sawer, trois sont considérés comme spécifiques à l'État fédéral – l'application immédiate du droit fédéral, la constitution écrite, l'existence et le contrôle juridictionnel (*judicial review*) – et ne se retrouvent pas dans toutes les formes fédératives.

⁵⁰ Seconde partie du livre: «L'ambi-

valence constitutive de la Fédération entre union d'États et institution».

⁵¹ L'expression est de l'économiste Bruno Théret, auteur d'un ouvrage essentiel sur le fédéralisme contemporain (Théret 2002).

⁵² On pourrait même ajouter des techniques qui seraient spécifiques à la Fédération. On a essayé de montrer aussi bien à propos des droits de l'homme que de la justice constitutionnelle que l'objet fédéral imposait ici une inflexion particulière à ces deux techniques juridiques (Cfr. Beaud, *Droit de l'homme*, 2004, pp. 16-26; 2005, pp. 49-72).

⁵³ V. l'article qui a inauguré nos recherches: Beaud 1995, pp. 282-304.

⁵⁴ Voir plus haut la citation de Forsyth (1981, p. 147).

⁵⁵ D'où la différence entre le présent travail et le récent «Que-sais-je?» de Francis Delpérée, *Le fédéralisme en Europe*.