

LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES DANS UNE FÉDÉRATION
ESSAI DE REFORMULATION DU PROBLÈME*

Pour introduire à la question ici traitée, nous partons d'une citation d'Hannah Arendt, dans son livre *Essai on Revolution*, où elle compare la genèse de la République américaine à celle de la République française. Évoquant l'œuvre des *Founding Fathers*, elle écrit :

Le principal problème des Fondateurs était, à partir de treize républiques « souveraines », et dûment constituées, d'aboutir à l'union ; leur tâche était la fondation d'une « république confédérale » qui [...] concilierait les avantages de la monarchie dans le domaine des affaires extérieures et ceux du républicanisme dans le domaine de la politique intérieure. Et dans cette tâche qui devait aboutir à la Constitution, il n'était plus question de constitutionnalisme au sens de droits civiques [...] mais il s'agissait d'ériger un système de pouvoirs qui se freineraient et s'équilibreraient les uns les autres de façon telle que, ni le pouvoir de l'Union ni celui de ses parties, les États dûment constitués, ne s'amoindrirait ni se détruirait l'un l'autre¹.

Ce que la philosophe allemande décrit ici n'est autre que le problème inhérent à toute construction fédérale qui a été l'objet de notre livre sur la *Théorie de la Fédération*². Le défi auquel est confrontée une théorie de ce type est celui de penser la dualité de deux pouvoirs sur un même territoire : le pouvoir fédéral et le pouvoir fédéré, celui de la fédération, d'un côté, et celui des États-membres, de l'autre. C'est l'existence de ce problème qui conduit les théoriciens de l'État à dénier à ce type d'institution politique qu'est la Fédération une quelconque viabilité, car un « *imperium in imperio* » serait impensable. Mais cette objection philosophique ou théorique n'interdit pas au juriste d'étudier les Fédérations qui ont existé, ni d'en tenter la théorie pour rendre compte de cette forme de *res publica composita*. L'objet de notre livre précité est donc de présenter la Fédération comme une forme politique ou, plus exactement, une *forme politico-juridique* égale en dignité, si l'on peut dire, avec l'État.

En réalité, cette hypothèse de travail – la Fédération comme une forme politique – a été proposée dans une conférence intitulée « La Fédération entre l'État et l'Empire » qui eut lieu dans le cadre d'un séminaire organisé

* Ce texte est la version française, adaptée et parfois modifiée, d'une conférence prononcée à l'IUE de Florence à l'occasion d'un colloque sur cette question de la répartition des compétences dans l'Union Européenne. Le texte de cette conférence est parue en anglais : « The Allocation of Competences in a Federation: a General Introduction », in L. AZOULAI (dir.), *The Question of Competence in the European Union. Vertical Divisions of Powers and the Federal Vision*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 19-38.

¹ H. ARENDT, *Essai sur la révolution*, Paris, Gallimard, 1985, p. 223.

² O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009 [2^e éd] [désormais cité *TdF*].

par l'économiste Bruno Théret au lendemain du Traité de Maastricht (en 1994), séminaire intitulé : « L'État, le social et la finance³ ». Cette circonstance n'est pas anodine. Elle explique l'origine de nos recherches en matière de fédéralisme, qui est la question suivante : l'Europe, c'est-à-dire l'Union européenne, est-elle une Fédération ? Or, pour y répondre, il faut d'abord *savoir ce qu'est une Fédération*. En d'autres termes, il nous a paru que, pour comprendre l'Europe, il fallait passer par le détour préalable (et un peu long) d'une explicitation du concept de Fédération. À cet égard, l'intuition première fut celle selon laquelle la Fédération était une forme politique irréductible à l'État parce qu'elle s'opposait, presque point par point, aux éléments caractéristiques de l'État, et en particulier à la souveraineté. Pour le dire d'un mot, l'État souverain se définit par l'unicité et l'exclusivité du pouvoir sur un même territoire, alors que la Fédération se distingue, au contraire, par une dualité de pouvoirs sur un même territoire : pouvoir fédéral (un) et pouvoirs fédérés (multiples). Dans cette conférence prononcée en 1994, il y avait, à titre de seconde hypothèse, l'idée de la comparaison entre la Fédération et l'Empire. Celle-là ressemble à celui-ci pour partie en ce qu'elle est un agrégat d'États, mais elle s'en distingue par le fait que cette union d'États est volontaire et librement consentie alors que l'Empire est une union forcée qui résulte non du consentement, mais de la violence ou de la conquête⁴. Enfin, cette double opposition de la Fédération à l'État et l'Empire, conduisait à émettre l'hypothèse de l'*autonomie constitutionnelle de la Fédération* ; autrement dit, l'idée selon laquelle il y aurait un *droit public fédératif*, qui serait distinct du droit étatique (*Staatrecht*) ou interétatique (*Völkerrecht*) et que la forme politico-juridique que j'appelle la Fédération doit être reconnue à part entière. Plus exactement, elle ne peut pas être décrite correctement si l'on utilise les concepts utilisés pour décrire l'État, concepts « *stato-centrés* ». D'une certaine manière, l'une des conditions pour réussir à décrire le droit fédératif consiste à « désétatiser » les notions couramment utilisées par la doctrine quand elle parle de la Fédération.

Ce livre, *Théorie de la Fédération*, qui a résulté des recherches entreprises entre 1993 et 2005, se veut donc une sorte de théorie du fédéralisme à l'usage des juristes. La thèse qui y est défendue a été parfaitement résumée par Guy Carcassonne dans sa recension : « la Fédération n'est pas un État ; elle est une forme politique autonome par rapport à ce dernier, dont elle n'a pas à se soucier de réunir les éléments constitutifs, au premier rang desquels la souveraineté⁵ ». Notre propos vise donc à déplacer les éléments et le contenu de cette distinction en opposant cette fois la Fédération à l'État comme étant des types idéaux des formes politiques. La Fédération telle qu'elle est ici conçue décrit un genre de forme politico-juridique dotée d'une dignité équivalente à celle d'État, même si dans la doctrine et la pratique, elle est totalement éclipsée par

³ O. BEAUD, « La Fédération entre l'État et l'Empire ? », in B. THÉRET (dir.), *L'État, la finance, le social*, Paris, La Découverte, 1995, p. 282-304.

⁴ Ce thème est repris dans le chapitre 3 de la *TdF*, p. 109 *sq.*

⁵ *Le Monde*, 29 février 2008.

l'État. Il en découle que les formes concrètes des fédérations sont mal connues. Il n'y a pas en France, ni même ailleurs, de grande monographie juridique sur les *Articles de la Confédération*, première Fédération des États-Unis⁶. De même, on est frappé par l'absence de la littérature juridique sur les Provinces-Unies des Pays-Bas qui furent pourtant non seulement la première Fédération européenne des Temps Modernes, mais aussi la première république fédérale⁷.

Cet ouvrage sur la Fédération est animé par un mouvement qu'il convient de faire ressortir en opposant un moment négatif et un moment positif.

Le moment *négatif*, ce qu'on pourrait appeler une sorte de droit constitutionnel « négatif⁸ », est constitué par la première partie du livre où il est montré que ni la catégorie de la souveraineté, ni la *summa divisio* entre Confédération et État fédéral ne peuvent rendre compte du phénomène fédéral pris dans sa singularité et en tant que genre politico-juridique spécial. Cela signifie, en d'autres termes, que la Fédération n'est pas un État et que l'on doit, si l'on veut faire avancer la discussion sur le fédéralisme, cesser de poser l'équation suivante « Fédération = État fédéral ». La raison de principe a déjà été évoquée : la souveraineté, caractéristique de la forme étatique, ne permet pas de rendre compte de la forme fédérale. On peut aussi justifier cette idée par une remarque très profonde de Georges Burdeau, observant, au détour d'une phrase dans son *Traité de science politique*, que « souvent si l'État fédéral se présente comme une réussite, ce succès n'est acquis que par la disparition de la raison d'être du fédéralisme⁹ ». Cette phrase révèle, à notre avis, l'impasse dans laquelle se tenait la doctrine dominante qui ignorait le fait que les États fédéraux modernes avaient surtout des « résidus » fédéraux.

Il y a ensuite un moment reconstituteur, une sorte de droit constitutionnel *positif*, par lequel il s'agit d'expliquer cette fois ce qu'est positivement la Fédération. Ici, l'idée directrice revient à soutenir que la Fédération est à la fois une union d'États et une institution qui fait coexister

⁶ Ce sont des historiens qui ont étudié cette première Fédération des États-Unis : M. Jensen ou J. Rakove.

⁷ Il semble que nul n'a étudié sérieusement les écrits de Hugo Grotius sur la Hollande et le fédéralisme. Voir la présentation de ses travaux par P. HAGGENMACHER, « Grotius », in O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008.

⁸ Il s'agit ici d'une allusion au reproche qu'on faisait à Charles Eisenmann de faire du droit administratif « négatif » tant était connue sa virtuosité à critiquer de manière impitoyable les constructions doctrinales de ses collègues qui s'évertuaient à décrire le droit administratif en vigueur (le droit positif). L'allergie de maints juristes à l'égard de la façon « eisenmannienne » de faire du droit persiste encore de nos jours si l'on en juge par les contributions réunies récemment dans la *Revue du droit public*, « Actualité des cours de Charles Eisenmann », *RDP*, 2, 2016, p. 349 *sq.*, allergie bien repérée par P. WACHSMANN, « La définition par Charles Eisenmann de la notion de responsabilité des personnes publiques », *RDP*, 2, 2016, p. 449 *sq.*

⁹ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. II, *L'État*, Paris, LGDJ, 1980 [3^e éd.], p. 495-496.

ensemble deux puissances publiques, la puissance fédérale et les puissances fédérées. D'où l'idée un peu paradoxale selon laquelle la Fédération suppose une dualité, qu'elle assume et entretient, entre deux puissances publiques, dualité qui, à son tour, exige l'adoption de procédés politico-juridiques qui respectent l'égalité entre les ordres fédéral et fédéré, et aménagent de manière viable cette pluralité. On peut formuler autrement cette idée du « *dualisme politique* » en disant qu'il y a d'un côté une unité politique 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 ou régions d'un État unitaire décentralisé. Cela peut notamment être démontré si l'on prend en compte le *telos*, la finalité de la Fédération qui est double et contradictoire : la « fin commune » est ce qui réunit les États et les pousse à s'unir en une Fédération (double fin de la sûreté et de la prospérité) tandis que la « fin particulière » est ce qui pousse les États à rester encore des États voulant garder leur indépendance et leur autonomie¹⁰, tout en se fédérant.

Les choix déterminants du livre – Il convient maintenant de faire ressortir quelques points saillants qui peuvent éclairer le sens que l'on a voulu donner à cette formulation d'une théorie de la Fédération.

D'abord, le choix du mot de *Fédération* n'est pas neutre, et il commande toute une série de développements du livre. Il y a d'abord, dans ce choix, l'expression d'un refus qui est celui de la distinction classique entre l'État fédéral et la Confédération d'États qui structure la plupart des raisonnements des juristes. Celle-ci n'a pas le caractère incontestable qu'on lui prête et, surtout, elle est progressivement apparue comme un carcan qui, de nos jours, bloque la réflexion et qui, plus grave encore, déforme la réalité qu'elle est censée décrire. Pour ne prendre qu'un exemple, elle est incapable d'expliquer le sort de la Fédération américaine au XIX^e siècle, ni même sa forme contemporaine¹¹. Choisir le mot de Fédération, c'est ensuite faire apparaître la Fédération en tant que telle à côté des deux notions qui l'éclipsent : l'État d'un côté et l'Empire de l'autre. On pourrait aussi ajouter, et c'est important, que la Fédération n'est pas non plus une simple organisation internationale ou une simple alliance¹². C'est surtout, prendre le parti de traiter d'abord et avant tout d'un « genre » politique en soi – la Fédération –, c'est-à-dire de penser la Fédération, *en soi et pour soi*, indépendamment de ses différentes variétés – de ses espèces.

¹⁰ Voir *TdF*, 4^e partie : « La Fédération comme institution politique », p. 261-341.

¹¹ Si l'on en croit Elisabeth Zoller, qui a un regard très critique sur la façon de « lire » l'expérience américaine à partir de cette dichotomie. Voir son très beau texte : « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'états », *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, t. 294, 2002, p. 43-166.

¹² Voir sur ce point *TdF*, p. 261-271.

En d'autres termes, la Fédération, telle que nous l'envisageons, peut être définie comme une « *union fédérale d'États* », et non pas comme un *État fédéral*. Cet angle d'attaque indique le point où se situe l'originalité de cette démarche : alors que la doctrine juridique dominante s'est surtout évertuée à traquer les différences existant entre les deux formes fédératives (Confédération d'États et État fédéral), la doctrine minoritaire, à laquelle la *Théorie de la Fédération* se rallie, vise à rechercher ce qui est commun à toutes les formes fédératives quelles qu'elles soient¹³, ce qui suppose l'existence d'une sorte de « droit commun fédératif ». Il y a donc quelque chose d'assez inactuel dans ce travail puisqu'il n'a pas abordé, par exemple, la question du lien entre la promotion du fédéralisme et la défense des droits des minorités ethniques ou linguistiques, alors qu'il est très fréquent de lire, de nos jours, des livres ou articles présentant le fédéralisme comme la technique politico-juridique la plus adaptée pour assurer le respect des minorités nationales dans un ensemble plus vaste.

Par ailleurs, il faut avouer que notre projet a quelque chose d'inachevé dans la mesure où il a étudié une forme seulement de la Fédération, à savoir celle correspondant au fédéralisme par agrégation. On entend par là la Fédération qui se forme par « en-bas », par l'union volontaire des États, par « association » ou par « agrégation ». Il en résulte qu'a été laissé de côté le fédéralisme par désagrégation ou par « dissociation », qui survient lorsqu'un État unitaire se « desserre » et devient fédéral par un relâchement des liens entre le Centre et la périphérie. C'est le cas de la Belgique aujourd'hui qui est devenue fédérale en raison des tensions de plus en plus fortes entre les communautés wallonne et flamande¹⁴ tandis qu'on s'interroge sur l'application de ce concept à l'Espagne contemporaine (avec les Communautés autonomes).

Les malentendus à éviter – Une telle réinterprétation du fédéralisme peut donner lieu à plusieurs malentendus. On souhaiterait en dissiper au moins deux. Le premier consisterait à interpréter la notion de Fédération, telle qui est ici proposée, comme une « notion intermédiaire », ou « une notion tierce » entre l'État fédéral et la Confédération. Telle est l'interprétation faite de nos écrits antérieurs par Jean-Marc Ferry¹⁵ du côté des philosophes et Charles Leben et Vlad Constantinesco du côté des juristes¹⁶. Ainsi, il y aurait le long d'une échelle graduée du fédéralisme,

¹³ Il ne s'agit pas de faire de la Fédération une sorte d'intermédiaire entre l'État fédéral et la Confédération d'États.

¹⁴ Constitution belge du 17 février 1994, Art. 1^{er} : « La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions ».

¹⁵ « La voie fédérative, celle de la Fédération d'États nationaux, se profile comme une voie intermédiaire entre l'État fédéral et la confédération » (J.-M. FERRY, « Dépasser le malaise européen. La voie cosmopolitique de l'intégration », *Raison publique*, 7, 2004, p. 14).

¹⁶ Ch. LEBEN, « Fédération d'États-nations ou État fédéral », in Ch. JOERGES, Y. MÉNY, J. WEILER (dir.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, Florence, Institut Universitaire Européen, 2000, p. 85 ou encore *id.*, « Avant-

deux pôles opposés : d'un côté, l'État fédéral (pôle centralisateur) et, de l'autre côté, la Confédération d'États (pôle périphérique) et au milieu de ces deux pôles, à une sorte d'équidistance, la Fédération. Cependant, cette explication – qui résulte peut-être d'une certaine ambiguïté contenue dans certains articles antérieurs à l'ouvrage – ne correspond pas véritablement à notre intention.

En effet, la Fédération, telle qu'elle est ici conçue, vise à penser la Fédération en soi et pour soi, c'est-à-dire indépendamment de ses différentes formes, des espèces. Elle n'est pas une notion syncrétique qui serait à mi-chemin de l'État fédéral ou de la Confédération. En même temps, cette théorie de la Fédération n'interdit pas du tout une « typologisation » des Fédérations empiriques. La preuve en est que la dernière partie du livre¹⁷ décrit une opposition entre la Fédération républicaine – la république fédérale – et la Fédération monarchique. Rien n'empêche d'envisager deux types de Fédération selon le degré de centralisation qui est opérée¹⁸. On pourrait aussi, à la suite de Jean-Louis Quermonne, estimer que l'Union européenne inaugure une sorte de nouveau type de fédéralisme qu'il a nommé le « fédéralisme intergouvernemental¹⁹ », lequel se mêlent différentes légitimités, et qu'un tel fédéralisme entrerait dans le genre de la « Fédération » dont a dessiné les contours dans l'ouvrage.

Le second malentendu résulte de l'autre objection selon laquelle le projet de distinguer fermement la Fédération de l'État aboutirait à mettre entre parenthèses ou ignorer l'État fédéral. Dès lors, cette théorie de la Fédération ne serait-elle pas tout simplement une théorie *modernisée* de la Confédération d'États (*Staatenbund*), ce qui lui ferait perdre toute originalité²⁰ ? Malgré sa force apparente, cette objection ne nous semble pas complètement fondée. Le point de vue adopté dans notre livre repose en partie sur la négation de la distinction entre *État fédéral* et *Confédération d'États* ou, plus exactement, sur l'idée qu'il serait temps de se débarrasser de cette *summa divisio*. Rien n'illustre mieux le sens de l'entreprise que le propos suivant de Christoph Schönberger, dont les recherches sont convergentes avec les nôtres : « l'échec d'une formation erronée de concept n'est pas du l'échec même de la formation de concept. La Théorie de la Fédération permet plutôt de forger d'autres catégories, plus adéquates, destinées à saisir les unions fédérales d'États au-delà de la distinction

propos » in L. LE FUR, *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000, p. IV-V.

¹⁷ Voir « Fédération, forme politique et formes de gouvernement » in *TdF*, p. 345-422.

¹⁸ Ainsi, William Riker distingue le « *centralized federalism* » du « *peripherized federalism* ».

¹⁹ M. CROISAT & J.-L. QUERMONNE, *L'Europe et le fédéralisme. Contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental*, Paris, Monchrestien, 1996.

²⁰ C'est l'objection que nous fait H. Dumont dans un article fort documenté : « L'Union européenne, une Fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel », in J.C. BARBATO & Y. PETIT (dir.), *L'Union européenne, fédération plurinationale en devenir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 35-76.

inadéquate Confédération/État fédéral²¹ ». Un tel point de vue, commun à nos travaux, est conforté par l'observation que formule Reinhard Koselleck, l'historien allemand, à propos de la distinction entre Confédération d'États et État fédéral : « En dépit des débats juridiques interminables et passionnés, il serait faux de surévaluer cette opposition formelle : dans les deux cas, il s'agit d'une association d'unités d'action, ayant un caractère hétérogène, qui sont tombées d'accord sur un minimum commun afin de pouvoir agir²² ». Ainsi, pour résumer, à la suite de Koselleck et d'autres auteurs, nous avons essayé, au lieu de procéder à une différenciation des formes fédérales, de saisir *l'unité du concept de Fédération*.

C'est après ce long résumé du livre sur la *Théorie de la Fédération* que nous voudrions faire remarquer une sorte d'absence paradoxale dans celui-ci : alors que la question de la répartition des compétences entre Fédération et États-membres est un passage obligé dans la littérature sur le fédéralisme et sur l'État fédéral, nous l'avons presque ignoré dans ce livre. La raison en est que notre projet visait à penser la Fédération au-delà de l'État fédéral, de sorte que les thèmes canoniques de l'État fédéral – identifié par le juriste au fédéralisme étatique – tels que la répartition des compétences, la constitution fédérale, ou encore le contrôle de constitutionnalité des lois, ne semblaient pas aussi canoniques et aussi indispensables dans notre perspective « désétatisée ». Pourtant, il est évident que cette question de la répartition des compétences entre les deux entités fédérale et fédérée mérite d'être étudiée dans toute étude qui se voudrait générale ou exhaustive du phénomène fédéral.

La thèse que nous voudrions ici défendre est que le problème de la répartition des compétences se pose de *manière spécifique* dans une Fédération, c'est-à-dire d'une manière différente de la façon dont il se pose dans un État. On sait que dans un État unitaire il y a aussi un problème de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales²³, de même qu'il peut y avoir à propos des communes un problème de partage des compétences²⁴. Pourtant, c'est dans une Fédération que la question de la répartition des compétences entre la Fédération et ses États-membres se pose de manière aiguë. C'est en tout cas ce qu'explique Maurice Bridel (l'un des meilleurs auteurs sur le fédéralisme) :

Les tâches de l'État sont innombrables et en grande partie imprévisibles.

²¹ Ch. SCHÖNBERGER : « *Das Scheitern einer verfehlten Begriffsbildung ist nicht das Scheitern von Begriffsbildung überhaupt. Die Theorie des Bundes erlaubt vielmehr die Herausbildung anderer, adäquaterer Kategorien zur Erfassung föderaler Zusammenschlüsse von Staaten jenseits der untauglichen Staatenbund-Bundesstaat-Unterscheidung* » (« Die Europäische Union als Bund », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 129, 2004, p. 99).

²² R. KOSELLECK, « Structures fédérales de l'histoire allemande », in *L'expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard/Le Seuil, 1997, p. 122.

²³ Voir la thèse classique en France de J.-M. PONTIER, *L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences*, Paris, LGDJ, 1978.

²⁴ P. DAHINDEN, *Le partage des compétences entre l'État et la commune en droit suisse*, thèse, Lausanne, 1979, dactyl.

La Constitution ne saurait les énumérer toutes. Aussi bien, dans les États unitaires, elle peut n'en indiquer aucune et laisser aux autorités compétentes le soin de les entreprendre au fur et à mesure que le besoin s'en fait sentir. *Mais dans un État fédératif, il en va autrement.* L'une des particularités de cet État [fédératif] consistant dans un partage de l'activité publique entre la fédération et les collectivités qui la composent, il est indispensable que la Constitution opère ce partage²⁵.

La raison de principe qui rend cette question si importante dans une Fédération – ici désignée, on l'aura noté, par la locution « État fédératif » utilisée par Bridel en lieu et place d'« État fédéral » – réside ainsi dans cette idée de « partage de l'activité publique », partage des « tâches étatiques » que l'on peut appeler aussi bien « partage des attributions de l'État » que « partage de la puissance publique ». Ainsi s'illustre la différence fondamentale entre l'État et la Fédération, et que l'on peut résumer par l'opposition entre l'unicité de l'État et la dualité de la Fédération.

Cette première incursion dans le sujet laisse immédiatement apparaître une première difficulté qui relève du langage. En effet, dans ce passage qui figure pourtant dans un chapitre intitulé « Du partage des compétences », Marcel Bridel ne recourt pas au mot de « compétence », mais à celui de « tâches étatiques », ou encore de « l'activité publique » qui doit être exercée par les diverses autorités compétentes, soit la Fédération, soit les États-membres. Un bref examen de la littérature étrangère révèle que l'usage du mot de *compétence* est loin d'être universel et que ce mot, si fréquent dans la langue du droit public français, n'a pas toujours un sens univoque. Il est assez aisé de repérer un champ sémantique commun dans le droit continental européen, puisque ce que le juriste français appelle « *compétence* », l'allemand le dénomme « *Zuständigkeit* », l'italien « *competenza* » ou encore l'espagnol « *competencia* ». En revanche, les difficultés apparaissent lorsqu'on examine la langue anglaise. Ici, le terme le plus proche de compétence est moins le mot de « *competence* » que celui de « *jurisdiction* » quand on parle du juge, ou en droit international, de la compétence de l'État. Quand les juristes anglophones évoquent la répartition des compétences au sein d'un système fédéral, ils usent alors d'un complément du nom différent, et au lieu de « *jurisdictions* », ils emploient d'autres mots. Ainsi, dans le livre classique de Bowie et Friedrich, *Studies on Federalism*, et plus particulièrement dans le chapitre sur les relations extérieures (*Foreign Affairs*), on lit que « *Constitutions of federations usually contain both provisions allocating the powers in the field of foreign relations to various organs of the federal government*²⁶ ». Plus haut, il est écrit : « *in almost all federations, there are areas in this field in which the component States have retained a certain amount of jurisdiction*²⁷ ». Le thème de la répartition des compétences, fédérale et fédérée, n'est pas d'ailleurs étudié en soi dans ce livre, mais l'expression qui

²⁵ M. BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, t. I, Lausanne, Payot, 1965, n° 66, p. 159.

²⁶ R. BOWIE & C. FRIEDRICH (dir.), *Studies on Federalism*, Boston, Little & Brown, 1954, p. 236.

²⁷ *Ibid.*, p. 236.

le décrit est celle de « *allotment of responsibility*²⁸ ». Quant à Albert Dicey, le fondateur du droit constitutionnel anglais, il parle à propos du fédéralisme de « *division of powers under a common constitution between the nation on the one hand and the individual States on the other*²⁹ ». C'est donc « *powers* » qui est préféré à « *competences* ». Depuis Dicey, la plupart des juristes ou politistes de langue anglaise utilisent ce mot de « pouvoirs ». C'est le cas notamment de Vicky Jackson dans la récente synthèse qu'elle a donnée sur le fédéralisme dans le *Traité international de droit constitutionnel* dirigé par Michel Troper³⁰. Mais il n'y a pas de règle absolue, car on a vu plus haut que certains usent du mot de « *responsibilities* ».

Mais la faible utilisation du mot de compétence en langue anglaise est encore plus évidente à la lecture des *dispositions des constitutions fédérales*. Si l'on prend pour exemple les constitutions fédérales tardives et non le cas, toujours cité, des États-Unis, on observera qu'elles n'usent jamais du terme de « *competences* », mais de celui de « *powers* ». L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 instaurant la Fédération canadienne comprend un titre VI intitulé : « *Distribution of Legislative Powers* », qui contient notamment un article 91 dans lequel sont énumérées les compétences exclusives de la Fédération du Parlement canadien. De même, la Constitution australienne du 9 juillet 1900 contient une cinquième partie intitulée « *Powers of the Parliament* », qui énumère les matières dans lesquelles le Parlement australien est compétent pour légiférer (art. 51 et 52). Cette question n'est pas uniquement sémantique, elle engage un problème conceptuel sur lequel on reviendra plus loin car il détermine évidemment la manière de comprendre le sujet : si la compétence n'est pas un pouvoir, alors qu'est-elle ?

Pour conclure cette introduction, il convient d'ajouter un bref mot sur la *méthode* ici utilisée pour étudier cette question de la répartition des compétences dans une Fédération. La principale source a été doctrinale, au sens où la présente étude se fonde sur la lecture de deux types d'ouvrages ou articles : soit des textes « classiques du fédéralisme » si l'on peut utiliser cette expression, soit des manuels de droit constitutionnel décrivant le

²⁸ « *The practice in all the federal systems studied has been to allot to the federal government exclusively the responsibility for the defense of the federation. [...] This allotment of responsibility to the federal government has usually been made by express constitutional provision* » (*ibid.*, p. 173).

²⁹ A. DICEY, *Introduction to the Study of Constitutional Law*, disponible à l'adresse : http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf (Online Library of Liberty), p. 77.

³⁰ « *On a "dual federalism" theory, each level of government is regarded as "supreme" or sovereign within its own sphere. On this model, there may be a tendency to construe allocations of powers to the different levels exclusively, and to rely heavily on categories to keep the allocations separate. But in any working federal system that lasts over time, powers are exercised in heavily interdependent ways, and in some modern federal constitutions, as we have seen, many powers are designedly concurrent* » (Vicky JACKSON, « Fédéralisme, Normes et territoires », in D. CHAGNOLLAUD & M. TROPER, *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. II, 2012, p. 23, nous citons d'après l'original anglais).

mécanisme fédéral de la répartition des compétences. À titre accessoire, on a évidemment étudié le contenu des constitutions fédérales, source qu'on a privilégié par rapport à la source habituellement mobilisée qui est la jurisprudence des cours fédérales relative à ce thème. Cette relative mise à l'écart du contentieux, si massif en la matière, sera ici justifiée par une raison de principe qu'on emprunte au politiste américain William Riker, esprit original, qui a mis en garde les juristes contre leur tropisme juridictionnel en écrivant la chose suivante :

... the obvious way to investigate the degree of centralization is according to the administrative theory of federalism, to look at the way in which the areas of action are in fact divided up. The traditional method is to examine the formal division in the Constitution and the gloss applied to it by judicial decision [...] The fault in this method is that judicial decisions concern the boundaries of areas of action and do not in any way indicate their absolute size and importance. The most of the history and analysis of federalism has been written by constitutional lawyers using federalism as their raw material. As a consequence the tradition provides us with a highly distorted picture of the relationship between the nation and the states³¹.

Nous partageons entièrement ce jugement de Riker sur le rôle exagéré que joue le commentaire des décisions juridictionnelles dans l'analyse du fédéralisme, et en particulier dans celle de la répartition des compétences entre la Fédération et les États-membres. Même s'il existe des analyses extrêmement savantes sur cette question du « fédéralisme judiciaire³² », on ne les prendra pas en compte ici à titre principal, car elles éclairent finalement moins bien le sujet que les réflexions doctrinales mobilisées.

Après ces prolégomènes un peu longs, il est temps de préciser la manière dont nous allons ici tenter de cerner le sujet de la répartition des compétences dans une Fédération. Le problème a été, à notre avis, bien circonscrit par Marcel Bridel lorsqu'il note que le problème recouvrant cette expression, dans un système fédéral, n'est autre que celui « la délimitation réciproque des compétences fédérale et fédérée³³ ». Autrement dit, il s'agit de savoir ce qui relève de la compétence de la Fédération et ce qui relève de la compétence des États-membres. En d'autres termes, dit de façon plus triviale : *qui fait quoi ?* La question délicate est ici de savoir en quoi consiste ce « quoi », c'est-à-dire l'objet de la répartition. Une chose est sûre en effet : ce sont des entités abstraites (Fédération ou États-membres) qui sont compétentes, et non pas simplement des organes de l'État. Il s'agit soit d'une compétence fédérale, soit d'une compétence fédérée (soit des deux en

³¹ *Ibid.*, p. 51.

³² Il existe au moins deux études classiques qu'il convient de citer : d'une part, le livre magistral d'Edward Corwin sur la clause de commerce interétatique (*The Commerce Power versus States Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1936) et K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

³³ M. BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, t. I, *op. cit.*, p. 170, note 1.

même temps)³⁴. Afin de clarifier ce problème relativement complexe, on essaiera de le présenter en exposant d'abord la conception classique (I), puis en proposant une analyse plus englobante qui ne se réduise pas ce cas au seul État fédéral (II).

I. La conception « classique » de la répartition des compétences : à la fois stato-centrée et technique

Il est très courant de considérer la question de la répartition des compétences entre la Fédération et les États-membres comme le problème central du fédéralisme. Jean-François Aubert, le maître du droit constitutionnel suisse, déclare que cette question est la « grande affaire du fédéralisme³⁵ ». Si l'on franchit l'Atlantique, les observations sont similaires : dans un manuel canadien réputé, le titre du chapitre consacré au fédéralisme est intitulé tout simplement : « Le fédéralisme ou la répartition des compétences³⁶ », comme si les deux expressions étaient synonymes. On se bornera ici à relever deux traits saillants de cette doctrine qui, en identifiant fédéralisme et répartition des compétences, adopte en même temps deux présupposés : d'une part, la réduction du fédéralisme à l'État fédéral (A) et, d'autre part, la réduction de la répartition des compétences aux techniques mettant en œuvre la répartition des compétences législatives (B).

A. Une conception stato-centrée de la répartition des compétences

Dans une thèse récente portant sur la répartition des compétences dans l'Union Européenne, l'auteur souligne l'existence « d'un rapport direct et certain entre le fédéralisme, ses caractéristiques principales et la question du partage (vertical) des compétences, tel qu'il est opéré par les constitutions fédérales³⁷ ». Il en ressort que, d'une part, la répartition des compétences est

³⁴ On trouve l'emploi de cette expression dans le livre de Carré de Malberg : « De fait, il est certain que la Constitution fédérale elle-même détermine limitativement les objets réservés à la compétence fédérale ; pour le surplus, c'est-à-dire pour tous les objets non réservés, elle laisse subsister la compétence des États confédérés » (*Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. I, p. 137-138).

³⁵ J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, t. I, Neuchâtel, Éditions Ides et calendes, 1967, n° 602 p. 229.

³⁶ A. TREMBLAY, *Le droit constitutionnel. Principes*, Montréal, Blais, 2000 [2^e éd.], p. 191 sq. Enfin, Ronald Watts, comparant les constitutions fédérales, note que « *the distribution of authority, responsibilities and finances among the orders of government is a fundamental feature common to all these federations* » (« Comparative Conclusion », in A. MAJEED, R. WATTS, D. BROWN (dir.), *Dialogues on Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, Montréal, Mc Gill University Press, 2006, p. 322).

³⁷ B. DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences*, Genève/Bruxelles/Paris, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/LGDJ, 2002, p. 27.

qualifiée de « partage vertical » des compétences et, d'autre part, que l'acte juridique qui organise ce partage n'est autre que la constitution fédérale. Ce sont deux visions propres à la conception identifiant la Fédération à l'État fédéral.

1. La conception du fédéralisme comme répartition verticale des compétences

Pour comprendre cette idée d'une répartition dite « verticale » des compétences, il faut partir d'une idée très répandue dans la littérature sur le fédéralisme selon laquelle une Fédération se caractériserait par une « superposition » de deux ordres juridiques : l'ordre juridique fédéral et les ordres juridiques fédérés. Cette idée qui remonte à Georges Scelle – du moins en France – revient à admettre implicitement que l'un des deux ordres juridiques serait « supérieur » à l'autre. Or, cet ordre supérieur n'est autre que l'ordre juridique de l'État fédéral³⁸. Ainsi se répand cette représentation *stato-centrée* du fédéralisme selon laquelle la Fédération est nécessairement un État, dont la particularité est de disposer de deux niveaux d'organisation. Ainsi, quand les juristes définissent, « au plan juridique », le fédéralisme par « le partage (vertical) des compétences³⁹ », ils entretiennent cette métaphore spatiale des « niveaux » ou des « degrés », l'expression de « superposition » d'ordres juridiques traduisant l'idée selon laquelle la Fédération est conçue et pensée comme un *ordre hiérarchisé*. Elle est un État fédéral auquel sont subordonnés les États-membres, les États fédérés. Dès lors, la répartition des compétences est un moyen d'organiser cette distribution des pouvoirs, c'est-à-dire d'exprimer cette supériorité.

La répartition des compétences étant identifiée à l'aménagement de l'État fédéral, il en résulte qu'elle n'aurait pas sa place dans une Confédération. Tel est d'ailleurs le constat effectué dès le début du XX^e siècle par l'auteur d'une thèse de droit selon lequel la « répartition constitutionnelle des compétences entre le pouvoir central et les États particuliers constitue le trait essentiel et caractéristique de l'État fédéral. Ce trait ne se présente pas dans la confédération d'États, puisqu'elle ne constitue pas un véritable État et qu'il n'existe entre le pouvoir central et les particuliers qu'un rapport contractuel et non pas un rapport constitutionnel⁴⁰ ». On verra pourtant plus loin que les problèmes de distribution des pouvoirs se posent aussi dans les fédérations émergentes. Il suffit de relever que, de façon assez paradoxale, la supériorité de l'État fédéral sur les États-membres ne se manifeste pas (ou pas toujours) dans la *nature* des compétences attribuées à la Fédération par rapport à celles

³⁸ B. Dubey parle de « superposition de niveaux étatiques » (*ibid.*, p. 27).

³⁹ La Constitution de type fédéral opère une répartition des compétences entre les deux niveaux de l'organisation étatique, le niveau central ou supérieur, et le niveau local ou inférieur. Voir C. DOMINICÉ, « Fédéralisme coopératif », *Revue de droit suisse*, NF 88, 3, 1969, p. 751.

⁴⁰ S. WANG, *De la Répartition des compétences dans les constitutions fédérale*, thèse droit, Paris, Jouve, 1920, p. 6.

conférées aux États-membres, ni dans leur amplitude ou leur volume. La Fédération ne serait pas supérieure aux États-membres parce qu'elle aurait les compétences les plus importantes (du point de vue de la puissance publique) ou les plus nombreuses. En réalité, cette supériorité aurait pour raison d'être le fondement juridique de cette répartition des compétences : la constitution (dite fédérale).

2. La constitution fédérale comme acte impératif de distribution des compétences

Selon la conception classique ici présentée, la répartition des compétences a pour autre caractéristique d'être opérée par un texte écrit, la Constitution. C'est elle qui réalise unilatéralement le partage des compétences en les distribuant soit à la Fédération, soit aux États-membres. Il faut interpréter cette idée comme étant une idée polémique : elle implique que ce n'est ni le droit international, ni un simple contrat qui opère la démarcation des compétences⁴¹. En d'autres termes, la répartition des compétences est « dictée » aux deux acteurs que sont la Fédération et les États-membres par la Constitution, qui représente éventuellement une troisième collectivité leur étant supérieure⁴². Ce qui légitime ce mode « constitutionnel » de répartition – par opposition au mode « conventionnel » – est la volonté d'empêcher les États-membres de rester maîtres du partage des compétences, de s'entendre entre eux pour déroger le cas échéant au partage fixé par la Constitution⁴³.

Un juriste français dirait que le partage des compétences est *d'ordre public* au sens où les parties qui y sont soumises ne peuvent pas y déroger conventionnellement. Ainsi conçue, la constitution fédérale est une loi unilatérale, un *commandement*, c'est-à-dire une loi, non un contrat⁴⁴. De même que la constitution unitaire est une loi, la constitution fédérale est une loi. Mais la singularité de celle-ci par rapport à celle-là est qu'elle a pour objet partiel d'opérer ce partage des compétences fédérale et fédérée⁴⁵. Les

⁴¹ On suit ici J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, t. I, *op. cit.*, n° 603 *sq.*, qui est particulièrement clair sur cette question.

⁴² Voir *ibid.*, n° 603, p. 229 : « *Exclusion du mode conventionnel* – Le partage pourrait résulter soit d'une convention, soit d'une règle générale. Ou bien les collectivités qui exercent le pouvoir s'entendent entre elles sur la façon de le répartir. Ou bien cette répartition est dictée à l'une par l'autre, ou même à toutes les deux par une troisième collectivité qui lui est supérieure ».

⁴³ Jean-François Aubert donne l'exemple des cantons de Zurich et de Berne qui auraient voulu céder aux autorités fédérales les compétences leur demeurant en matière militaire. Le Conseil fédéral s'y est opposé (J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, n° 603, p. 230).

⁴⁴ Voir notamment nos explications sur ce point dans notre article sur « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », in H. MOHNHAUPT & J.-F. KERVÉGAN (dir.), *Liberté sociale et contrat dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1997, p. 197-270.

⁴⁵ « Parmi les attributions actuelles ou virtuelles de la puissance publique, la Constitution fédérale désigne celles qui compétent à la Confédération tandis que les autres sont

juristes américains décrivent de la même manière la constitution fédérale : la Constitution des États-Unis – écrit Westel Willoughby – « serves a double purpose. *It operates as an instrument to delimit the several spheres of Federal and State authority, and to provide for the organization of the Federal Government*⁴⁶ ».

Cette doctrine selon laquelle la constitution fédérale serait l'ordre répartiteur des compétences a une autre implication, qui est polémique. Elle vise à réfuter la thèse de la *délégation des compétences* qui, dans une Fédération, serait effectuée par les États-membres au profit des autorités fédérales. Certaines dispositions constitutionnelles semblent justifier cette thèse de la délégation. C'est le cas notamment du fameux 10^e Amendement de la Constitution des États-Unis : « *The powers not delegated to the US by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people* ». Mais c'est aussi le cas du non moins fameux article 3 de la Constitution helvétique aux termes duquel les cantons « exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral ». On a objecté à cette formulation que « l'idée d'une "délégation" prête à confusion. Ce ne sont pas les cantons qui délèguent une compétence à la Confédération, c'est le constituant fédéral qui la lui attribue⁴⁷ ». La supériorité de l'État fédéral provient ici du fait que c'est la constitution fédérale qui habilite les États-membres à disposer de compétences. Mais les mêmes auteurs soutiennent qu'une telle constitution protège l'autonomie des composantes fédérées. En effet, nous explique encore une fois Jean-François Aubert, « si l'on ne veut pas que le législateur fédéral supprime, par ses lois, les compétences législatives des États fédérés, il faut au moins que le partage des compétences soit hors de son atteinte. La seule manière d'obtenir ce résultat, c'est de fixer le partage dans un document qui soit supérieur aux lois fédérales⁴⁸ ».

L'ambivalence de la constitution fédérale (*i. e.* de l'État fédéral) apparaît ici nettement. Elle est à son comble lorsqu'on constate, de nouveau avec Jean-François Aubert, que « le partage est le fait du *droit fédéral* lui-même. Ce sont des règles fédérales qui déterminent les attributions fédérales et celles des États-membres⁴⁹ ». Un tel constat soulève évidemment une

cantonales » (M. BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, t. I, *op. cit.*, n° 20, p. 113). Pour Hans Kelsen, « la répartition des compétences forme la partie essentielle » de la Constitution générale de l'État fédéral » (« La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, p. 258).

⁴⁶ W. WILLOUGHBY, *Principles of the Constitutional Law of the United States*, New York, Baker, Voorhis, 1912, p. 53.

⁴⁷ J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, n° 611, p. 232. Il ajoute : « Et, pourtant, au-delà de ces querelles de langage, le sens de l'article est évident. Les autorités centrales n'ont que les compétences qu'elles peuvent tirer de la Constitution. Pour leur en donner des nouvelles, il faut réviser la Constitution. Pour ôter celles qu'elles ont, il faudrait aussi la réviser ».

⁴⁸ J.-F. AUBERT, « Notion et fonctions de la Constitution », in D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J.-P. MÜLLER (dir.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Schultheiss, Zürich, 2001, p. 7 (n° 14).

⁴⁹ J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, t. I, *op. cit.*, n° 606, p. 230. De même, Marcel Bridel observe : « À l'intérieur, la souveraineté fédérale se manifeste en ceci que la Confédération a le pouvoir de fixer elle-même sa propre compétence et de limiter

grosse difficulté dans la mesure où c'est la Fédération qui, par l'intermédiaire de sa constitution, détermine *elle-même* unilatéralement ses propres compétences et celles des États-membres : n'est-elle pas alors juge et partie ? Certains, dans la présentation classique, constatent ce danger mais ils estiment que la participation des États-membres à la révision de la constitution est une garantie suffisante pour empêcher les dérives⁵⁰. D'autres ont tenté de réfléchir aux moyens de concevoir la juridiction arbitrale, celle qui tranche les conflits de compétences entre la Fédération et les États-membres (*i. e.* la Cour fédérale), comme étant un tribunal arbitral composé à parité de représentants des deux instances pour éviter une interprétation partielle de la constitution. C'est notamment la thèse de Kelsen.

Cette incidente permet de souligner le lien intrinsèque existant entre la répartition des compétences et sa sanction juridique⁵¹. Il faut songer évidemment à *garantir* ce partage des compétences. Il convient, idéalement, de disposer d'un organe juridictionnel qui est compétent pour contrôler le respect de ce partage de façon à ce que ni l'autorité fédérale, ni les autorités fédérées n'outrepassent les frontières édictées par le droit de la constitution écrite. Ce lien très étroit a été parfaitement établi par Kelsen dans des termes qui méritent d'être reproduits intégralement :

La répartition des compétences est le noyau politique de l'idée fédéraliste. Cela signifie du point de vue technique que les constitutions fédérales, non seulement règlent la procédure législative et posent certains principes sur le contenu des lois, comme celles des États unitaires, mais fixent encore les objets respectivement assignés à la législation fédérale et la législation locale. Toute violation des frontières ainsi tracées par la Constitution est une violation de la loi fondamentale de l'État fédéral. La protection de cette limite constitutionnelle des compétences entre Confédération et États-membres, est une question politique vitale, qui est bien ressentie comme telle dans l'État fédéral, où la compétence donne toujours lieu à des luttes passionnées. Plus que nulle part ailleurs, le besoin se fait ici sentir d'une instance objective qui décide ces luttes de façon pacifique, d'un tribunal devant lequel ces litiges puissent être portés comme des problèmes d'ordre juridiques, et décidés comme tels – c'est-à-dire d'un tribunal constitutionnel⁵².

« du même coup » celle des cantons » (*Précis de droit constitutionnel et public suisse*, t. I, *op. cit.*, n° 20).

⁵⁰ « De prime abord, la formule est choquante. C'est un peu comme si les autorités centrales étaient à la fois juges et parties. Afin donc d'éviter que le partage ne soit inéquitable pour les États membres, il faut le faire dépendre de règles sur l'adoption desquelles ces États aient une influence. Or, en droit au moins, les États ont la plus grande influence sur l'adoption des règles *constitutionnelles*. C'est particulièrement clair aux États-Unis [...]. Même en Suisse, où la révision est aisée, une place est faite aux cantons, par le truchement du Conseil des États (qui peut au moins proposer un contre-projet) et par la manière dont les voix sont comptées dans le référendum final. Nous concluons de tout cela que le partage est le fait de la Constitution fédérale » (J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, t. I, *op. cit.*, n° 606, p. 251).

⁵¹ C'est d'ailleurs le plan adopté très logiquement par J.-F. Aubert dans son manuel.

⁵² H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », art. cité, p. 254.

Ainsi la constitution fédérale aurait notamment pour objet d'attribuer les compétences aux autorités fédérale et fédérées. De ce contentieux du partage des compétences dans un État fédéral, on peut dire qu'il est *égalitaire* dans son principe. On veut dire par là qu'il s'impose autant à la Fédération qu'aux États-membres. Il est alors difficile de concilier ce principe de la « parité fédérative » avec l'idée de la supériorité de l'ordre fédéral sur les ordres fédérés⁵³.

B. La vision réductrice de la répartition des compétences ou la focalisation sur la répartition de la compétence législative

Il convient d'abord de souligner ici l'évolution de la doctrine publiciste consistant à glisser dans son raisonnement sur les compétences vers une approche de plus en plus technique du sujet (« technique » étant pour beaucoup synonyme de « juridique »). Il y a de moins en moins de discussion sur la nature des principes de répartition des compétences et surtout sur la portée de celle-ci. Pendant très longtemps, la question préalable à toute discussion sur la façon dont était organisée la répartition des compétences dans une Fédération était subordonnée à la question de la souveraineté⁵⁴. D'où notre hypothèse : en se rabattant sur la question technique des « compétences », les juristes croient éviter la dimension politique du sujet qui est pourtant explosive. Les juristes se sentent plus souvent à l'aise quand il s'agit de discuter des modes de partage des compétences ou de ce qu'ils appellent parfois « la clé de répartition ». Mais on peut objecter à cette focalisation la méthode adoptée par Jean-François Gaudreault-DesBiens dans ses travaux sur le fédéralisme et qui

... cherche à aller au-delà de l'approche essentiellement technique qui, trop souvent encore, informe la saisie juridique de ce mode de gouvernement et en réduit la portée au seul partage explicite des compétences constitutionnelles. De fait, si au Canada, comme dans d'autres fédérations, c'est à travers le partage explicite des compétences que le fédéralisme s'exprime le plus visiblement, on ne saurait pour autant confiner son étude à ce partage. Le fédéralisme renvoie en effet à des valeurs et des aspirations qui le distinguent d'autres régimes de gouvernement⁵⁵.

⁵³ Voir notre article « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in C. GREWE *e. a.* (dir.), *La justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005 p. 49-72.

⁵⁴ Voir notamment Louis Le Fur qui importait en France les discussions allemandes. Il y avait aussi ce type de raisonnement aux États-Unis au XIX^e siècle, comme le montrent les travaux de W. Willoughby.

⁵⁵ J.-F. GAUDREULT-DESBIEENS, « Le fédéralisme et le législateur fédéral », *Journal of Parliamentary and Political Law Revue de droit parlementaire et politique*, 2, 2009, p. 427. Du même auteur, voir l'intervention au Congrès mondial de droit constitutionnel, publiée dans cette même livraison de *Jus Politicum* sous le titre : « Pour une théorie déontique-axiomatique de la décision en contexte fédéral, ou quelques jalons pour une philosophie politico-juridique du fédéralisme » (<http://juspoliticum.com/article/Pour-une-theorie->

La seconde évolution, très frappante, résulte directement du droit positif et elle traduit plus clairement encore la prégnance de l'État fédéral sur la réflexion relative au fédéralisme. Cette évolution peut être désignée comme une *sophistication croissante* des techniques juridiques mises en œuvre pour organiser la répartition des compétences. Cela concerne aussi bien le fédéralisme anglo-américain que le fédéralisme euro-continental, de sorte que les manuels de droit constitutionnel sur les États fédéraux sont contraints de décrire les différentes techniques de plus en plus complexes mises en œuvre par le droit positif⁵⁶. Il serait vain de les énumérer toutes, mais il faut mentionner les nombreuses distinctions qui dominent la matière : entre compétences exclusives et concurrentes (ou encore partagées), compétences énumérées et non énumérées, compétences expresses et compétences implicites, etc. Pour certains auteurs, il faudrait opérer une distinction entre, d'une part, les « techniques » de répartition des compétences » et, d'autre part, les « modalités » de la répartition des compétences⁵⁷. Selon les trois techniques en vigueur, c'est la question de l'énumération des compétences qui sera centrale, la question étant de savoir si l'énumération vaut pour les compétences fédérales, pour les compétences fédérées, ou pour les deux⁵⁸. On distinguera alors les compétences qui sont exclusives et celles qui sont concurrentes. Quant à la *modalité* de répartition des compétences, elle pose un autre problème, celui de savoir si l'on admet ou non des matières mixtes dans lesquelles les deux autorités peuvent être ou non compétentes⁵⁹. Le système est dit « étanche » s'il n'y a pas de matière mixte possible et « ouvert » si c'est au contraire possible. Une matière mixte peut être interprétée en prenant en compte un critère temporel : les autorités fédérées sont compétentes pour en traiter aussi

deontique-axiomatique-de-la-decision-en-contexte-federal-ou-quelques-jalons-pour-une-philosophie-politico-juridique-du-federalisme-1090.html).

⁵⁶ L'exemple de la confédération helvétique est fort éclairant. Selon la nouvelle Constitution de 1999, on devrait distinguer quatre catégories de compétences : les compétences exclusives accordées à la Confédération, les compétences concurrentes « limitées aux principes », concurrentes non limitées, et enfin compétences admettant par leur nature, des compétences parallèles » (Ph. LAUVAUX, A. LE DIVELLEC *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 4^{ème} éd. 2015, n° 109 bis, p. 413).

⁵⁷ M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 151 *sq.*

⁵⁸ La première technique consiste en une énumération des compétences *respectives* de l'État central et des diverses entités qui le composent. Une deuxième technique consiste en l'énumération des compétences des États-membres de telle sorte que les matières non visées expressément relèvent de la compétence de la Fédération. La troisième technique – de loin la plus usitée – consiste en l'énumération de l'ensemble des matières qui relève de la compétence centrale, étant bien entendu que, dans tous les autres domaines, les entités fédérées sont compétentes » (M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé*, *op. cit.*, p. 152).

⁵⁹ « En effet, cette répartition peut être parfaitement *étanche*, soit supposer l'existence de *matières mixtes* qui mettent en jeu la *coexistence de compétences* » (Ch. DURAND, « L'État fédéral », in *Le Fédéralisme*, Paris, PUF, 1956, p. 185). « Il existe plusieurs manières d'insérer des matières mixtes dans un système de répartition des compétences » (M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé*, *op. cit.*, p. 152).

longtemps que l'autorité fédérale ne s'en est pas saisie⁶⁰. On verra plus loin la portée de cette remarque : une telle sophistication concerne essentiellement l'aménagement de la compétence du législateur.

De même, si les juristes s'intéressent aux techniques de répartition des compétences, c'est parce qu'elles leur permettent de mettre en œuvre leur art d'interprète. Faute d'« imaginer toutes les tâches de l'État », « la constitution fédérale doit recourir à un artifice qui est de ne pas énumérer toutes les compétences et de donner à l'une des entités, fédérale ou fédérée, la compétence de principe, les autres compétences s'en déduiront *a contrario*⁶¹ ». En opposant la compétence de principe aux compétences d'exception, le juriste en déduit aussi des techniques d'interprétation. Une question, disputée, est de savoir si l'on doit ou non nécessairement interpréter de façon stricte, c'est-à-dire restrictive, une compétence d'exception. On sait qu'aux États-Unis, la Cour suprême a pu s'extraire de la gangue de la Section VIII (Titre I) imposant une énumération de la compétence législative de l'Union en inventant les « compétences implicites » (*implied powers*). Les réponses varient évidemment suivant les auteurs. De même, une des questions que doit élucider le juriste est de déterminer la nature des compétences en cause. Aux États-Unis par exemple, « *one continuing question is whether the powers delegated to the federal government are exclusive or concurrent [...], but, by and large, whether a delegated power is exclusive or concurrent is often ambiguous, and has been left to the US Supreme Court to decide the issue on a case-by-case basis*⁶² ».

Mais plutôt que de dresser un inventaire des techniques de la répartition et d'interprétation (judiciaire) de celle-ci, on voudrait plutôt souligner le *présupposé implicite* sur lequel reposent ces catégorisations. La doctrine identifie ici constamment la répartition des compétences au partage de la *compétence législative*. Ainsi, les auteurs qui, comme Marc Uyttendaele, tentent de construire un « essai d'une théorie de la répartition des compétences⁶³ », prennent en compte seulement une des compétences matérielles, la compétence législative. Autrement dit, les juristes se posent essentiellement la question suivante : sur quoi ou dans quel domaine le législateur fédéral a-t-il le droit de légiférer⁶⁴ ? Par conséquent, la question de la répartition des compétences semble s'épuiser dans la seule question de

⁶⁰ Uyttendaele décrit toutes les possibilités qui existent désormais et qui caractérisent les États fédéraux contemporains (et en particulier l'Allemagne et la Suisse) (voir *ibid.*, p. 152-153).

⁶¹ M. BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, t. I, *op. cit.*, p. 159.

⁶² E. KATZ, « United States of America », in *Dialogues on Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, Montréal, Ithaca, 2005, p. 301.

⁶³ M. UYTTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé*, *op. cit.*, p. 405 sq.

⁶⁴ Cette assimilation ressort de la définition donnée par le juriste canadien André Tremblay du fédéralisme qui, selon lui « n'est pas un mode de séparation des pouvoirs entre les organes d'un gouvernement souverain (législatif, exécutif, judiciaire), mais bien plutôt un partage de compétences législatives entre deux paliers de gouvernement égaux et coordonnés » (A. TREMBLAY, *Le droit constitutionnel. Principes*, *op. cit.*, p. 199).

la compétence *ratione materiae* du législateur fédéral ou du législateur fédéré. Il suffit ici de lire l'article 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, devenu la Constitution canadienne : « *it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say* ». À la différence des dispositions d'autres constitutions fédérales (par exemple l'Art. I, Sect. 8 Const. USA, art. 51 Const. Australienne de 1900), cet article de la Constitution canadienne a le mérite de définir clairement en quoi consiste la répartition de la compétence législative selon un critère matériel. La Constitution définit les « *Matters coming within the Classes of Subjects* » et assigne lesdites matières à la compétence exclusive du législateur fédéral. C'est une compétence expresse résultant de la Constitution et déterminée par les objets figurant dans la longue liste donnée par cet article. La plupart des constitutions contiennent de telles listes. Si l'on prend un exemple très récent, celui de la Constitution suisse de 1999, on s'aperçoit de l'ampleur de la liste des matières qui entraînent la compétence du législateur fédéral, selon des modalités d'ailleurs différentes. Cette Constitution contient en effet neuf sections dans le chapitre consacré aux pouvoirs de la Confédération helvétique : relations étrangères, sûreté, environnement, culture, environnement, transports, énergie et communication, économie, sécurité sociale et étrangers.

En réduisant la question de la répartition des compétences au seul problème de la distribution de la compétence législative, la doctrine isole certes une véritable question : sur quoi peut légiférer le législateur fédéral ? Et, inversement, sur quoi peut légiférer le législateur fédéré ? Mais elle *simplifie* aussi considérablement le problème inhérent à toute Fédération, car la question de la répartition des « pouvoirs » ne peut certainement pas à se limiter à cette seule question du pouvoir législatif envisagée uniquement sous l'angle de la distribution des *matières* législatives entre Fédération et États-membres. Selon notre interprétation, un tel réductionnisme est une conséquence nécessaire de l'assimilation de la Fédération à l'État fédéral, et du pacte fédératif à la constitution de l'État fédéral (à la loi constitutionnelle de l'État fédéral).

II. Un autre regard sur la répartition des compétences : élargir le champ de vision des fédérations et rétrécir le sens du mot de compétences

Comme on vient de le voir, la doctrine dominante sur le fédéralisme donne une version qu'on peut appeler « étriquée » du fédéralisme, en l'assimilant non seulement à la répartition des compétences, mais aussi à la répartition de la compétence législative. Cette double réduction est une conséquence directe de la façon d'appréhender en général le fédéralisme. Il y a donc un lien, comme on l'a suggéré en introduction, entre un problème apparemment technique – la répartition des compétences – et un problème plus général qui est la conception que l'on se fait du fédéralisme et de la Fédération.

A. Pour une approche non stato-centrée de la répartition des compétences

Les juristes qui décrivent le problème de la répartition des compétences dans le fédéralisme partent du présupposé qu'il concerne uniquement l'État fédéral (*federal government*) et qu'il consiste à « *distribute the power of government between the Centre and the Regions in such a way that each set of governmental institutions has a direct impact on the individual citizens and other legal persons within its area of competence*⁶⁵ ». Une telle démarche a cependant un inconvénient : elle empêche de rendre compte de la naissance des Fédérations émergentes, le plus souvent décrites comme étant des Confédérations, alors même que le problème crucial de savoir « qui fait quoi » se pose aussi dans le cas de la naissance des Fédérations. Si l'on insiste sur la nécessité de prendre en compte les Fédérations émergentes, et non seulement les Fédérations consolidées, c'est parce qu'elles représentent, à l'instar de construction européenne, un exemple de fédéralisme par agrégation.

1. La question de la répartition des compétences se pose également pour les fédérations émergentes

Doit-on penser que le problème de la répartition des compétences (au sens vague donné dans le titre de notre article) ne se poserait pas pour ces nouvelles Fédérations ? Il suffit de lire l'article 2 des *Articles de la Confédération* des États-Unis pour comprendre que la question du partage des pouvoirs est au cœur de la problématique fédérale : « *Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction, and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled* ». La Constitution de Philadelphie reprendra cette idée dans le 10^e Amendement et précisera la répartition des compétences avec son article I, Section VIII. Toutefois, on peut aller au-delà de la lecture des dispositions des pactes fédéraux, et s'appuyer sur la doctrine juridique pour démontrer que la question de la répartition des compétences se pose déjà dans les Fédérations émergentes. Ainsi, le rapport de Pellegrino Rossi pour la révision du pacte fédéral suisse (1832), qui est selon nous le meilleur texte écrit sur le fédéralisme en Europe au XIX^e siècle⁶⁶, aborde directement cette question. Il énumère d'abord les « attributions générales de la Diète fédérale » (art. 50), ensuite les attributions « à l'égard des relations extérieures » (art. 51) et celles relatives aux « relations intérieures » (art. 52), ainsi qu'« à l'égard du militaire » (art. 53), enfin celles relatives à l'administration des finances fédérales (art. 54). Ayant décidé de donner la priorité à la souveraineté cantonale, Pellegrino Rossi considère que l'application de ce principe en matière de répartition des pouvoirs donne le tableau suivant :

⁶⁵ G. SAWER, *Modern Federalism*, London, Watts, 1969, p. 1.

⁶⁶ P. ROSSI, *Per la Patria Commune (Rapporto de la commissione della Dieta ai ventidue Cantoni sul progetto d'Atto federale da essa deliberato a Lucerna, il 15 dicembre 1832)*, Bari, Piero Laicata, 1997, p. 260.

Les cantons demeurent essentiellement leurs propres législateurs, leurs propres administrateurs, leurs propres juges. Dans ces trois mots se résume la souveraineté.

Seulement, nous leur demandons :

De ne pas promulguer de lois constitutionnelles, ou autres, contraires au Pacte fédéral, aux principes fondamentaux du droit public intérieur de la Suisse et aux rapports d'amitié et de fraternité qui doivent exister entre les enfants de la même patrie. De ne pas administrer leurs finances et leur militaire de manière soit à léser leurs confédérés, soit à porter le trouble dans l'organisation fédérale ; De ne pas être juges dans leur propre cause et de ne pas faire de la justice un instrument au préjudice de leurs confédérés.

Nous leur demandons, en outre, de laisser, *en tout ou en partie*, à la Confédération, la législation :

Sur les impôts, de consommation et de chaussée ; Sur les postes, les monnaies et les poids et mesures ; Sur l'organisation militaire ; Sur l'extradition des criminels ; Sur le bannissement d'un canton dans un autre ; Sur les *heimatlosen*

Nous leur demandons de laisser à l'autorité fédérale : Le droit de paix, de guerre, les traités politiques et de commerce ; Et l'instruction de l'armée

Enfin, nous leur proposons de se soumettre, dans certains cas déterminés, et en petit nombre, [...] aux jugements d'un tribunal fédéral⁶⁷.

Non seulement un tel texte préconise une certaine répartition des attributions entre la Fédération et les États-membres (les cantons), mais il fixe en outre une série de droits qui sont à la fois autorisés et prohibés selon une logique typiquement fédérale selon laquelle le fait d'attribuer certains droits à l'une des entités entraîne la prohibition de son exercice par l'autre entité. Ainsi, des Fédérations émergentes sont bien obligées de prendre en compte cette question de la répartition des pouvoirs. Si le mot de compétence n'est pas utilisé, celui des « attributions » le remplace, tout comme dans d'autres écrits de juriste de l'époque, le mot « tâches » (*Aufgaben* en allemand) est utilisé pour décrire les attributions des autorités fédérales ou fédérées⁶⁸. On doit aussi évoquer cette question pour ce qu'on appelle les « Confédérations ». Un auteur plus récent que Pellegrino Rossi, puisqu'il s'agit du politiste anglais contemporain Murray Forsyth, a redonné à la notion de Confédération toute son importance. Très logiquement, il reconnaît la nécessaire existence d'une large « sphère de compétence⁶⁹ ». Il nous met en garde contre l'idée courante selon laquelle les confédérations

⁶⁷ *Ibid.*, p. 122-124.

⁶⁸ Voir notamment B. DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 25. Marcel Bridel utilise aussi ce mot tandis qu'Aubert entend distinguer fermement la tâche, qui renvoie à l'idée de buts de l'État, de la notion de compétence.

⁶⁹ « *The constituent treaty establishes institutions representing the union as such alongside the constituent units. These institutions are, once again, more than international agencies or organizations. They are authorized to act within a broad sphere of competence* » (M. FORSYTH, « Towards a New Concept of Confederation », *European Commission for Democracy Through Law*, Council of Europe, 1994 (Report to the Venice Commission, disponible à l'adresse : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1994\)011-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1994)011-e)).

auraient peu de pouvoirs étendus. Le simple fait, écrit-il-il, qu'elles ont le monopole des relations extérieures suffirait à démentir cette idée⁷⁰. Il est d'ailleurs vrai que les juristes ont en général reconnu que l'amplitude des compétences attribuées soit à la Fédération soit aux États-membres ne constituait pas un critère pertinent de distinction entre les deux types de Fédérations que sont l'État fédéral et la Confédération d'États. Mais c'est surtout en raison de la méfiance de la plupart des juristes envers tout critère matériel.

En résumé, la tendance de la doctrine juridique consistant à borner la répartition des compétences au seul État fédéral méconnaît l'existence de celle-ci dans les Fédérations émergentes.

2. Réinterpréter la question de la répartition des compétences à partir de la notion de pacte fédératif

Le fait de prendre en compte l'analyse des Fédérations émergentes a pour effet de modifier le regard sur le droit fédératif et de remettre en cause l'assimilation souvent faite entre partage des compétences et Constitution (au sens de loi constitutionnelle de l'État) (voir *supra*, I, B). Sur ce point, on peut s'appuyer sur les travaux récents, et très novateurs, de Nicholas Aroney sur le fédéralisme australien et la théorie du fédéralisme. Ce dernier remet en cause la définition du fédéralisme par l'idée de répartition des compétences (*division of power*) à partir de la remarque suivante :

Indeed, to refer simply to a "division of power" is tacitly to presuppose a particular view of the way the distribution has in fact been affected: that the "power" in question was originally somehow a "unity", which has subsequently been "divided". This presupposition of an original unity of power betrays the relationship between the idea of a division of powers and theories of sovereignty, understood as a unitary locus of supreme, unlimited governmental power. [...] . However, to suggest that all federal systems must logically be understood in this way is to underplay the distinction between those cases in which previously independent political communities have been integrated into a federal system and those in which a formerly unitary-state has devolved governmental powers upon a number of regions within that state⁷¹.

Cette dernière remarque est une allusion évidente à l'opposition entre fédéralisme par agrégation (*integrative federalism*) – qui serait *bottom-up* – et fédéralisme par désagrégation (*desintegrative federalism*) – qui serait *top-bottom* –, opposition qui constitue l'un des lieux communs de la littérature sur le fédéralisme. Mais l'important est ici de souligner le fait qu'il existe un lien entre la manière dont se forme, historiquement, une Fédération et la

⁷⁰ La description que fait Kelsen des compétences dans un État fédéral et une confédération dans son traité américain sur l'État (« Distribution of Competence in a Federal State and a Confederacy of States », in *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, p. 321) mériterait un commentaire plus détaillé.

⁷¹ N. ARONEY, « Formation, Representation, Amendment, in Federal Constitutions », *American Journal of Comparative Law*, 54, 1, 2006, p. 277 (texte disponible à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=89918).

façon dont se distribuent les compétences. C'est ce qu'Aroney suggère, à juste titre selon nous : « *Indeed, [...] the way in which governmental competences are defined and structured (i.e., enumerated, residual, reserved, etc) tends to reflect the process by which the federal system came into being (i.e., through a process of either integration or disintegration)*⁷² ». On peut trouver maintes confirmations de cette idée, mais on se contentera d'observer que Geoffrey Sawer, juriste australien lui aussi et auteur d'un des meilleurs ouvrages sur le fédéralisme, avait déjà pointé le lien entre le fédéralisme naissant et la priorité accordée à la définition énumérative (donc limitative) des compétences⁷³. Une telle analyse suggère que le mode de formation des Fédérations n'est pas sans incidence sur la nature et la forme de la répartition des compétences. Ainsi, le fait que le Canada et l'Australie sont nés d'un acte unilatéral de l'Empire britannique n'a pas été sans influence sur la manière dont a été conçue la distribution des pouvoirs en leur sein.

En l'occurrence, lorsqu'on est en présence d'un *fédéralisme par agrégation*, la manière habituelle de décrire la Constitution comme attribuant les compétences aux autorités fédérales et fédérées ne rend pas vraiment compte de la réalité constitutionnelle. En effet, les constitutions des Fédérations émergentes « do not “constitute” the States or confer powers on the States, since the States and their powers are presupposition of the federal Constitution itself⁷⁴ ». Du point de vue juridique, la notion de pacte fédératif permet de mieux rendre compte de ce phénomène fondamental selon lequel les États-monades (ce qui se confédèrent, avant de devenir des États-membres)⁷⁵ décident de se fédérer et entendent conserver des compétences, les retenir par devers eux, et n'attribuer que certaines d'entre elles à la fédération, résultat de leur fondation commune. Contrairement à ce que prétend la littérature dominante, le fait d'interpréter la constitution donnant naissance à une Fédération comme un pacte fédératif n'implique pas le droit des États-membres à déroger conventionnellement à la répartition des compétences. Ce mode d'interprétation méconnaît la particularité du pacte fédératif qui est un pacte institutionnel, un pacte mixte, contractuel par ses origines et réglementaire par ses effets⁷⁶. Une fois entré en vigueur, le pacte fédératif lie ses parties constituantes et ne peut pas

⁷² N. ARONEY, *The Constitution of a Federal Constitution : The Making and Meaning of Australian Commonwealth*, Cambridge Univ. Press, 2009, p. 19

⁷³ « *Allocation of defined powers to the Centre, leaving the undefined residue of powers to the Regions. This was a natural approach, since confederations of independent states would normally cede only a few, carefully, defined heads of powers to a common organ* » (G. SAWER, *Modern Federalism*, op. cit., p. 15-16).

⁷⁴ N. ARONEY, « Formation, Representation, Amendment, in Federal Constitutions », *American Journal of Comparative Law*, 54, 1, 2006, p. 291, Il donne comme exemple la décision *Sturges v. Crowninshield* 17 US (4 Wheat), 122, 193 (1819).

⁷⁵ Voir *TdF*, chap. 6.

⁷⁶ Voir notre article, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », p. 197-270.

être unilatéralement ou conventionnellement modifié comme n’importe quel contrat de droit privé.

B. Clarifier la question du sens du mot de compétence pour mieux traiter du critère de la répartition

C’est seulement maintenant que nous voudrions revenir sur l’ambiguïté du mot de « compétence » relevée en introduction. Il faut discuter de sa polysémie et de son ambivalence quand il est appliqué au partage des compétences dans une Fédération.

Il est polysémique au sens où ce terme est utilisé de plus en plus aujourd’hui en un sens (très) large. On a déjà mentionné plus haut son usage pour désigner des « attributions de l’État ». Toutefois, il est fréquent de voir le mot de compétences, dans une Fédération, identifié à l’expression « attributions de la puissance publique⁷⁷ », à celle de « droit régaliens », ou encore de « *Powers and Responsibilities*⁷⁸ ». Que peut-on penser de ces usages linguistiques du point de vue d’une théorie de la compétence⁷⁹ ? Ces diverses expressions témoignent, selon nous, d’un usage très extensif du terme. En effet, c’est un abus de langage que de dire que le « droit de battre monnaie », la « police », seraient une « compétence », au simple motif qu’ils seraient l’équivalent des « marques de souveraineté » (Bodin), des droits régaliens ou des moyens de la puissance publique. La raison en est simple, comme l’exprime parfaitement Jean Combacau : « la compétence n’est pas un “attribut” de l’État comme le sont ses pouvoirs⁸⁰ ».

Quant à son ambivalence, elle est manifeste dans certaines descriptions de la répartition des compétences. Ainsi, le juriste américain George Berman, auteur d’une étude substantielle sur la répartition des compétences dans un système fédéral, propose une thèse plutôt radicale ; il a fait le choix d’assumer

that the allocation of power with which federalism is concerned, is essentially a subject matter rather than a functional allocation. This is a major assumption, since there are federal systems whose vertical allocations of power run along functional lines – for example, who legislates? who executes? who adjudicates? who taxes? who spends? – rather than subject matter lines. Focusing on subject matter allocations

⁷⁷ Louis Le Fur écrit « Tout ce qu’il est possible de faire, c’est d’indiquer les grandes lignes suivant lesquelles les diverses attributions de la puissance publique se trouvent ordinairement réparties entre l’État fédéral et ses membres » (*État fédéral et Confédération d’États*, op. cit., p. 597).

⁷⁸ Voir le volume 2 du *Global Dialogue on Federalism*, Montréal, McGill University Press, 2005.

⁷⁹ Nous nous appuyons sur une précédente étude : « Compétence et souveraineté », in Association française pour la Recherche en Droit administratif, *La compétence*, Paris, Litec, 2008, p. 5-32.

⁸⁰ J. COMBACAU, « Conclusions générales », in Société française de droit international, *Les compétences de l’État en droit international*, Paris, Pédone, 2005 p. 308 ;

means essentially asking: Who gets to address what substantive issues? What general principles, if any, determines this allocation? What presumptions, if any, about the allocation may be at play? Do any particular rules of construction govern the exercise of power allocations? Are powers excluded allocated to one level, only, or are they shared? If powers are shared, what if any principles of sharing – for ex., subsidiarity (1) – govern the sharing? Under what circumstances does the exercise of authority on a given subject at one level pre-empt the prior or subsequent exercise of power at another? And so on⁸¹.

Cette position en faveur d'une « *subject matter line* » par opposition à une « *functional line* » permet de dégager l'opposition assez nette entre deux conceptions de la répartition des compétences qui varie suivant le sens qu'on donne au mot même de compétence : soit on entend par ce terme une « fonction » de l'État au sens du pouvoir, c'est-à-dire des théories des fonctions juridiques de l'État (on songe en France à Carré de Malberg), soit on désigne l'objet de l'action du pouvoir (*subject matter*). Il est clair que la conception classique en matière de répartition des compétences au sein d'une Fédération, qui privilégie la question de la répartition des matières législatives, opte pour la « *subject matter line* ». Mais la vérité impose d'ajouter qu'il existe un autre courant de la doctrine juridique, qui entend par répartition des compétences la distribution ou le partage des pouvoirs au sens de fonctions juridiques. C'est ce que fait Marcel Bridel lorsqu'il analyse les « Modes de répartition des compétences entre la Confédération et les cantons⁸² ». Étudiant les dispositions de la Constitution helvétique relatives à la compétence fédérale, il observe que celles-ci sont dominées par un classement rationnel par matières, différenciant « les attributions de la Confédération par leur objet⁸³ ». Mais un tel classement, ajoute-t-il, laisse de côté un autre problème : celui de savoir si ces attributions par objet sont accompagnées par les pouvoirs qui sont nécessaires à leur exercice, et par « pouvoirs », il entend les *fonctions juridiques* de l'État que sont les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire⁸⁴, qu'il n'hésite pas à définir à partir de sa classification comme étant tour à tour « compétence législative ; compétence exécutive (administrative et gouvernementale) ; compétence

⁸¹ G. BERMAN, « The Role of Law in the Functioning of Federal Systems », in K. NICOLAIDIS & R. HOWSE (dir.), *A Federal Vision*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2001, p. 191-192.

⁸² M. BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, t. I, *op. cit.*, p. 168, n° 75 *sq.*

⁸³ Par exemple : l'armée, les douanes (péages), l'assurance en cas d'accident, les P & T, la monnaie, les poids et mesure, le droit civil et le droit pénal, l'établissement et le séjour des étrangers » (*ibid.*).

⁸⁴ « Un classement par matières serait relativement facile à établir si, en conférant diverses *attributions* à la Confédération, la Constitution lui avait toujours jrs donné tous les *pouvoirs* nécessaires à l'exercice complet de ces attributions – plus précisément : si elle l'avait tjrs chargée de légiférer, d'exécuter et de juger dans chacun des *domaines particuliers* qu'elle lui assignait. Ce fut parfois le cas ; mais parfois aussi, la Confédération n'a été chargée que de faire la loi ou de poser des règles tout à fait générales dont l'application serait totalement ou partiellement confiée aux cantons. Il suit de là que les diverses attributions de la Confédération varient en étendue du pt de vue des fonctions étatiques qu'elles mettent en œuvre. » (M. BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, t. I, *op. cit.*, n° 75, p. 168-169).

juridictionnelle⁸⁵ ». C'est donc ici la seconde conception de la compétence (*functional line*) qui est adoptée.

Sans entrer dans une analyse trop longue du mot « compétence », nous proposons de considérer que l'acception la plus pertinente, en droit, est celle qui dissocie la compétence de la notion de « pouvoir » (au sens de fonction juridique de l'État) et l'associe à la notion anglaise de « *jurisdiction* ». On se bornera ici à reprendre la démonstration de Jean Combacau selon laquelle la compétence désigne le « domaine d'application du pouvoir⁸⁶ », et non le pouvoir lui-même. Autrement dit, la question de la compétence concerne celle du « champ d'application des règles⁸⁷ », car la compétence aurait pour fonction de « dessiner les contours du *champ* dans lesquels ces pouvoirs lui sont reconnus, sur quelles matières il peut statuer, à quelles personnes il peut commander, de quelles situations il peut définir le régime, sur quels êtres il peut déployer ses moyens d'action matériels, quelque forme que prenne ce pouvoir, donc, à quelques limites qu'il soit soumis au fond⁸⁸ ». Cette définition, suivie d'une énumération illustrative, correspond à la méthode suivie par Jules Basdevant dans son cours de la Haye pour désigner ce qu'est la compétence d'un État : « Déterminer les compétences d'un État », c'est plus précisément déterminer « à l'égard de qui cet État peut exercer ses diverses fonctions, à l'égard de qui il peut légiférer, rendre la justice, faire la police, administrer, exercer la protection diplomatique, faire fonctionner les différents services publics⁸⁹ ». C'est pourquoi, précise Jean Combacau, il est légitime, en droit, d'user d'expressions comme « compétence territoriale » ou « compétence personnelle ». L'opposition est donc claire entre le concept de puissance d'État, les droits et pouvoirs de l'État, et la compétence qui dessine les contours de l'exercice de cette puissance, détermine la sphère où le pouvoir s'exerce, détermine une sorte de périmètre. La compétence serait une sorte d'instrument de bornage, si l'on devait prendre une métaphore spatiale. On doit la distinguer aussi bien du pouvoir que de l'habilitation : « Dans le mécanisme de l'habilitation, [...] ce à quoi l'État est habilité, ce n'est nullement l'exercice d'une compétence, formule dénuée de sens s'agissant d'un objet qui n'a aucun contenu positif, c'est l'exercice d'un pouvoir *dont la compétence ne fait que déterminer les contours*⁹⁰ ».

De ce point de vue, il est tout à fait possible de transposer une telle définition à l'objet fédéral : *la compétence ne fait que déterminer les*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ J. COMBACAU, « Conclusions générales », art. cité, p. 314.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 316. Plus nettement encore : « l'usage du mot compétence est ainsi réservé à la désignation du champ d'application légitime de ce que les pouvoirs permettent de faire du ressort spatial, de la sphère temporelle, du domaine matériel dans lesquels il peuvent légalement se déployer » (*ibid.*, p. 307).

⁸⁸ *Ibid.*, p. 307.

⁸⁹ J. BASDEVANT, « Les règles générales du droit de la guerre et de la paix », *RCADI*, 4, 1936, p. 591.

⁹⁰ J. COMBACAU, « Conclusions générales », art. cité, p. 306.

contours et les frontières de l'action du pouvoir fédéral et des instances fédérées. Comme toute compétence, elle suppose une pluralité de personnes susceptibles d'exercer le même pouvoir et le droit intervient pour prévenir le conflit de compétences en attribuant à chacune des instances en cause un domaine d'action qui, s'il était outrepassé, constituerait une violation de la constitution s'il existe une constitution écrite, ou de la compétence si celle-ci n'est pas expressément inscrite dans une constitution.

Quelle est la portée pratique de cet excursus théorique sur la notion de compétence ? Elle réside dans la thèse ici énoncée selon laquelle la question de délimitation de frontières ne doit pas se limiter, selon nous, au seul domaine de la législation comme le fait indûment la doctrine dominante (voir *supra*, I, B.). Il suffit de citer de nouveau les multiples questions posées par Berman : « *who legislates? who executes? who adjudicates? who taxes? who spends?* » pour comprendre que la délimitation du domaine d'action législative est seulement l'une des questions de répartition des compétences qui se pose dans une Fédération. Rappelons aussi que des questions connexes sur le droit des États-membres de conclure entre eux des pactes inter-fédérés (« *interstate compacts* » aux États-Unis, concordats en Suisse, etc.), ou encore la reconnaissance des droits de l'homme, peuvent aussi avoir des effets sur l'étendue des pouvoirs que peuvent détenir les entités fédérales et fédérées⁹¹.

L'autre portée de cette remarque sur la répartition des compétences, abordée du point de vue de la « *subject matter line* », concerne l'importance d'une telle question pour une théorie de la Fédération. Ayant rétréci la notion de compétence (limitée au domaine d'application du pouvoir), on aboutit nécessairement à relativiser l'importance de la question de la répartition des compétences dans une Fédération. On rejoint ainsi, indirectement, l'opinion émise par maints éminents juristes sur le fédéralisme. Comme l'écrit Sawyer, « *the area of competence is not all that matters; the structure of governmental organizations can be equally important and is commonly dealt with in constitutions*⁹² ». Il faudrait aussi ajouter aux structures les agencements politiques, ces « garanties politiques

⁹¹ Ici encore, Marcel Bridel nous met en garde contre une lecture trop littérale de la répartition des compétences : Une telle délimitation des pouvoirs « découle aussi d'autres dispositions constitutionnelles qui – sans assigner, en principe, une tâche à la Confédération – n'en restreignent pas moins la "souveraineté cantonale". Tels sont notamment les articles qui énoncent des règles de droit intercantonal : ils limitent la "souveraineté" cantonale comme les règles du droit international public fixent des bornes à la souveraineté des États. Tels sont encore les articles qui proclament les droits de l'homme. Ils n'ont pas pour but ni pour effet d'enlever aux cantons le pouvoir de faire et d'exécuter leurs propres lois sur les objets qui ne rentrent pas dans la compétence législative fédérale. Mais, dans l'élaboration et l'application de ces lois – en bref, dans toute leur activité – les cantons sont tenus de respecter les libertés individuelles et d'une façon générale, tous les droits qu'on appelle en Suisse, "les droits constitutionnels des citoyens" » (M. BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, t. I, *op. cit.*, n° 75, p. 169-170).

⁹² G. SAWER, *Modern Federalism*, *op. cit.*, 1976, p. 95.

du fédéralisme⁹³ », ou encore les valeurs du fédéralisme⁹⁴ et, enfin, la question de l'identité politique⁹⁵. Ce serait en effet une grave erreur de réduire la question fédérale à ce qui peut paraître aux juristes le plus « juridique ». Il serait bon pour eux de se rappeler la leçon que Nicholas Aroney a tirée de l'étude de la formation de la république fédérale australienne : « le fédéralisme est principalement concerné par le processus de formation, les structures de la représentation fédérale et la révision de la constitution⁹⁶ », et la focalisation sur la répartition des compétences a conduit à négliger à tort la relation entre ces trois éléments et la constitution australienne. Ce serait donc une grave erreur de croire que la question de la fondation d'une Fédération (on peut ici songer à l'Union européenne) doit se réduire à celle de la répartition des compétences. Telle est selon nous la conclusion un peu paradoxale de notre étude.

Olivier Beaud est Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas, membre de l'Institut Universitaire de France et directeur de l'Institut Michel Villey.

⁹³ Voir la description par Vicki JACKSON, « Fédéralisme, Normes et territoires », in D. CHAGNOLLAUD & M. TROPER, *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 42.

⁹⁴ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Pour une théorie déontique-axiomatique de la décision en contexte fédéral », art. cité.

⁹⁵ E. RUBIN & M. FEELEY, *Federalism: Political Identity and Tragic Compromise*, Ann Arbor, Michigan Univ. Press, 2008.

⁹⁶ « *Federalism was centrally concerned with formative process, structures of federal representation and amendment* » (N. ARONEY, *The Constitution of a Federal Commonwealth*, p. 369).