

APERÇUS SUR LE FÉDÉRALISME DANS LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE AU VINGTIÈME SIÈCLE¹

La question du fédéralisme est incontestablement d'une grande actualité, construction européenne oblige, et il n'est donc pas inutile d'examiner comment les juristes de droit public l'ont appréhendée. Mais l'étudier à travers la doctrine publiciste française peut sembler un brin paradoxal car le concept même de fédéralisme est, s'agissant d'un pays aussi centraliste que la France, presque « impensable »². Pourtant, malgré ces apparences, la bibliographie sur le sujet est plus importante que prévue, ce qui laisse penser que la doctrine l'a étudié.

La contradiction entre les deux propositions précédentes – d'une part, la France n'est pas un pays de fédéralisme et, d'autre part, il existe une littérature juridique sur le sujet – pourrait paraître grossière. Elle n'est cependant qu'apparente. En effet, les juristes français s'intéressent au fédéralisme pour diverses raisons, mais ne l'étudient pas en tant qu'objet du droit positif car ce n'en est pas un. D'où la question qui guide ici cette réflexion : *comment un pays qui n'a pas connu d'expérience fédérale a-t-il pu produire une doctrine juridique du fédéralisme ?* Le seul fait de poser ainsi la question prédétermine, en partie, la réponse qui sera faite : dès lors que le fédéralisme reste un objet étrange pour les juristes français, son analyse par la doctrine nous en apprend plus sur celle-ci que sur celui-là.

¹ Je voudrais ici remercier très vivement Cécile Bargues et Pierre-Olivier Caille qui m'ont procuré certains documents que je n'arrivais pas à trouver à Berlin, et Katharina Rose pour m'avoir aidé à rassembler la documentation présente à Berlin.

² O. Beaud, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ? » in *Annales de la faculté de droit de l'Université de Strasbourg*, vol. 3, 1999, pp. 7-82. Le titre de cet article est indiqué dans le sommaire de la revue comme « concept impossible », mais c'est bien « impensable » qu'il faut lire. La présente étude complète celle-ci qui, non seulement s'arrêtait au seuil du xx^e siècle, mais examinait surtout la pensée politique. Comme le professeur Constantinesco n'a pas manqué de le souligner dans une recension constructive, j'avais un peu négligé le « fédéralisme intégral ou personnaliste » d'Alexandre Marc et son groupe formé par la revue *Ordre nouveau* (1933-1938) : voir sa « Note » dans les *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, n°4, 2000, pp. 71-77.

Un tel sujet, par son caractère vaste, implique des choix, et donc des limitations. Celles-ci sont d'autant plus nécessaires en raison de l'acception large du mot de « fédéralisme » ici retenue. En effet, ce terme a été expressément choisi afin d'éviter la réduction du sujet au seul État fédéral. Il s'agit d'examiner la manière dont on a examiné le *phénomène fédéral* dans son ensemble, qu'il recouvre l'État fédéral ou la Confédération d'États, ou qu'il soit perçu comme un principe politique ou plutôt comme technique juridique. En proposant des « aperçus » sur la doctrine, on renonce à toute prétention à l'exhaustivité. Par ailleurs, la formule utilisée de « doctrine *publiciste française* » conduit à écarter de l'enquête tant la doctrine privatiste (qui se penche parfois sur la question du fédéralisme)³ que la littérature suisse romande⁴, et ceci malgré leur grand intérêt. Enfin, l'expression de « vingtième siècle », qui est censée délimiter la dimension temporelle de mon étude, est utilisée dans un sens un peu lâche car l'enquête commence dès 1896, année de la publication de la thèse de Louis Le Fur, et s'achève à la fin des années 1960 pour éviter la période contemporaine qui ne relève pas, à proprement parler, de l'histoire.

La question qui se pose néanmoins est celle de savoir comment l'on peut à la fois ordonner les données ici rassemblées et éviter deux écueils. Le premier serait de dresser un simple catalogue des écrits relatifs au fédéralisme. L'autre écueil, inverse, consisterait à privilégier un auteur, en l'occurrence Georges Scelle, qui aurait été le seul, à avoir « repens(é) la théorie du fédéralisme »⁵. Conscient de ce double risque, j'ai essayé de procéder à une synthèse qui n'écarte *a priori* aucun auteur, quelle que soit l'importance qu'on peut accorder rétrospectivement à tel ou tel.

Quant à la manière d'ordonner ce matériau, elle est en quelque sorte imposée par le genre d'exercice qui est celui d'une étude historique : il s'agira ici de respecter l'un des canons du genre en accordant une place importante à la chronologie. Dans un premier temps, le découpage temporel retenu est fondé sur le concept de *génération* (§1). Ensuite, on réfléchira aux circonstances extérieures qui ont poussé les juristes de droit public à traiter du fédéralisme, afin de tenter une sorte de *contextualisation* historique (§2). Enfin, on tentera – exercice plus périlleux – une *évaluation*, c'est-à-dire une appréciation critique, de cette doctrine (§3).

³ Ce qui conduit à écarter le beau livre de André et de Suzanne Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, (2 tomes), Paris, Domat-Montchrestien, 1954, qui est très utile pour la connaissance du fédéralisme américain.

⁴ La doctrine helvétique sur le fédéralisme est d'un grand intérêt – en particulier les écrits de Jean-François Aubert.

⁵ Michel Mouskhély, « La théorie du fédéralisme » in *La technique et les principes du droit public. Études offertes en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, tome I, p. 401.

I. Le fédéralisme au rythme des générations de la doctrine du vingtième siècle

Pour croiser ce double objet (doctrine et fédéralisme), j'ai choisi de découper cette histoire selon trois moments, qui correspondent à trois générations successives de la doctrine publiciste. Il y a d'abord eu la période de la doctrine « classique » qui correspond à la génération des *fondateurs*, – celle qui écrit son œuvre entre 1885 et 1925⁶. À cette génération va s'opposer une autre génération – conformément à une logique courante des conflits de génération –, celle des *successeurs*, qui forme la doctrine « post-classique » écrivant entre 1925 et 1945. Enfin, à la période des quasi-contemporains qui écrit la majeure partie des textes après la seconde guerre mondiale, correspond cette génération des « continuateurs » qui s'inscrit dans la logique des « successeurs ». Ce découpage par génération implique que la chronologie sera quelquefois maltraitée car on peut appartenir à une certaine génération, et écrire des ouvrages qui paraissent avant d'autres écrits de la génération précédente⁷.

En réalité, cette distinction de générations n'est pas tout à fait neutre, dans mon esprit du moins, puisqu'elle repose sur une hypothèse, proposée dans une étude relative à Joseph Barthélémy, selon laquelle cette génération des « successeurs » aurait trahi la cause des fondateurs, en devenant très consciemment – et non sans de solides raisons – les « fossoyeurs » de la doctrine classique⁸. Celle-ci était plus théorique, plus attirée vers la dogmatique juridique tandis que la seconde est plus pragmatique, et sociologique. La troisième génération, celle des « continuateurs », poursuit la tradition inventée par les « successeurs », et fait référence à la doctrine classique de manière révérencielle. Si l'on devait formuler des noms pour caractériser cette classification, on mettrait dans la première liste les trois noms emblématiques de Duguit, Hauriou et Carré de Malberg et dans la seconde liste, ceux de Joseph-Barthélémy, Gaston Jèze et Georges Scelle, et tous ceux de la génération suivante qui ont finalement repris cet héritage post-classique d'empirisme : Burdeau,

⁶ On trouvera une intéressante manière d'utiliser le concept de génération dans l'histoire de la doctrine allemande dans le récent article de C. Moellers, « Die Methodenstreit als politischer Generationenkonflikt. Ein Angebot zur Deutung der Weimarer Staatsrechtslehre » [La querelle des méthodes comme conflit de génération politique. Une offre pour interpréter la doctrine publiciste sous Weimar], *Der Staat*, Bd 43 (2004) pp. 299 et s.

⁷ L'exemple manifeste est celui de Charles Durand qui écrit son ouvrage sur l'État fédéral en 1930, avant le *Précis du droit des gens* de Scelle ((1932), mais qu'on étudiera dans la troisième section.

⁸ Voir « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* n° 32 (2000), pp. 89-108.

Rivero, Vedel et Duverger. Chaque génération contient évidemment des personnalités qui échappent à une telle catégorisation, tels Bonnard pour les successeurs, et Eisenmann et Capitant pour les continuateurs.

A) Le temps des fondateurs ou un fédéralisme dogmatique

En 1896, Louis Le Fur fait une entrée remarquée dans la doctrine française en publiant sa gigantesque thèse, *État fédéral et confédération d'États*. Il contribue de façon décisive à la façon d'envisager le problème du fédéralisme en codifiant la distinction entre État fédéral et la Confédération d'États. En effet, il réserve l'expression d'État fédéral au type d'union fédérative « ne constituant qu'un seul État » et celle de « la confédération d'États (*Staatenbund*) » à une « simple union entre États restés distincts dont chacun a conservé sa souveraineté » et il fait reposer la Confédération d'États « juridiquement sur un *traité international* » alors que l'État fédéral le serait sur une « *constitution fédérale* » qui est une « constitution véritable »⁹. C'est lui aussi qui innove dans la littérature internationaliste en soutenant la thèse de la personnalité internationale de la Confédération. Les rapports entre États-membres et Confédération relèvent selon lui du droit international public alors que les relations régissant les États fédérés et l'État fédéral ressortissent au seul droit interne (droit constitutionnel) : les premiers n'étant pas souverains, et n'étant donc pas des États, « le droit international leur est en principe inapplicable »¹⁰. Enfin, c'est lui qui défend l'idée selon laquelle l'État fédéral se distingue de l'État unitaire par la participation des États-membres à la volonté de l'instance fédérale – idée qui sera bientôt une sorte de lieu commun de la littérature sur le fédéralisme.

Cependant, ce qui a le plus marqué dans cette thèse, c'est la volonté d'appréhender la question du fédéralisme à partir de la souveraineté. « Les deux questions – note Le Fur – qui se trouvent à la base de l'État fédératif, et d'une manière générale de toutes les unions d'États sont celles-ci : la souveraineté est-elle une qualité essentielle de l'État ; – la souveraineté est-elle indivisible, de manière à ne pouvoir appartenir sur un même territoire qu'à une seule personne morale, l'État, à l'exclusion des collectivités publiques qui le composent ? »¹¹. Une grande partie de cette thèse vise à démontrer que la souveraineté appartient uniquement à l'État fédéral, et non pas aux États-membres.

⁹ L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États* (1896) rééd. Éditions Panthéon-Assas, 2000, p. 579, et p. 581.

¹⁰ *Ibid.*, p. 764.

¹¹ *Ibid.*, p. III.

Peu importe l'opinion qu'on peut avoir sur cet ouvrage car ce qui compte, c'est le fait qu'il a marqué son époque de son empreinte. Il est épuisé en quelques années, ce qui est surprenant pour un livre aussi austère de plus de huit cent pages. C'est d'ailleurs en Allemagne et en allemand que Louis Le Fur fera paraître, en 1902, une seconde édition, actualisée, mais portant uniquement sur la première partie historique de son travail¹². Charles Leben n'a donc pas tort d'observer dans la préface à sa réédition, que cette thèse « a introduit dans la doctrine française le "modèle standard" de la théorie de la Fédération développée à la même époque en Allemagne »¹³. Ceci signifie notamment que plus jamais, la doctrine française ne reviendra de manière critique sur la distinction entre État fédéral et Confédération d'États, alors même que distinction fut sévèrement critiquée par un juriste allemand, Westerkamp, auquel se réfère pourtant Le Fur. De même, elle ne se départira plus jamais de ce procédé qui consiste à interpréter le fédéralisme en fonction de la souveraineté (soit positivement, soit négativement). Elle fait comme s'il y avait dans cette œuvre de Le Fur des acquis intouchables¹⁴, qui échapperaient miraculeusement à la critique, et c'est ainsi qu'une simple opinion devient un « dogme » juridique.

De ce point de vue, l'œuvre de Le Fur a obtenu le précieux appui de Carré de Malberg qui, – dans le premier tome de la *Contribution à la théorie générale de l'État* », a repris, mais aussi « durci » le raisonnement de Le Fur. Le maître de Strasbourg procède à une double épure : d'un côté, il abandonne complètement le raisonnement historique (première partie de la thèse de Le Fur) pour se concentrer sur un pur problème de dogmatique juridique, et d'un autre côté, il réduit la question du fédéralisme à l'État fédéral¹⁵ et abandonne la question de la Confédération à son triste sort, celui d'être – au mieux – l'entité qui préfigure l'État fédéral. Il en résulte l'absorption de la question du fédéralisme dans une théorie générale de

¹² Avec l'aide du Dr Posener qui non seulement traduit (ou supervise la version allemande du texte) mais se charge de l'actualisation bibliographique et ajoute des index à la thèse, comme il l'avoue dans l'avant-propos, L. Le Fur und A. Posener, *Staatenbund und Bundesstaat*, Breslau, 1902, p. V. A la même époque, une thèse probablement dirigée par Carré de Malberg voit le jour à Nancy, H. de Gail, *Les États à forme fédérative*, thèse droit Nancy, 1901, publiée chez Marescq, et une étude probablement suscitée par Maurice Hauriou à Toulouse, L. Poliers, et R. de Marans, *Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État*, Toulouse, 1902.

¹³ « Avant-Propos » à L. Le Fur, *op. cit.*, p. I.

¹⁴ Même si elle la critique sur d'autres points ; ainsi Carré de Malberg est en désaccord sur la question de la formation juridique de l'État fédéral, reprochant à son cadet d'avoir méconnu la distinction entre l'origine (historique) et le fondement (juridique)

¹⁵ Et la question de l'État fédéral à la question de l'autonomie constitutionnelle appréhendée uniquement à travers le critère formel de la révision. V. sur ce point, Éric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003, pp. 34 et s.

l'État¹⁶, et un traitement de la question fort abstrait, détaché de l'étude des institutions fédérales et de leur fonctionnement concret (v. *infra* §3).

Cette tendance à l'aridité théorique trouve une illustration frappante dans la thèse soutenue en 1930 par Michel Mouskhelichvili¹⁷, intitulée *La théorie juridique de l'État fédéral*, (Paris Pédone, 1930). Dirigée par Louis Le Fur, elle s'inscrit presque inévitablement dans le prolongement de la thèse de 1896, mais manifeste un durcissement théorique. La dimension historico-concrète a disparu, et ce qui occupe le premier plan, c'est désormais la discussion sur le fondement du droit international (monisme ou dualisme), ou sur les thèses récentes de l'école de Vienne et de Kelsen, dont la réception a probablement contribué à renforcer la dimension théorique de la discussion. En tout cas, cette thèse d'un jeune auteur, sur lequel on reviendra (v. *infra* 1, C), traduit la domination de ce qu'on peut appeler l'axe Le Fur-Carré de Malberg¹⁸ contre lequel réagira Georges Scelle.

On peut toutefois regretter que de la doctrine classique, on ait seulement retenu cet axe. Il y avait, par exemple, chez Duguit et Hauriou des idées originales qui auraient mérité d'être approfondies. Encore eût-il fallu les connaître pour les reconnaître. Or, un auteur, pourtant bien informé, comme Georges Burdeau estime que le doyen de Bordeaux n'aurait attaché « qu'une importance médiocre » au problème du fédéralisme¹⁹, ce qui est inexact, comme nous allons le montrer tout de suite.

En effet, Léon Duguit a consacré, dès 1898, un article fort pénétrant au « conflit de la souveraineté fédérale et de la souveraineté locale aux États-Unis d'Amérique »²⁰. Le thème l'intéresse d'ailleurs beaucoup, au point de le donner comme sujet de thèse à l'un de ses étudiants à Bordeaux²¹. Dès ses *Études de droit public* (1901 et 1903) et, plus tard, dans son *Traité de droit constitutionnel*, il revient sur la question du fédéralisme. Certes, il en fait une arme qu'il retourne contre la théorie de la souveraineté dans la mesure

¹⁶ Je me permets ici de renvoyer pour une critique de la théorie malbergienne du fédéralisme à mes remarques dans « La Fédération entre l'État et l'Empire » in B. Théret (dir.), *L'État, la finance, le social*, Paris, la Découverte, 1995, pp. 283 et s..

¹⁷ Ce russe blanc changera de nom plus tard et sera mieux connu sous le nom de Michel Mouskhély (v. *infra* §1, C).

¹⁸ Il faudrait ajouter un troisième nom, l'internationaliste Gilbert Gidel qui consacre des développements au fédéralisme dans son *Cours de droit constitutionnel comparé* (Faculté de droit Paris, 1935-1936), et qui dirige la thèse de Marcel Astruc, *Contribution à l'histoire des tendances constitutionnelles aux États-Unis concernant la nature de l'État fédéral*, th. droit Paris, 1937, 144 p.

¹⁹ *Traité de Science Politique*, vol. 2, *L'État*, 1^{re} éd. 1947, p. 411

²⁰ *Revue d'économie politique*, 1884, pp. 00.

²¹ Lacaze, *Des rapports de souveraineté fédérale et des souverainetés locales aux États-Unis*, th. Bordeaux, droit, 1898, 180 p.

où le dualisme impliqué par l'État fédéral serait la négation de la souveraineté (v. *infra* §3). Mais son analyse juridique contient deux idées fondamentales pour une théorie de la Fédération. Selon la première, une constitution fédérale ne peut pas prévoir elle-même l'abrogation du principe fédéral, et c'est d'ailleurs ce qui distingue le statut de l'État-membre d'un État fédéral d'une collectivité décentralisée d'un État unitaire. Dans le premier cas, l'État fédéral ne peut pas revenir sur sa promesse unilatérale de protéger l'autonomie de son État membre tandis que, dans le second cas, c'est toujours possible par un acte unilatéral de l'État²². La seconde idée fondamentale, c'est la nature conventionnelle du pacte fédératif, Duguit emprunte ici les leçons de la doctrine allemande de la *Vereinbarung* qu'il est le seul à défendre, en France et avec talent²³. Il est probablement le juriste publiciste français ayant approfondi le plus la question de la dogmatique de la Fédération²⁴.

Quant à Maurice Hauriou, il a mené, dans son *Précis de droit constitutionnel*, une réflexion tant sur l'idée de fédération que sur celle d'État fédéral. Il envisage en réalité, la fédération comme un mode de formation et d'évolution du pouvoir d'État, qui serait commun aussi bien à l'État unitaire qu'à l'État fédéral. Son but est plus général, et vise à montrer que le fédéralisme est une forme intemporelle d'organisation des rapports entre pouvoir. Mais comme toujours chez Hauriou, le terme change de signification. Par fédération, il entend ce processus par lequel se forge le « caractère minoritaire » du pouvoir étatique par opposition au « pouvoir majori-

²² Parmi de nombreuses citations allant dans ce sens, en voici une très caractéristique qui essaie de repérer le critère juridique de différenciation entre la décentralisation et le fédéralisme, c'est-à-dire entre l'État unitaire et l'État fédéral : dans le cas de la décentralisation, « Les gouvernants pourront modifier ou supprimer quand bon leur semblera ce système d'organisation locale ; en faisant cela, ils ne violeront aucune obligation, ils ne feront point d'acte arbitraire et dictatorial. (...) Cette obligation ne constitue pas une obligation matérielle pour les gouvernants. Il en serait ainsi de même au cas où l'autonomie locale aurait été créée par une loi constitutionnelle ; l'autonomie ne pourrait être alors supprimée, ou modifiée qu'en la forme d'une loi constitutionnelle. Mais les gouvernants ne sont point liés par l'obligation matérielle de respecter cette autonomie ; ils peuvent la modifier unilatéralement ou la supprimer à leur gré ; il faut seulement que la suppression ou la diminution aient lieu en la même forme que la création. (...) Il en est autrement de l'autonomie fédérale. L'obligation juridique s'impose aux gouvernants de la respecter ; et, liés par cette obligation juridique, ils ne peuvent la supprimer, ni par une loi ordinaire, ni même par une loi constitutionnelle. Et voilà véritablement le caractère propre du fédéralisme. » *Études de droit public*. tome II : *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903, pp. 757-758. La même idée figure dans le *Traité de droit constitutionnel* (3^e édition), tome III, pp. 74-75.

²³ *Traité de droit constitutionnel* (3^e édition), tome 1^{er}, §37 et 39, pp. 374 et s.

²⁴ Cet hommage à Duguit me donne l'occasion de réparer l'oubli dans lequel j'avais tenu sa pensée dans des études précédentes sur « Fédéralisme et souveraineté » et surtout dans « le pacte constitutionnel fédératif ».

taire »²⁵. Il englobe donc sous ce même concept tant la formation de la cité athénienne ou de la cité romaine que celle de l'État français ou de la République américaine. Il soutient, en fait, l'idée que la centralisation politique vaut aussi bien pour l'État fédéral que pour l'État unitaire, et il se montre ici probablement influencé par les opinions de Tocqueville sur le fédéralisme²⁶.

Plus intéressantes, à mes yeux, sont ses notations sur l'État fédéral. Il s'inspire cette fois des idées de Montesquieu sur la république fédérative. Il fait ressortir la forme particulière des rapports juridiques entre les États-membres (rapports de droit interne)²⁷, et note le lien intrinsèque entre fédéralisme et libéralisme qui résulte de ce que l'enchevêtrement des compétences constitue un « amortisseur (...) qui oblige le pouvoir central à négocier avec les pouvoirs des États locaux plutôt qu'à leur commander. »²⁸ Surtout, il a, selon Edouard Lambert, « profondément pénétré le génie propre du contrôle américain de la constitutionnalité des lois »²⁹ en soulignant la dualité de contrôle judiciaire, qui est « organisé aussi bien dans les États particuliers de l'Union que dans l'État fédéral. »³⁰

Le moins que l'on puisse dire est que la plupart des intuitions des deux frères ennemis de la doctrine publiciste n'a pas suscité beaucoup d'écho dans la doctrine française ultérieure, et c'est dommage. Il convient de montrer maintenant qu'elle a pris une toute autre direction, une sorte de contre-direction³¹.

²⁵ « On peut poser en principe, que tout gouvernement d'État est un pouvoir unique superposé à des pouvoirs primaires multiples préexistant dans la nation (des pouvoirs de clans ou de familles, des pouvoirs féodaux, etc.). Ce pouvoir unique devient fédératif et centralisateur. (!) L'État n'est pas à la base de contrat, il est à base de fédération, ce qui n'est pas la même chose. La fédération ou le synécisme est une opération du pouvoir par laquelle un chef se subordonne d'autres chefs qui, jusque-là étaient théoriquement ses égaux et qui, désormais passent sous son allégeance avec leurs propres sujets, moitié de gré, moitié de force. » *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd. Paris, Sirey, 1929, p. 115.

²⁶ Sur ce point, voir Th. Chopin, « Tocqueville et l'idée de Fédération », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 13 (2001) p. 100.

²⁷ *Précis de droit constitutionnel*, pp. 124-125.

²⁸ *Ibid.*, p. 125.

²⁹ E. Lambert, « Quatre années d'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois par la Cour suprême des États-Unis », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 469.

³⁰ Il distingue les deux formes que prend ce contrôle : « d'abord, le contrôle de constitutionnalité *proprement dit*, qui roule sur le conflit de la loi ordinaire et de la constitution envisagé à l'intérieur de chaque État ; ensuite, ce qu'on peut appeler le contrôle 'de fédéralisme' ; celui-là consiste en une *supervision des arrêts des cours d'État, en tant que celles-ci accomplissent ou n'accomplissent pas leur devoir d'arrêter les lois des États particuliers qui seraient en contradiction avec la constitution fédérale.* » *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., Paris, Sirey, 1923, p. 307.

³¹ Pour une tentative d'actualisation de la pensée de Maurice Hauriou, je me permets une nouvelle fois de renvoyer à un article intitulé « Justice constitutionnelle et fédéralisme », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin (dir.), *La justice constitutionnelle*, Presses de l'Université de Strasbourg, à paraître en 2005

B) La doctrine des successeurs : Georges Scelle ou le fédéralisme sociologique

Pour illustrer le tournant empirique de la doctrine qui ne veut plus se satisfaire de controverses, mais veut simplement s'intéresser aux faits, et pour l'illustrer à propos du fédéralisme, un nom s'impose : celui de Georges Scelle (1878-1961)³². Il éclipse tous les autres de sa génération – que l'on songe à Gaston Jèze, à Joseph Barthélémy³³ ou encore à Roger Bonnard. Sa « théorie générale du fédéralisme » est présentée comme « un des plus brillants symtômes du renouvellement de la théorie des rapports du fédéralisme et de l'État »³⁴, jugement qui est largement valide, comme nous voudrions ici le prouver.

Ce juriste de droit international, disciple de Léon Duguit, mais aussi juriste très engagé à gauche, propose une théorie du fédéralisme dans son *Précis du droit des gens* où il consacre un long chapitre au « phénomène fédératif »³⁵. Néanmoins, cette théorie avait été précédée par de nombreux articles dans le droit des gens, et aussi dans le droit ouvrier, dont Scelle est l'un des pionniers en France. Il condense cette théorie du fédéralisme international dans son *Manuel de droit international* de 1947. Sa production à ce propos est prolifique et multiforme, passant de l'article aux préfaces de thèses dirigées par lui ou à la préface d'un ouvrage majeur comme le fameux *Principe fédératif* de Proudhon³⁶.

Tachons ici d'aller à l'essentiel en dégagant les traits caractéristiques de cette théorie du fédéralisme. D'abord, et bien que destinée à rendre compte du phénomène juridique dans son ensemble, elle est celle d'un internationaliste qui est plus sensible à la question des formes que peuvent revêtir les

³² Il existe une littérature secondaire sur Georges Scelle que nous n'avons pas pu consulter. D'une part, il y a la thèse non publiée de A.-J. Léonetti, *Georges Scelle. Étude d'une théorie juridique*, Nice, 1992, et d'autre part, une thèse d'histoire des idées dirigée par un économiste (Bartoli), de R. Perrard *Essai sur les doctrines fédéralistes de langue française et de langue anglaise*, th. Grenoble, 1949, pp. 135 et s. – dont nous avons pris connaissance de la table des matières grâce à l'amicale sollicitude de Jean-Charles Froment). En revanche, nous avons lu avec profit l'article à paraître de C.-M. Herrera, « Georges Scelle, un juriste aux prises avec le social » qui examine un autre versant de l'œuvre de Scelle, le « travailliste » et théoricien du droit.

³³ Ce dernier ne se désintéresse pas vraiment de la question fédérale, notamment en dirigeant des thèses sur le sujet. Par exemple, la thèse sur la Confédération germanique de Jean Dupuy-Dutemps, *La Constitution de l'Allemagne de 1815 à 1866*, th. droit Paris, 1939, 209 p et la thèse de René Brunet, (v. *infra* note 165).

³⁴ Pierre Duclos, « Le fédéralisme et l'État », Colloque de l'Association internationale de science politique, Genève, Première Table Ronde, Genève., 1964, dactyl. p. 11.

³⁵ *Précis du droit des gens*, Paris, Sirey, 1932, (chap. 3 pp. 187 à 287 (ouv. Réédité par le CNRS, 1981).

³⁶ O.C. tome XV, Paris, 1959 ou la préface à la thèse de Georges Vlachos sur « fédéralisme et raison d'État chez Fichte ».

unions entre États (fédéralisme interétatique *lato sensu*) et à la question d'un arbitrage pacifique des différends entre États. Ceci explique qu'il ne borne pas sa réflexion à l'État fédéral.

Ensuite, second trait caractéristique, cette doctrine a pour ambition de saisir le fédéralisme comme une technique juridique. Georges Scelle n'a pas ménagé sa peine pour dégager les particularités juridiques du fédéralisme. Il a critiqué la doctrine classique et a proposé une doctrine alternative³⁷ qui contient des éléments très intéressants. Par exemple, l'un des apports réside dans la distinction effectuée entre le fédéralisme par agrégation et le fédéralisme par désagrégation³⁸ qui deviendra l'une des typologies les plus classiques de cette littérature sur le fédéralisme. Par ailleurs, Scelle distingue nettement entre les « *principes* » et les « *caractéristiques* » du fédéralisme. Les premiers – les « *principes* » – qui sont les plus importants, sont, d'une part, « l'origine conventionnelle »³⁹ du phénomène fédératif, ce qui implique la liberté des entités de se constituer en fédération et, d'autre part, la liberté pour les États-membres de continuer à participer à la vie juridique internationale. Quant aux « caractéristiques », ce sont respectivement, la participation des États-membres ici appelée « la loi de coordination des compétences », la superposition d'institutions fédérales aux institutions étatiques initiales, et enfin un type de répartition des compétences qui fait que les collectivités fédérées restent dirigées par de véritables « gouvernants ». Enfin, il distingue le fédéralisme « *institutionnel* » du fédéralisme « *normatif* ». Le droit des gens dans son ensemble est un fédéralisme « *normatif* » qui est inefficace s'il ne se double pas d'un « *fédéralisme institutionnel* »⁴⁰. Les institutions sont ici perçues comme un moyen de rendre effectives ou exécutoires les normes, ou plus exactement « la superposition des normes », grâce à une sanction juridique⁴¹. On verra bientôt quelles sont les bases sociologiques d'une telle démonstration, mais il faut comprendre l'intérêt heuristique de cette distinction. Elle permet de réintroduire dans le fédéralisme des entités comme la Confédération que Scelle considère comme relevant d'un « fédéralisme imparfait » mais qui relèvent de la mouvance fédérale. Dans cette doctrine, le fédéralisme ne se réduit pas à sa forme étatique, celle de l'État fédéral, mais déborde ce cadre.

³⁷ *Précis du droit des gens*, pp. 201 et s.

³⁸ *Ibid.* p. 189.

³⁹ *Ibid.* p. 201.

⁴⁰ C'est-à-dire d'organes superétatiques fédéraux, assurant à quelque degré, les fonctions sociales de législation, de réglementation, de juridiction, de sanction " *Manuel de droit international public*, p. 191.

⁴¹ " Les institutions n'ajoutent rien à la superposition des normes en ce qui concerne la formation des couches juridiques ; elles ajoutent la sécurité, la possibilité d'obtenir l'exécution des normes juridiques, c'est-à-dire l'efficacité. " *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Nancy, 1952, p. 8.

Ces divers exemples montrent l'intérêt de sa doctrine⁴² qui contraste avec la vulgate que l'on a voulu tirer de l'œuvre de Scelle souvent résumée à deux lois qu'il aurait inventées : la loi de l'autonomie des États-membres et la loi de la « participation », alors qu'il n'a ni inventé ces lois, ni n'en a fait le pilier de sa théorie.

Mais si l'on voulait vraiment situer l'originalité de sa *doctrine*, c'est sur le troisième trait particulier qu'il faudrait insister : *son fondement sociologique*. Par là, elle se distingue radicalement de la doctrine antérieure tournée vers la dogmatique juridique. Désormais, la sociologie tient lieu de fondation à la construction juridique. En effet, pour Scelle, le fédéralisme, c'est d'abord la solidarité, et cette solidarité est une donnée du monde social. Il « est une *loi* constante de l'évolution des sociétés humaines »⁴³. Il reflète un phénomène social de grande ampleur et continue qui n'est autre que « le phénomène de la solidarité intersociale » dont l'aboutissement devrait être, en réalité, l'avènement d'une société mondiale. Le système fédéral est défini en premier lieu comme un « système social »⁴⁴, mais il est aussi, en second lieu, présenté par Scelle, comme une forme supérieure d'organisation sociale et politique, correspondant mieux aux conditions modernes d'interaction sociale. Forme supérieure, cela veut dire aussi et surtout une forme supérieure « à la forme étatique ».

Ainsi, selon cette conception sociologique, l'interdépendance des États et des sociétés politiques conduirait inévitablement à un fédéralisme international en vertu d'une sorte de loi des groupes. Scelle déduit de la « sociabilité » naturelle l'idée d'une sociabilité internationale en transposant le raisonnement valable pour le couple l'individu/société au couple États/société internationale. De même que, sociologiquement, il n'existe pas de souveraineté de l'individu (en raison de l'existence de la société), il ne peut pas y avoir de souveraineté de l'État au plan international, en raison de l'existence de la société internationale⁴⁵. Le système fédératif est conçu par Georges Scelle comme « l'aboutissement fréquent et normal » de ces sociétés internationales plus restreintes à l'intérieur de la société internationale globale ou mondiale que sont les « familles de peuples ou de nations »⁴⁶.

⁴² Et encore, n'a-t-on fait ici que brosser un tableau général. La meilleure synthèse de ses idées se trouve, selon moi, dans les vingt premières pages de sa conférence sur *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques* (note précédente).

⁴³ *Précis du droit des gens*, p. 188.

⁴⁴ *Ibid.* p. 190. En réalité, le raisonnement de Scelle est le suivant : il part du fait social, du système social, et il essaie ensuite de voir comment le droit saisit le fait social. Mais, paradoxalement, il appelle le fait social, un « fédéralisme juridique pur », qui devient impur, du droit positif en fait, lorsqu'on passe du « normatif » à « l'institutionnel » (voir *Précis du droit des gens*, p. 190).

⁴⁵ G. Scelle, *Manuel de droit international public*, Montchrestien, 1944, p. 190.

⁴⁶ *L'Union européenne*, Préface p. 5.

La prémisse d'un tel raisonnement consiste à inférer du fait social le droit positif. Pour lui, il est clair que « tout phénomène de fédéralisme engendre (..) un ensemble normatif correspondant. En ce sens, on peut dire que toute société internationale, et la société internationale globale elle-même, constituent des phénomènes superposés les uns aux autres et s'emboîtant les uns dans les autres »⁴⁷. La question technique, de dogmatique juridique, qui consiste à savoir, comment s'emboîtent ces ordres est soigneusement évitée ou plutôt ne sera résolue que par le biais du fameux dédoublement fonctionnel qui permet aux autorités étatiques d'agir au nom et pour le compte des autorités internationales.

Ainsi fondée sur une loi sociologique, le fédéralisme bénéficierait d'une légitimité *scientifique* en ce qu'il découle de la loi sociologique de l'interdépendance progressive des sociétés politiques. Mais il a aussi une très forte légitimité *politique*. Ainsi, sa dernière caractéristique réside dans son caractère *militant*. Cette assertion peut surprendre dans la mesure où la méthode de Scelle a été définie comme étant ni idéaliste, ni positiviste, mais comme « néo-positiviste »⁴⁸. Cependant, son fédéralisme paraît largement surdéterminé par des principes politiques qui, en tant que fins, conditionnent la nature des moyens employés.

D'une part, cette théorie serait intrinsèquement démocratique et libérale. Démocratique parce que le fédéralisme postule un ordre social fondé sur la coopération, le contrat, et non plus sur la force. « C'est ici le domaine de l'association, et non plus celui de la domination. Nous sommes sur le terrain de l'égalité juridique, et non plus de l'autorité »⁴⁹. Libérale, ensuite, parce que Scelle part du principe (très proudhonien) selon lequel le pouvoir est par nature oppresseur, voire « totalitaire »⁵⁰, et il en déduit donc que le fédéralisme, par la division qu'il entraîne mécaniquement entre les instances fédérales et les instances fédérées, contient en lui-même un principe de division et donc de limitation du pouvoir.

D'autre part, et surtout, le fédéralisme présente, aux yeux de Georges Scelle, l'immense avantage de discréditer le dogme de la souveraineté. Alors que celle-ci est une notion idéologique qui exalte la nation, comme valeur, le fédéralisme comme pur phénomène de solidarité, devient, entre les mains de l'auteur, une simple technique juridique adaptée au monde international

⁴⁷ PdG, p. 190.

⁴⁸ Maurice Duverger dans son compte-rendu du Manuel, *RD* ; 1944, p. ?????????.

⁴⁹ *Précis du droit des gens*, p. 187.

⁵⁰ *Le fédéralisme européen et ses difficultés*, p. 6.

moderne⁵¹. De ce point de vue, l'œuvre de Scelle poursuit, au plan du droit international, celle commencée par Léon Duguit en droit interne⁵². Elle poursuit aussi celle de Kelsen en ce qu'elle propose une échelle graduée des structures étatiques ou fédérales. Il n'y a plus le critère distinguant des entités différentes par nature, ce qui revient à dire que la souveraineté, comme concept tranchant qui distingue l'État du non-État, l'État fédéral de la Confédération par exemple⁵³, disparaît : il est superflu et inutile.

En fait, le refus de la souveraineté signifie surtout l'affirmation d'une idée : le *fédéralisme est au service de la paix*. Il remplace – écrit Scelle en 1947, « l'anarchie de souverainetés par un *ordre public international*, une discipline constitutionnelle, et assure à la fois le respect de la légalité et les transformations, les révisions nécessaires de cette légalité. Il est pour nous l'élément essentiel du progrès politique de l'humanité »⁵⁴. Ce credo, qui est à la base de sa construction doctrinale, explique son engagement militant en faveur de la Société des Nations qu'il décrit explicitement comme une réponse à « l'anarchie des souverainetés et des autarchies économiques dans la société internationale »⁵⁵. Cette doctrine du fédéralisme apparaît donc comme la mise en forme juridique de la pensée de Proudhon. Elle résulte de ce que ce juriste n'envisage la théorie du droit que comme étant couplée avec le progrès social. Plus exactement, elle est une arme dans le combat que son auteur mène en faveur de l'égalité sociale – ce qui explique son engagement en faveur du droit ouvrier⁵⁶ et en faveur de la paix mondiale.

Toutefois, une telle position n'est pas sans présenter des difficultés. La préface au *Précis du droit des gens* contient ainsi un passage où éclate, de manière assez frappante, la contradiction entre le désir d'objectivité scientifique et la volonté d'engagement axiologique. Scelle y expose avec conviction l'idée que

⁵¹ « Le système fédératif n'est qu'un mouvement d'ensemble vers une organisation juridique hiérarchisée, qui n'est que la transformation de l'ancien dogme de la souveraineté en un problème de technique juridique. Il en sera de même de la future union européenne », *L'Union européenne*, p. 29.

⁵² V. les critiques que Duguit adresse, très tôt, à la souveraineté de l'État : *Études de droit public*. Tome II : *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903, chapitre VI sur les « agents décentralisés », qui traite en réalité du fédéralisme (p. 754 et s.).

⁵³ Conception reprise dans le *Vocabulaire juridique du droit international* (dir. J. Basdevant) : « En matière de fédéralisme, il n'y a pas de situations tranchées, mais de multiples degrés » (p. 147). V. aussi les observations de P. Reuter, « Confédération et Fédération : « vetera et nova » (1974) in P. Reuter *Le développement de l'ordre juridique international. Écrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 81.

⁵⁴ *Manuel de droit international public*, p. 193.

⁵⁵ Préface avec Boris Mirkine-Guetzévitch, *L'Union européenne*, en collaboration avec, Paris, Delagrave, 1931, p. 6.

⁵⁶ On retrouve ici aussi l'idée de pluralisme social, qui est inhérente au fédéralisme. Voir la conférence précitée de C.-M. Herrera, « Un juriste aux prises avec le social, ».

les internationalistes doivent abandonner toutes les discussions sur la personnalité et la souveraineté de l'État parce que « ces concepts sont démentis par l'observation des faits et incompatibles avec toute logique juridique »⁵⁷. La souveraineté, l'égoïsme national, « les appétits de puissance des gouvernants et les mystiques collectives des gouvernés » sont renvoyés dans la sphère des passions humaines et des faiblesses. Mais « le Droit n'est ni la politique, ni la morale. L'objectivité scientifique doit bannir d'un enseignement juridique tout idéal extra-juridique, toute 'croyance, toute aspiration effective', tout point de vue subjectif, et notamment dans notre domaine, les points de vue nationaux – tous *sentiment* en un mot si élevé (...) soit-il. Le seul idéal que l'on puisse contempler, c'est un but idéal, puisque jamais atteint, que se propose le Droit : l'établissement de la paix entre les hommes »⁵⁸.

L'auteur rejetterait l'épithète de « idéaliste » que l'on a appliqué à sa théorie du fédéralisme car il considère que la science permet de prendre conscience de la supériorité, d'abord éthique et ensuite juridique, du fédéralisme. Mais on a souvent l'impression que sa conception de la science est normative puisque celle-ci doit prévaloir, quelquefois, contre les faits empiriques. C'est ce que laisse penser une phrase tirée du *Précis du droit des gens* : « Mais, à une époque de civilisation avancée, si les opinions publiques s'inspiraient de considérations plus rationalistes et moins instinctives, l'on pourrait espérer voir le phénomène fédératif se développer systématiquement, scientifiquement, et non plus empiriquement, pour les avantages qu'il présente et non pas seulement dans un but de préservation commune, voire même parfois d'hostilité envers d'autres groupes »⁵⁹. La logique de la science doit s'imposer aux faits, ce qui est une forme curieuse de réalisme. En réalité, *le fédéralisme de Georges Scelle est un anti-étatisme*, ce qui n'est pas surprenant de la part d'un élève de Proudhon. Il l'affirme nettement dans une conférence où il s'interroge longuement sur les obstacles qui s'opposent à un fédéralisme européen. Et il avoue honnêtement qu'à ses yeux, « bien que cela puisse paraître un peu paradoxal, c'est la conception de l'État qui est le premier obstacle au fédéralisme »⁶⁰. De ce point de vue, Léon Bourgeois était avisé d'écrire, dans la lettre-préface à son livre sur le Pacte des Nations (1919), que Scelle enseignait le droit « non seulement tel qu'il est, mais tel qu'il doit être, tel que l'achèvera le progrès de la conscience humaine »⁶¹.

⁵⁷ *Précis du droit des gens*, Préface, p. IX

⁵⁸ *Ibid.*, p. IX.

⁵⁹ *Précis du droit des gens*, p. 190.

⁶⁰ *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Nancy, 1952, p. 36.

⁶¹ 1919, p. VII, cité par CM. Herrera, « Un juriste aux prises avec le social.. Sur le projet de G. Scelle », p. 6.

La doctrine de Scelle relative au fédéralisme *est en réalité, une doctrine très engagée, bien qu'elle se veuille scientifique*. C'est ce paradoxe qui en constitue l'originalité et aussi la limite. Elle aboutit d'ailleurs à une nouvelle définition du concept et à une inflexion que l'on voit parfaitement dans la thèse d'un élève de Georges Scelle, promis à une carrière diplomatique brillante, Guy Ladreit de Lacharrière qui redéfinit ainsi la notion même de fédéralisme : c'est « un mode d'organisation des normes étatiques qui, entre autres avantages, permet de résoudre pacifiquement les conflits s'élevant entre les pays qu'il régent »⁶². Ainsi, le fédéralisme est redéfini comme étant *principalement* une technique juridique de résolution des conflits internationaux et l'on comprend le prestige et l'attrait qu'elle a pu avoir sur une certaine partie de la doctrine internationaliste française, de Charles Rousseau à René Jean Dupuy⁶³. Mais il n'empêche que la majorité de la doctrine internationaliste française a préféré suivre la méthode « positive » de Jules Basdevant⁶⁴, peut-être d'ailleurs parce que la pensée de Scelle a fait l'objet d'une sorte de vulgate qui l'affadit et en gomme les aspects les plus riches⁶⁵.

On va voir maintenant que les « continueurs » n'ont pas raisonné très différemment empruntant, pour l'essentiel, les mêmes pas que leurs prédécesseurs immédiats.

C) *Le temps des « continueurs » ou le fédéralisme marginalisé*

Il faut bien convenir qu'à partir des années 1945, le fédéralisme ne fait plus recette en dehors du cercle des disciples de Georges Scelle. Les publicistes les plus en vue de cette troisième génération, de celle qui arrivant à maturité

⁶² *L'idée fédérale en Russie de Riourik à Staline (862-1945)*, Paris, Pédone, 1945, p. 1.

⁶³ Il écrit un ouvrage sur *Le nouveau panaméricanisme. L'évolution du système interaméricain vers le fédéralisme*, (Alger, 1957) où l'influence de Scelle est très perceptible, ne serait ce que dans cette phrase de la préface : « il est en effet deux sortes de groupements d'États : ceux placés sous l'emprise de la force et ceux qui reposent sur la collaboration de tous. Impérialisme ou fédéralisme, tel est le dilemme qui se pose au monde (Introduction, p. 9).

⁶⁴ Quelqu'un d'aussi important, dans sa génération, que Paul Reuter n'accorde que très peu d'attention aux écrits de Scelle, dont il se démarque le plus souvent.

⁶⁵ Il suffit pour s'en convaincre de lire la définition analytique du fédéralisme qu'en tire Guy Ladreit de Lacharrière : sa théorie qualifie de « fédéraliste » le système d'organisation politique qui aurait les traits suivants : 1^o) Existence de deux ordres juridiques et de deux sortes d'institutions superposées : l'ordre juridique et les institutions du pouvoir central et ceux des collectivités composées ; 2^o) Participation des collectivités locales en tant que telles, en tant qu'unités constituées à la formation et aux décisions des organes fédéraux ; 3^o) Existence au profit des collectivités composantes d'un domaine d'autonomie réservée, dans lequel elles jouissent d'une compétence discrétionnaire, insusceptible d'un contrôle d'opportunité ou d'un contrôle hiérarchique et ne relevant que d'un contrôle de la légalité. » G. Ladreit de Lacharrière, *op. cit.* p. 3.

après la seconde guerre mondiale⁶⁶, traiteront du fédéralisme certes, de manière soit périphérique, soit occasionnelle. Parmi les indices qui peuvent corroborer cette assertion figure d'abord le faible nombre de thèses soutenues sur le fédéralisme entre 1945 et 1970. Un autre indice résulte de la lecture des deux forts volumes des *Pages de doctrine*, qui rassemblent les écrits de quatre maîtres de cette génération (de Laubadère, Mathiot, Rivéro, Vedel). On n'y trouve qu'un seul article portant en partie sur ce thème⁶⁷. Par opposition à ces auteurs « reconnus », il existe des auteurs « marginaux » qui ont pourtant davantage apporté à la littérature sur le fédéralisme, sans que cet apport soit toujours reconnu.

Les auteurs reconnus – Quant on lit les écrits de l'après seconde guerre mondiale, on constate que le fédéralisme y est analysé moins comme une technique juridique que comme une *idéologie politique*. Certes, Georges Vedel le décrit comme étant « à la fois un procédé d'organisation de l'État et un procédé d'organisation de la société internationale »⁶⁸. Mais, en réalité, l'étude la plus substantielle qu'il lui a consacré porte sur les « grands courants de la pensée politique et le fédéralisme »⁶⁹. Il y défend la thèse selon laquelle le concept de fédéralisme n'a pas d'autonomie en tant qu'idée politique car sa signification varie selon le courant politique dans lequel il s'inscrit. Il note le paradoxe de la « présence du fédéralisme dans des pensées politiques, dont les inspirations sont incontestablement contradictoires. »⁷⁰ – ce qui revient à dire que la gauche et la droite partagent ce concept (décentralisation interne pour la droite, et pacifisme pour la gauche). Quant à Jean Rivéro, dans son article sur « fédéralisme et décentralisation », il écarte la perspective juridique qui viserait à dégager un critère de distinction entre les deux concepts et il préfère concentrer son attention sur « le plan politique » pour savoir dans quelle mesure ces deux systèmes d'organisation du pouvoir politique sont ou non « complémentaires »⁷¹.

Mais le plus intéressant dans les développements de ces auteurs concerne la question de savoir quelle est la source d'inspiration de l'idée fédérale : est-ce

⁶⁶ Si l'on devait creuser absolument cette question des générations pour l'après-guerre, il me semble qu'il faudrait affiner le découpage. Il y a probablement deux générations différentes : celle qui a 18 ou 20 ans en 1918, – par exemple, René Capitant, Marcel Prélot, Eisenmann, Paul Reuter, Roger Pinto, et celle qui succède et qui a moins de trente ans quand la guerre de 1940 éclate et qui est largement brisée dans son élan par la seconde guerre mondiale : c'est la génération des auteurs célébrés dans *Pages de doctrine*.

⁶⁷ Jean Rivéro, « Fédéralisme et décentralisation : harmonie ou contradiction ? » in *Fédération*, novembre 1953, n° 106, pp. 797-806, repris in *Pages de doctrine*, tome II, pp. 213-221.

⁶⁸ « Le fédéralisme et l'État » in R. Aron (dir.), *L'ère des fédérations*, Paris, Plon, 1958, p. 95.

⁶⁹ In G. Berger et alii, *Le Fédéralisme*, Paris PUF, 1956, p. 32-86. Article récemment réédité dans la revue *Commentaire*.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 31

⁷¹ « Fédéralisme et décentralisation : 1.

l'idée libérale ou l'idée démocratique ? Pour Georges Vedel, le fédéralisme est impensable sans référence à son fondement démocratique, à l'idée de consentement des hommes à la loi. Cela signifie d'abord la volonté du *self-government* : « Le fédéralisme a une valeur démocratique de premier ordre, – explique-t-il –. En effet, ne prétendant pas adopter des solutions uniformes, chaque groupement choisit la solution qu'il préfère au point de vue législatif et administratif. Les citoyens s'organisent comme ils l'entendent au sein de chaque État-membre et s'exercent ainsi à la liberté. C'est la forme la plus accentuée du "self-government" ». ⁷² De même, Georges Burdeau insiste sur le fait que le fédéralisme « est une manière de concevoir l'autorité de telle sorte que l'association se substitue à la contrainte » ⁷³. Il est une mode particulier d'auto-détermination des peuples, même si ces derniers s'unissent entre eux.

Pendant, l'auteur associant le plus clairement la démocratie à le fédéralisme est René Capitant qui essaie de penser l'idée d'une démocratie fédérale. Il entame son chapitre sur le « fédéralisme démocratique » ⁷⁴ par une formule-choc : « il n'est pas possible aujourd'hui de définir la démocratie sans y intégrer le fédéralisme » ⁷⁵. L'axiome de sa théorie est le suivant :

« La démocratie est fédérale par la même nécessité que le régime représentatif est centralisateur. Elle est fédérale parce qu'elle place la souveraineté non pas sur la tête du représentant national, mais sur la tête du citoyen. Alors que le représentant représente exclusivement les intérêts nationaux, l'individu appartient simultanément aux diverses collectivités auxquelles il se rattache et dont les intérêts doivent être coordonnés. Il est membre de sa nation, et à ce titre, concourt, ; à se donner des lois nationales. Mais il est aussi membre de sa commune, de sa région, de sa profession, et même citoyen de l'Europe. Souverain dans chacune de ses collectivités, la démocratie lui permet de n'en sacrifier aucune et d'accorder à chacune l'autonomie nécessaire à la gestion des intérêts communs à ses membres. Or, le fédéralisme n'est rien d'autre que la reconnaissance de ces collectivités multiples au sein de la société complète. La nation n'étant qu'une de ces collectivités, au lieu d'être la collectivité unique » ⁷⁶

Inversement, le fédéralisme implique la démocratie. En même temps, Capitant perçoit le fédéralisme comme un moyen de limiter et de contrebalancer le principe démocratique. Il est « un correctif nécessaire du fait que

⁷² G. Vedel, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 109.

⁷³ *Traité de Science Politique*, t. II, 3ème éd. n° 298, p. 493..

⁷⁴ Un chapitre de son Cours de 1952-1953 sur les "Principe fondamentaux de la démocratie, Réédité dans *Écrits constitutionnels*, éd. CNRS, 1982, p. 147 et s.

⁷⁵ *Écrits constitutionnels*, éd. CNRS, p. 159.

⁷⁶ *Écrits constitutionnels*, éd. CNRS, p. 160.

notre démocratie pratique est une loi de majorité »⁷⁷ et que les minorités doivent être protégées ainsi par le fédéralisme qui garantit la diversité. Le lien est ici effectué avec la dimension libérale de ce concept.

– D'un autre côté, le fédéralisme partage avec le libéralisme l'une de ses valeurs cardinales qui est la revendication du *pluralisme*. Il serait supérieur dans sa forme juridique moderne (État fédéral) à l'État unitaire non seulement parce qu'il laisse « subsister la liberté des différents groupes qu'il unit », mais encore – note Georges Burdeau – parce qu'il utilise « cette liberté pour fonder l'autorité du Pouvoir fédéral. Au lieu de sacrifier l'indépendance à l'ordre, les particularités à la règle, il concilie leurs exigences en apparence contradictoires »⁷⁸. Georges Vedel abonde dans le même sens en notant que « le fédéralisme est un moyen de faire vivre au sein du même État des populations qui ne sont pas assez homogènes pour former un État unitaire. »⁷⁹. Mais il existe des garde-fous destinés à empêcher l'éclatement de la Fédération : cette hétérogénéité culturelle doit être d'abord conciliée avec une homogénéité politique et ensuite tempérée par le principe de proportionnalité des droits et devoirs entre États-membres. On voit en passant que les auteurs de cette époque ont définitivement assimilé (presque inconsciemment) le fédéralisme à l'État fédéral.

Toutefois, Georges Burdeau apporte une nuance essentielle à la discussion sur la nature politique du fédéralisme en pointant son caractère anti-individualiste. Certes, « le principe démocratique vise (..) le même objectif » que le fédéralisme à savoir le fait qu'il « tend à associer les individus à la formation des décisions par lesquelles ils seront liés. Mais, dans la démocratie, il ne s'agit que d'une association d'individus. *L'idée fédérale cherche à faire prévaloir une association de groupes* »⁸⁰. Le problème central posé par le fédéralisme tient donc à ce qu'il veut transposer la liberté de l'individu à la *communauté*. Par là même, il se présente comme une tentative de dépassement de la nation et de l'unicité qu'elle implique. Il veut briser le carcan de l'unicité de l'assignation à un État qui est nécessairement irrespectueux des diversités locales. Burdeau note, à juste titre, que « le sens fondamental du fédéralisme est de poser le problème

⁷⁷ « La loi en régime démocratique », *Après-demain*, novembre 1957 (je dois la connaissance de ce texte très peu connu, à M. Daugeron, ATER en droit public à l'Université de Paris V, que je remercie vivement pour cet envoi)

⁷⁸ G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. IV, (L'État,) p 503. Cette nécessité de concilier les particularismes a été soulignée par Charles Durand : « Associer la diversité et l'unité, supprimer la pleine indépendance des parties sans les fonder dans une collectivité complètement intégrée, assurer la coexistence de ces deux catégories d'intérêts, telle est la raison d'être du fédéralisme. » *Confédération d'États et État fédéral*, 1955, p 15.

⁷⁹ ex. USA, Suisse, URSS, G. Vedel, *op. cit.* p 109.

⁸⁰ G. Burdeau, *Traité de science politique*, 3^e édition (1980) p 493.

du Pouvoir politique en d'autres termes que nationaux»⁸¹, conclusion qui correspond exactement à l'intuition de René Capitant : le pari fédéraliste vise à penser la démocratie hors du cadre strict de l'État⁸², on dirait aujourd'hui à penser une démocratie post-nationale.

De ce trop bref panorama, on peut néanmoins en déduire que le terme de fédéralisme a acquis une signification principalement politique dans cette nouvelle génération. Il en découle que la question du contenu juridique du fédéralisme – de la dogmatique juridique – est définitivement passée au second plan, ce qui poursuit probablement la tradition inaugurée par Georges Scelle. En tout cas, c'est en invoquant son autorité que Jean Rivéro refuse de rechercher un critère de distinction juridique entre fédéralisme et décentralisation, critère qui aurait quelque chose « d'arbitraire »⁸³ et c'est sous son influence que Burdeau reprend la distinction entre fédéralisme normatif et fédéralisme institutionnel⁸⁴. Mais une telle interprétation, par ce qu'elle revêt de scepticisme doctrinal, méconnaît le fait que Scelle lui-même avait tenté d'élaborer « une construction juridique du fédéralisme ».

Dans cette génération, Charles Eisenmann aurait pu constituer une exception à cet empirisme un peu désabusé parce qu'il disposait de toutes les capacités pour tenter une théorie du fédéralisme. Il avait étudié la constitution autrichienne de 1920, constitution fédérale d'un type particulier (fédéralisme par désagrégation) ; il connaissait parfaitement l'œuvre de Hans Kelsen qui ne manque pas de développements sur le fédéralisme ; il s'intéressait beaucoup à la théorie générale de l'État, tout comme à la question de la décentralisation, si voisine de celle du fédéralisme. Pourtant, dans ses écrits récemment réédités, il n'y a presque pas de réflexion sur la question fédérale⁸⁵. En fait, c'est uniquement dans son ambitieuse monographie *Centralisation et décentralisation* (1947) qu'il semble esquisser une théorie du fédéralisme à l'occasion de sa théorie de la classification des formes d'État. Mais, ici encore proche de Kelsen, il s'aide surtout du couple conceptuel de la centralisation et de la décentralisation de sorte que le fédé-

⁸¹ *Ibid.*, p. 494.

⁸² « Grâce à l'effort doctrinal du XIX^e siècle, nous ne pouvons plus aujourd'hui concevoir la démocratie comme limitée au seul État. Nous ne pouvons plus opposer démocratie et fédéralisme comme deux notions étrangères l'une à l'autre » *Ibid.* p. 162.

⁸³ « Fédéralisme et décentralisation » » in *Pages de doctrine*, p. 213.

⁸⁴ *Traité de science politique* (1^{re} éd.), tome II, n° 286, p. 398 (avec un glissement de sens d'ailleurs).

⁸⁵ Il distingue seulement « deux fédéralismes » dans sa comparaison entre la République de Weimar et celle de Bonn : « Bonn et Weimar », in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, (préface de Ch. Leben), Presses de l'Université de Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2002, p. 456.

ralisme est relégué au second plan⁸⁶.

Dans la doctrine du droit public interne, l'autre auteur qui aurait pu renouveler l'étude du fédéralisme est Roger Pinto que les études antérieures sur les États-Unis⁸⁷ et la faculté de se mouvoir aussi bien dans le domaine du droit interne que dans celui du droit international prédisposaient à traiter du fédéralisme en général. Son manuel de droit constitutionnel contient d'ailleurs des développements clairs et informés⁸⁸ sur les différentes formes de fédéralisme, de l'État fédéral américain et suisse jusqu'au fédéralisme dans le Commonwealth, en passant par le fédéralisme dans l'Europe centrale (Allemagne, Autriche) et le fédéralisme soviétique⁸⁹. Il se clôt sur ce point précis par un chapitre instructif sur « fédéralisme et décentralisation » qui contient une belle définition de l'ambivalence de ce concept qui implique « deux mouvements contraires. Fédérer, c'est unir ce qui est divisé. Mais c'est aussi diviser ce qui est uni. La notion comprend à la fois l'idée de centralisation et celle de décentralisation »⁹⁰.

Les auteurs marginaux – À cette époque, les rares auteurs qui font du fédéralisme un véritable objet d'étude se nomment Charles Durand Michel Mouskhély et Guy Héraud, mais ce sont des auteurs marginaux. En les qualifiant ainsi, il ne s'agit pas de dévaloriser leur travail, mais de défendre l'idée que leurs écrits, malgré leur intérêt, ont moins compté dans la doctrine publiciste⁹¹.

Charles Durand (1899-1992) a fait toute sa carrière de professeur de droit public à Aix-en-Provence, où il débute comme professeur en 1930. Il s'est fait surtout connaître pour ses études d'histoire administrative et du droit admi-

⁸⁶ Encore qu'il maintienne une nette distinction entre les concepts de fédéralisme et de décentralisation qui se situent sur « deux plans tout autres ». En effet, « le fédéralisme ajoute à la décentralisation commençant à partir de la législation constitutionnelle par exemple, quelque chose de radicalement nouveau. Il ne s'agit plus d'un accroissement de la mesure de la division de l'État, mais d'une organisation de son unité ». *Centralisation et décentralisation*, Paris, Sirey, 1947, p. 276.

⁸⁷ Notamment sa thèse de doctorat, *Les Juges qui ne gouvernent pas. Les opinions dissidentes aux États-Unis*, Paris, Sirey, 1932.

⁸⁸ Par exemple, il a lu attentivement le traité classique de Kenneth Wheare, *Federal Government*, qui est le livre standard de l'après-guerre, mais pourtant peu cité par les auteurs français. C'est, dans sa génération, le seul auteur de manuel de droit constitutionnel qui a véritablement étudié la littérature étrangère sur le fédéralisme. Il faudrait ajouter, pour le droit international, Charles Rousseau, dont le Manuel est très riche sur « les « fédérations d'États » (titre du chapitre II de son *Droit international public*, tome II, *Les sujets de droit*, Paris, Sirey, 1974, pp. 138-213) et contient une bibliographie impeccable.

⁸⁹ *Éléments de droit constitutionnel*, 2^e éd., Lille, Morel & Corduant, 1952, pp. 111 à 200.

⁹⁰ *Ibid.* p. 193. « Les États fédéraux » figurent d'ailleurs comme l'un des thèmes apparaissant sur la couverture du livre en une forme de sommaire de l'ouvrage.

⁹¹ Autrement dit, ils n'ont pas eu d'élèves ou de disciples qui ont continué leur œuvre ; ils n'ont pas écrit, en-dehors du fédéralisme, des manuels ou traités marquants qui auraient établi leur notoriété ou leur réputation.

nistratif, par exemple sur le Conseil d'État à l'époque napoléonienne. Mais, il a également étudié le fédéralisme, ce qui est un peu moins connu, bien que son nom apparaisse dans toutes les bonnes bibliographies.

Dans son premier ouvrage sur *Les États fédéraux* (1930)⁹², il propose une nouvelle théorie de l'État membre d'un État fédéral fondée sur le concept « d'organe propre » d'une collectivité publique. Il essaie de prendre en compte le fonctionnement de la Fédération en consacrant notamment deux intéressants chapitres aux questions de l'interprétation de la constitution fédérale et de sa révision, s'appuyant alors sur le cas des États-Unis. Il plaide vigoureusement en faveur d'une étude des « faits » et contre une vision trop abstraite du problème fédéral. Son empirisme est déjà significatif, mais il l'est encore plus dans son second ouvrage, *Confédérations d'États et État fédéral*, paru en 1955, chez Marcel Rivière, l'éditeur des Œuvres Complètes de Proudhon⁹³. Quoique reflétant un intérêt occasionnel pour le fédéralisme, ses écrits sont et restent d'un grand intérêt pour sa compréhension. Il est en effet, l'un des très rares publicistes à avoir étudié de manière approfondie certaines institutions fédérales, et à avoir eu le talent de marier la connaissance théorique avec la maîtrise du droit comparé indispensable pour examiner le fonctionnement concret du fédéralisme.

Quant à Michel Mouskhély (1903-1964), c'est un juriste probablement encore plus ignoré aujourd'hui. Ayant fui le communisme, cet émigré russe continuera sa vie durant à étudier l'Union soviétique son ancien pays. Mais, auteur d'une thèse déjà citée sur la théorie juridique de l'État fédéral (1930), il ne va cesser aussi de s'intéresser à la question fédérale. Il semble qu'avant la seconde guerre mondiale, il se soit surtout intéressé en théoricien à cette question⁹⁴, et qu'il soit ensuite devenu plus militant, connaissant une sorte de conversion à l'idéologie fédéraliste. Conversion dont témoigne le fait que ce thésard de Louis Le Fur devient ensuite le disciple intellectuel de Georges

⁹² *Les États fédéraux. Étude de droit constitutionnel positif*, Paris Sirey, 1930, 361 p. Contrairement à ce que je pensais, il ne s'agit pas là de sa thèse. Le professeur Jean-Louis Mestre, qui fut aussi son élève, m'a appris que Charles Durand avait effectué une thèse d'histoire du droit (*Les milices garde-côtes de Bretagne de 1716 à 1792*, soutenue à Rennes en 1927, et publiée aussi à Rennes chez Riou-Reuzé, 165 p.) et qu'il s'était tourné vers le droit public car il ne voulait pas faire de droit romain. Ce livre visait donc à montrer ses qualités de publiciste.

⁹³ Il est aussi quelquefois cité en raison de ses deux articles sur l'État fédéral : « État fédéral et État unitaire décentralisé paru dans les *Mélanges Achille Mestre : L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1956, pp. 193 et s., et « L'État fédéral en droit positif » in G. Berger et alii, *op. cit.* pp. 171-213.

⁹⁴ V. notamment son riche article, « Quelques réflexions sur la réforme de l'État fédéral » *Annales du droit et des sciences sociales*, 1934, n° 2-3, pp. 223-286, dans lequel il pointe la contradiction entre le droit positif des États fédéraux et « le génie propre du fédéralisme », p. 224., et voir aussi son article « Autonomie » in Jacquemet, (dir.), *Dictionnaire de sociologie*.

Scelle – comme le prouve sa contribution à ses *Mélanges*⁹⁵, et d'Alexandre Marc, et s'agrège au groupe formé à Nice autour de *l'Europe en formation*. Désormais, il se passionne pour son application concrète à l'Europe nouvelle, multipliant les publications au sujet du fédéralisme européen (v. *infra* §2). Devenu professeur de droit public à Strasbourg, il publie des études sur le Conseil de l'Europe, et un ouvrage sur « les structures fédérales » appliquées à l'Europe. Mais ces ouvrages sont demeurés un peu confidentiels et sont même difficiles d'accès.

Enfin le tableau de ces « juristes marginaux » serait incomplet si l'on n'évoquait pas la figure de Guy Héraud (1920-2003), juriste d'une génération postérieure à celle des précédents auteurs. En 1947, il publie une thèse remarquée sur le pouvoir constituant (*L'ordre juridique et pouvoir originaire*). Il va s'intéresser au fédéralisme en raison de sa conversion à la cause européenne et à la défense des minorités au sein de l'Europe. Du côté du fédéralisme, il assume la lourde charge de réviser la traduction française des *Études sur le fédéralisme*, rassemblées par Robert Bowie et Carl Friedrich⁹⁶, mais il entreprend de renouveler la théorie du fédéralisme en distinguant par exemple trois niveaux différents de rapports entre États : « l'inter-étatique, le supra-national et le fédéralisme »⁹⁷ – ce dernier étant « l'ordre des souverainetés intégrées » et il faut comprendre ici par intégration « la double subordination, normative et organique de l'État au degré supérieur »⁹⁸. Il a parfaitement saisi l'essence du fédéralisme qui est d'unir des entités politiques sans les absorber⁹⁹. D'un autre côté, il ne cesse de s'intéresser à l'Europe et à ses minorités linguistiques. Il verra dans le fédéralisme le meilleur moyen de défendre ces dernières¹⁰⁰. Il synthétise ses idées dans un petit essai ambitieux, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*¹⁰¹. Pour décrire son parcours atypique, laissons la parole au préfacier de ce dernier

⁹⁵ V. son article précité sur « la théorie du fédéralisme » dans les *Mélanges Scelle* (1952). Le Fur et Scelle forment à l'époque les deux pôles extrêmes de la doctrine internationaliste, politiquement (droite v. gauche) et philosophiquement (droit naturel v. droit positif).

⁹⁶ Il est en effet remercié dans la Préface de cette édition par les deux coauteurs, Bowie (R.), Friedrich (C.), *Études sur le fédéralisme*, tome I, Paris, 1960, p. 7.

⁹⁷ C'est le titre d'un article paru dans les *Archives de philosophie du droit*, t. 6 (1961), pp. 179-191.

⁹⁸ *Ibid.* pp. 185-186.

⁹⁹ Voir dans le même article, sa belle définition de la Fédération : « un État composé de cités », et de l'essence du fédéral qui réside « dans cette nature particulière des communautés incluses, dont certaines au moins, les États-membres, sont des cités au sens plein du mot » (*Ibid.* p. 186, et p. 189). :

¹⁰⁰ *L'Europe des ethnies*, 3^e éd., Bruylant, 1993 : « l'ethnisme est indissociable du fédéralisme », p. 199.

¹⁰¹ Paris Presses d'Europe, 1968, livre qui est dédié à Michel Mouskhély, son ami strasbourgeois mort accidentellement en montagne.

ouvrage, Alexandre Marc : « Juriste éminent, un des plus brillants de sa génération, Guy Héraud eût pu se contenter d'une belle carrière universitaire et scientifique, dont les avantages enviables s'offraient à ses dons, à sa compétence et à sa courtoisie. Comme son ami et collègue, Mouskhély, il a préféré subordonner ses avantages à l'impératif catégorique d'un combat épuisant, mais dont l'issue – il le sait, nous le savons – déterminera l'avenir de notre civilisation. (..) Guy Héraud n'a pas hésité à se porter au-dessus, à la source même du savoir constituant, là où la théorie rejoint l'action, où l'ouverture s'accomplit dans le risque »¹⁰².

Cette description d'un juriste devenu juriste militant correspond bien à la trajectoire de cet auteur pour qui le fédéralisme a cessé d'être une technique juridique ou une forme politique, mais est devenu une *cause* pour laquelle on doit combattre et se dévouer. N'est-ce pas le même auteur qui déclare de manière un peu emphatique : « on ne peut mieux camper le fédéralisme qu'en l'opposant à l'étatisme. Branche d'une alternative, le terme faste du dilemme vital que pose à tous les hommes, le défi de l'époque, le fédéralisme se révèle alors en pleine majesté »¹⁰³? Mais à côté de cette dimension idéologique, on trouve dans ses écrits des notations utiles sur l'essence du fédéralisme. Guy Héraud complète ainsi les principes de la participation et de l'autonomie, le principe de l'exacte adéquation », mot qui désigne ce qu'on appelle la subsidiarité, et la question essentielle des « garanties » des compétences.

Toutefois, ainsi conçu, le fédéralisme est une théorie politique qui, reprenant l'intuition de Proudhon, concerne tous les secteurs de la société, et notamment le secteur économique et social. C'est une philosophie politique qui vise à détrôner l'État du monopole politique, et l'on comprend bien pourquoi elle trouve à s'appliquer à l'Europe (cadre supranational) et aux ethnies (cadre subnational). Mais on perçoit dans le même temps qu'une telle « doctrine » perd en densité juridique ce qu'elle gagne en épaisseur politique.

Il n'est donc pas étonnant que les écrits de ces juristes militants (Mouskhély, Héraud) soient restés un peu confidentiels et réservés aux partisans d'une fédération européenne. Plus surprenante, en revanche, est la relative méconnaissance des écrits de Charles Durand, qui tient peut-être à ce que l'on fait trop confiance dans la doctrine française aux auteurs reconnus, et pas

¹⁰² « Préface » à G. Héraud, *Les principes du fédéralisme* p. 12.

¹⁰³ *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, (Paris Presses d'Europe, 1968), p. 15. Voir aussi son article : « un anti-étatisme : le fédéralisme intégral » ; *Archives de philosophie du droit*, t. 21, 1976, pp. 167 et s.

assez à l'érudition. Sur certains sujets, exigeants et qui se prêtent mal aux généralités brillantes, il vaut mieux se fonder sur une source sûre que sur une valeur sûre.

II. Le fédéralisme dans son contexte historique

Au cours du vingtième siècle, la doctrine sera confrontée au fédéralisme qui devient une sorte d'horizon d'attente. Le corpus qui a été examiné dans le paragraphe précédent fera maintenant l'objet d'une *autre* lecture, *contextuelle*, du fédéralisme en France. C'est donc la même histoire racontée sous un autre angle avec le risque de répétition qu'une telle option comporte. Dans l'introduction, nous avons affirmé que la France n'avait pas connu de véritable réflexion politique sur le fédéralisme en raison de l'inexistence d'expériences fédérales. Il convient maintenant de nuancer cette affirmation en distinguant entre les générations qui n'ont pas été confrontées aux mêmes défis et aux mêmes circonstances.

De son côté, la doctrine classique a eu pour particularité de ne pas avoir eu, ou si peu, d'expérience immédiate du fédéralisme, à la différence des générations qui lui succéderont. Il en découle que les « fondateurs » sont obligés d'étudier le fédéralisme à travers des expériences étrangères, et n'en ont donc qu'une connaissance médiante puisqu'elle doit passer par le droit étranger. En outre, cette connaissance est médiante à un second degré parce qu'elle est aussi filtrée par la doctrine étrangère qui décrit le système fédéral. Les juristes de cette génération étudient surtout l'expérience allemande, celle de l'ère wilhelmienne et puis de la République de Weimar. La raison en est probablement la fascination exercée par la doctrine allemande telle qu'elle se reflète dans l'œuvre initiale de Louis Le Fur et de Carré de Malberg. Mais les États-Unis attirent aussi la curiosité de la doctrine. Ainsi, Léon Duguit étudie le conflit entre la Fédération américaine et les États fédérés¹⁰⁴. Quelques années plus tard, Adhémar Esmein préface la traduction française des *Federalist Papers* et il fait observer que la première grande nouveauté de la constitution américaine de 1787 n'est autre que « la naissance d'un « État fédératif lui-même »¹⁰⁵. Par ailleurs, il existe plusieurs thèses sur le droit américain dans son rapport avec

¹⁰⁴ On a déjà cité les thèses de Lacaze (Bordeaux) et Astruc (Paris), mais on peut ajouter la thèse de Galland sur *Le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois aux États-Unis* (Paris, 1930) ou celle de R. Pinto sur les opinions dissidentes.

¹⁰⁵ « Préface » à A. Hamilton, J. Jay et G. Madison, *Le Fédéraliste*, trd. fr. 1902, nouveau tirage, LGDJ, 1957 p. X.

le fédéralisme¹⁰⁶, tandis que la grande synthèse de Jacques Lambert constitue une source précieuse (quoique aujourd'hui dépassée) sur l'histoire constitutionnelle américaine¹⁰⁷. Curieusement, le fédéralisme suisse est peu étudié par les juristes français de l'époque, à l'exception cependant de deux thèses¹⁰⁸.

Toutefois, même lorsque les publicistes français étudient un pays fédéral, ils restent étonnamment discrets sur cette particularité institutionnelle. Prenons par exemple les États-Unis et la préface qu'écrivit Adhémar Esmein à la traduction française des *Federalist Papers*. Il traite bien de la question fédérale, car il s'agit – écrit-il – de la première innovation constitutionnelle de la constitution de 1787, mais son approche est assez réductrice. Il examine surtout les influences philosophiques subies par ses auteurs (Hamilton, Madison et Jay) et évoque la thèse des penseurs politiques de langue française (Rousseau entre autres) selon lesquels un « État fédératif » serait « inadmissible, contraire à toutes les notions reçues quant à la souveraineté »¹⁰⁹. L'historien qu'il est s'intéresse surtout aux précédents – le Saint-Empire romano-germanique et la féodalité – qui auraient aidé les *Founding Fathers* à bâtir une nouvelle théorie de l'État fédératif. Mais, au lieu d'examiner la question des institutions fédérales, telle qu'elle est posée dans la constitution de Philadelphie, Esmein passe tout de suite à l'examen du Président de la République et à l'organisation judiciaire.

Si l'on a fait ce détour par cette préface écrite par le fondateur du droit constitutionnel moderne, c'est parce qu'elle montre comment les États-Unis, modèle pourtant du fédéralisme, sont perçus par la doctrine constitutionnaliste. Ils intéressent le juriste d'abord et avant tout parce qu'ils forment une grande République, et non pas parce qu'ils formeraient une Fédération¹¹⁰. De ce point de vue, la citation qu'Esmein fait, à la fin de sa préface, d'Edouard Laboulaye est éclairante en ce qu'elle indique une filiation assez nette. Ce dernier a consacré trois beaux volumes à l'Histoire des États-Unis, sans pourtant

¹⁰⁶ Avec des directeurs de thèse différents ; ainsi, Chavegrin dirige la thèse, solide, d'un avocat américain, Lindel Bates, *Les traités et la législation fédérale aux États-Unis*, Paris, th. droit, 1916.

¹⁰⁷ Jacques Lambert, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine*, vol. 1 *La naissance du fédéralisme* (Sirey, 1931), vol. 2 : *Les conflits entre sections*, Paris, Sirey, 1934.

¹⁰⁸ La première est de Charles Lempérière, *Le pouvoir exécutif en Suisse*, th. droit Caen, publiée, Paris Jouve, 1911, 560 p. Elle est dirigée par Le Fur, mais l'idée du sujet aurait été suggérée à l'auteur par Nézard (Avant-Propos, p. 15). La seconde est de Alexandre Souriac, *L'évolution de la juridiction fédérale en Suisse. Contribution à l'étude des institutions fédérales*, thèse droit, Toulouse, 1909, 467 p.

¹⁰⁹ *Op. cit.* p. XIII.

¹¹⁰ La meilleure preuve est que les manuels de droit français présentent surtout le régime américain comme un régime présidentiel, et ne s'appesantissent pas sur la véritable difficulté qui est la conciliation entre fédéralisme et régime présidentiel....

jamais envisager la question fédérale¹¹¹ car son principal but était de comparer le président Washington et Louis-Napoléon Bonaparte pour montrer à quel point la République présidentielle américaine avait su rester libérale, et résister au vertige du césarisme. On comprend alors que, pour tous les libéraux français, la question de la République présidentielle passait bien avant celle de la République fédérale. Autrement dit, la question de la forme de gouvernement a éclipsé la question de la forme d'État. C'est cette lignée que poursuit Esmein dans sa préface au *Fédéraliste*.

Les choses changent un peu après la première guerre mondiale car depuis cette époque, trois circonstances historiques donneront l'occasion à la doctrine française d'évoquer la question du fédéralisme : la création de la Société des Nations, le processus de décolonisation qui aboutit à la fin de l'Empire français après 1946, et enfin et surtout, la création de l'Europe institutionnelle après la seconde guerre mondiale. Mais seule cette dernière expérience aura des répercussions importantes sur la production doctrinale.

A) Un fédéralisme de lege ferenda : de la Société des Nations à la décolonisation

La *Société des Nations* (désormais SDN) apparaît comme la première forme d'organisation internationale qu'une partie de la doctrine française a proposé d'interpréter comme une organisation fédérative. Pour ce faire, elle considère la SDN sous un angle principalement européen, prenant en compte la modification de l'institution qui, après avoir été pensée comme universelle, s'était rétrécie comme une peau de chagrin. C'est en tout cas sous cet angle que Georges Scelle et Boris Mirkine Guetzévitch l'étudient dans leur Préface au « Mémoire Briand sur l'organisation d'un régime d'union fédérale européenne » (du 1^{er} juin 1930). La SDN est interprétée comme le signe d'un effort de l'organisation de la société internationale, du passage « des sociétés internationales de fait » en « sociétés internationales de droit »¹¹², et son Pacte, selon ces auteurs, « est déjà plus qu'un traité : un embryon de système fédératif universel »¹¹³. Après avoir constaté son évolution progressive vers un système très largement européen, dominé par les États européens, les auteurs dressent le constat d'une « tendance générale à l'organisation fédérative, spécialement sur le continent européen »¹¹⁴. Ils

¹¹¹ *L'histoire des États-Unis*, Paris, Charpentier, 3 volumes, (1866).

¹¹² « Préface » à *L'Union européenne* (Documents de politique européenne, Paris, Delagrave, 1931, p. 5.

¹¹³ *Ibid.*, p. 6.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 7.

partagent l'idée d'une « évolution inéluctable vers la fédération européenne »¹¹⁵.

Il n'est donc pas surprenant que, l'année suivante (1932), le *Précis du droit des gens* de Georges Scelle contienne une très longue section intitulée « la Société des Nations comme organisation fédérale »¹¹⁶. L'éminent juriste souligne la parenté d'esprit de cette organisation internationale avec l'esprit fédéral : « .. la nouvelle institution avait, dans ses origines, ceci de commun avec tout autre système fédéral, qu'elle constituait une association de lutte contre un péril extérieur : l'éventualité d'une nouvelle guerre causée par les méthodes viciées de la diplomatie et les insuffisances du contrôle démocratique. Pour une première fois, une majorité de gouvernements se fédéralisait contre ceux qui s'obstineraient dans ses errements traditionnels »¹¹⁷. Ces développements, apparemment neutres, illustrent l'idée déjà évoquée (§1, B) que le fédéralisme est une technique juridique destinée à réaliser le pacifisme. Mais la part de réalisme que Scelle conserve l'amène à nuancer sa position et lui fait reconnaître que si la SDN « se présente comme un système fédératif le plus vaste », celui-ci est aussi « le moins intégré »¹¹⁸.

On retrouve chez un élève de Georges Scelle cette idée de vouloir interpréter la Société des Nations comme la première esquisse d'une véritable fédération européenne. Dans sa thèse, cet auteur n'hésite pas à affirmer que « en tant que membre de la Société, la plupart des États européens se trouvaient faire partie d'une union confédérale »¹¹⁹, oubliant par là même qu'une union fédérale ne doit pas borner à rassembler une majorité, mais tous ses membres si le concept de fédération doit garder son unité. Ici, comme ailleurs, cette invocation du fédéralisme relève davantage d'une analyse subjective que d'une analyse véritablement positive du droit. C'est pourquoi on a proposé de l'appeler un fédéralisme *de lege ferenda*. Le même constat peut être dressé à propos du prétendu « fédéralisme colonial ».

¹¹⁵ « S'il est impossible, en effet, de savoir quand et comment ce fédéralisme se réalisera, il est aujourd'hui scientifiquement probable, sinon certain, qu'il se réalisera. Peu importent les avatars. Les techniciens du Droit public interne et international assistent ici à l'un des épisodes d'une lutte qui se poursuit, depuis que l'homme s'organise en sociétés politiques, entre deux tendances complémentaires. L'une est la tendance vers la liberté et l'autonomie individuelles, et collectives, qui engendrent le progrès. L'équilibre entre ces deux tendances a pour formule juridico-politique le fédéralisme, qui seul combine la hiérarchie des compétences et l'indépendance des groupes. La réalisation parfaite de cet équilibre est peut-être inaccessible ; mais l'humanité ne peut cesser de s'en rapprocher – c'est-à-dire de tendre au *fédéralisme universel* – sans aller vers la régression. » *Ibid.*, pp. 9-10

¹¹⁶ *Précis du droit des gens*, Section IV, pp. 246- 278.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 249.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 250.

¹¹⁹ Jean Didesheim, *Essai sur l'évolution fédérative des Communautés d'États. (Contribution à l'étude d'un Fédéralisme européen)*, Pars, Pédone, 1940, p. 9.

Le fédéralisme colonial – La question de l'empire français et des difficiles relations qui pouvaient exister entre la métropole et les colonies a conduit certains à se prononcer pour une évolution de type fédéral. Dès 1921, dans un ouvrage intitulé *Le Principe des nationalités et la guerre*, mais dont le sous-titre, *son application au système colonial* précisait l'objet réel du livre, Bernard Lavergne dénonçait déjà toutes les insuffisances d'un système qui ne laissait que le choix entre la sujétion (pour les colonisés) et la citoyenneté entière (pour les métropolitains) et plaidait pour une voie intermédiaire du « citoyen colonial et (du) fédéré français ». Les débuts de la décolonisation après la seconde guerre mondiale vont mettre au goût du jour cette expression de « fédéralisme colonial », dont certains ne manqueront pas de noter le caractère oxymorique¹²⁰ et d'autres d'y voir un abus de la notion¹²¹.

Dans son *Manuel de droit constitutionnel*, Georges Vedel relève, en fin sismographe des évolutions linguistiques, que les acceptions du fédéralisme se sont enrichies d'un nouveau sens : il « est un moyen d'associer des peuples dont le degré d'évolution est différent, et par suite, de résoudre le problème colonial (Commonwealth ou Empire français – cas de l'Union française). »¹²². Par opposition à la méthode dictatoriale, qui « a pour objet la domination de la métropole sur la colonie », le fédéralisme, à côté du système de l'assimilation, représente après la seconde guerre mondiale, l'un des deux types de la « méthode démocratique » de résolution du problème colonial¹²³. En d'autres termes, le fédéralisme est conçu comme une *technique juridique* adaptée à une fin nouvelle qui est la décolonisation¹²⁴. Le problème politique qui se pose est d'assouplir la forme trop inégalitaire de l'empire français, forme devenue inacceptable pour les colonies ; c'est le problème symétrique à celui rencontré par le Royaume Uni à propos de son « *imperial federalism* ».

¹²⁰ Par exemple, C.-A. Colliard, « Fédéralisme colonial et Union française », in *La technique et les principes du droit public*, tome II, 1950, p. 653 (il parle « d'une antinomie irréductible entre le sens de l'adjectif et celui du substantif »).

¹²¹ R. Guillen, « Y a-t-il abus de la notion de fédéralisme ? » in *Mélanges Gilbert Gidel*, Paris, Sirey, 1961, p. 283.

¹²² *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 109.

¹²³ M.H. Fabre, « L'Union française » in G. Berger et alii, *Le fédéralisme*, Paris, PUF, 1956, p. 329.

¹²⁴ « A l'extérieur de la République française, le fédéralisme nous paraît la seule technique qui soit capable de retenir dans l'influence française certaines colonies plus ou moins émancipées et inassimilables par le peuple métropolitain. » La méthode démocratique « tend à réaliser l'égalité entre la métropole et la colonie, mais cette tendance, elle aussi, peut s'exercer à l'intérieur d'un seul État groupant la métropole et la colonie (c'est le système de l'assimilation) ou bien elle peut s'exercer dans les rapports de l'État-métropole et de l'État colonie, États distincts, mais États associés. C'est alors qu'on peut parler de fédéralisme. » M.H. Fabre, *art. précité*, p. 344.

On sait que l'Union française prévue dans la constitution de 1946 succède à l'ancien Empire. Elle vise à constitutionnaliser une forme d'union spéciale entre les colonies et la métropole. La question de savoir si l'Union est une forme nouvelle de fédéralisme va accaparer l'attention de la doctrine publiciste. On peut même soutenir sans exagération que le thème « fédéralisme et Union française » devient un thème à la mode dans les premières années de la IV^{ème} République ; il ne cessera de l'être jusqu'à 1960, et la fin de ce que la Constitution de 1958 appelait « la Communauté » – le coup d'envoi de cette littérature étant lancé par des articles de Georges Scelle dans la *Revue politique et parlementaire*¹²⁵.

Ici encore, la référence au fédéralisme n'est pas politiquement neutre. En effet, la Constitution de la IV^e République avait conservé une dimension « impériale » dans la mesure où le pouvoir de décider revenait, en dernière instance, aux seuls organes de la République française. Les États associés n'avaient qu'une fonction consultative, donc une place subordonnée dans l'édifice institutionnel¹²⁶. L'autre particularité formelle tient à ce qu'on a commis « l'erreur » d'avoir fait « d'une Constitution fédérale un des éléments de la Constitution métropolitaine » alors que « une Constitution fédérale ne saurait faire partie de la Constitution d'une des collectivités fédérées, cette collectivité fût-elle la plus importante de tous (...) » de sorte que l'insertion de cette partie dans la constitution française lui donne « une apparence d'hypocrisie impérialiste que ne correspond pas à la mentalité de ses auteurs »¹²⁷. C'est contre cette inégalité que luttent ceux qui veulent faire prévaloir la solution fédérale au fur et à mesure que l'édifice de l'Empire français se lézarde. Le fédéralisme est compris comme un moyen de conciliation, de transition, capable de réaliser une sorte de « décentralisation » pacifique de l'Empire français, et correspondrait à ce qu'on appelle un « fédéralisme par désagrégation ».

Les partisans d'une solution fédérale sont donc insatisfaits du droit positif qui consacre une inégalité statutaire entre les colonies et la République française. Mais, d'un autre côté, ils rejettent la solution de l'assimilation, trop « centraliste » qui leur paraît irréaliste. Pour maintenir les colonies ou futures ex-colonies dans l'orbite de l'État français, il faut assouplir le cadre juridique et leur attribuer une plus grande autonomie constitutionnelle d'États-membres. Une telle réforme suppose que la République française devienne une République d'États, c'est-à-

¹²⁵ « Le fédéralisme et l'Union française » 1947, pp. 217 et s.

¹²⁶ En effet, l'article 65 de la Constitution française de 1946 attribue au gouvernement français, et non pas aux États associés « la conduite générale de l'Union ».

¹²⁷ G. Scelle, « Le fédéralisme et l'Union française » *Revue politique et parlementaire*, 1947, p. 219.

dire une République fédérale. Telle est la solution audacieuse défendue en 1946 par René Capitant¹²⁸ selon qui l'Union française doit se doter de structures fédérales¹²⁹ et les colonies être transformées en « républiques fédérées »¹³⁰.

Ainsi, dans cette acception très particulière, le fédéralisme apparaît comme une solution alternative par rapport à, d'un côté, l'impérialisme, jugé injuste et inégalitaire, et, d'un autre côté, l'assimilation, jugée irréaliste. L'empire français ne pourra continuer à exister que s'il change de nature, s'il devient une « *union française* », c'est-à-dire une union volontaire entre les colonies et la métropole. Mais ce « fédéralisme colonial » ne fut jamais appliqué, la métropole souhaitant conserver son contrôle sur les autonomies locales. Comme le note justement René de Lacharrière, avec cette mise en œuvre déformée, qui le rend inégalitaire, le fédéralisme perd évidemment « la possibilité de recueillir une adhésion sincère et durable des pays assujettis »¹³¹.

B) La construction européenne et le renouveau du fédéralisme

Dès la seconde édition de son *Traité de science politique*, Georges Burdeau note « le regain du fédéralisme dû à la nécessité de l'élargissement du cadre politique »¹³². Cet élargissement n'a d'autre cadre que celui de l'Europe. Ainsi, la question européenne fait advenir, pour la première fois en France, le fédéralisme comme un problème d'ordre pratique.

En effet, depuis le Congrès de la Haye, la création du Conseil de l'Europe, et la naissance de l'Europe communautaire, les publications relatives au fédéralisme se multiplient. Une nouvelle expression fait florès, celle de *fédéralisme européen* de sorte que la discussion du fédéralisme est réouverte sur d'autres bases et pour des perspectives internes. Ce lien de concomitance entre le regain du fédéralisme et la construction européenne sera ici attesté par quelques indices représentatifs, mais certainement incomplets¹³³.

Les deux auteurs qui illustrent ce lien par leurs écrits ne sont plus pour nous des inconnus car ce sont respectivement Georges Scelle et Michel Mouskhléy. Le premier publie, dès 1947, un article intitulé « Le Fédéralisme et

¹²⁸ *Pour une Constitution fédérale*, Strasbourg, 1946, réédité partiellement in *Écrits constitutionnels*, éd. CNRS, 1982, p. 304 et s.

¹²⁹ « Seul le fédéralisme peut nous permettre de résoudre le problème capital de l'Union française. » *Ibid.* p. 313.

¹³⁰ *Ibid.* p. 318

¹³¹ « L'évolution de la Communauté franco-africaine », *Annuaire français de droit international*, 1960, t. VI, p. 10-11.

¹³² *Traité de science politique*, vol 2., 3^e éd. p. 519, n° 311 bis.

¹³³ Pour avoir un bilan exhaustif, il aurait fallu dépouiller toutes les revues juridiques de droit public entre 1945 et 1960, mais nous ne livrons ici que des « aperçus ».

l'Europe occidentale »¹³⁴ dans lequel il s'enthousiasme de la vitalité actuelle du fédéralisme, et surtout propose un système fédéral pour l'Europe, au nom de « l'équilibre », afin de créer « un troisième centre de pouvoir susceptible de tenir la balance entre les deux antagonistes éventuels » (USA et URSS)¹³⁵. En 1952, il récidive en prononçant une très belle série de leçons à Nancy au Centre d'études européennes sur le thème suivant : « *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques* » où il confronte sa propre théorie du fédéralisme avec les conditions politico-sociales de l'Europe d'après-guerre¹³⁶. Quant à Michel Mouskhély, il ne reste pas non plus inactif. Il publie, dès 1949, une étude sur *L'Europe face au fédéralisme*¹³⁷, et en 1952, publie une conférence auprès de l'Union européenne des fédéralistes intitulée, « *Confédération ou fédération européenne ?* »¹³⁸

Il va de soi que la Déclaration Schuman (4 mai 1950) et la création de la Communauté du Charbon et de l'Acier ont dopé l'intérêt pour la question fédérale appliquée à l'Europe. En 1952, la revue de l'UNESCO consacre un numéro spécial au fédéralisme (« Le fédéralisme : problèmes et méthodes ») qui contient notamment un bel article de Raymond Aron¹³⁹. Il s'ouvre par un article de Jean Rivéro qui s'interroge notamment sur la possibilité pour l'Europe de se constituer en Fédération en raison de la grande hétérogénéité des États-membres qui le constituent. À la différence des Fédérations « historiques », l'Europe doit se créer à partir d'États-nations fortement différenciés en raison de leur ancienneté historique (France, Grande-Bretagne ou Espagne, etc.). Par conséquent, la question de l'homogénéité des membres de l'Union ne peut pas manquer de se poser, et elle s'est posée dès les origines, bien avant même le problème posé par l'éventuelle adhésion de la Turquie qui implique un débat de fond sur l'Europe (son identité et son altérité)¹⁴⁰.

¹³⁴ *Revue politique et parlementaire*, déc. 1947, pp. 209-217.

¹³⁵ *Ibid.* p. 215.

¹³⁶ V. notamment sa conférence de Nancy, *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Centre d'études universitaires européennes, Nancy, 1952.

¹³⁷ En collaboration avec Gaston Stéfani

¹³⁸ Sceaux, 1952, 44 p. (Bibl. Nat.)

¹³⁹ « Esquisse d'un plan d'étude du fédéralisme », *Bulletin international des Sciences sociales* (de l'UNESCO), Vol. IV, n°1 (printemps 1952), pp. 53 et s.

¹⁴⁰ Ici, Rivéro soupèse prudemment le problème de la relation inévitable entre homogénéité et hétérogénéité. D'un côté, écrit-il, la tâche « qui consiste à confédérer des nations anciennes, fortement intégrée et différenciées » est « extraordinairement difficile » ; c'est reconnaître, en d'autres termes, le problème impliqué par l'excessive hétérogénéité des composantes de l'Union économique. Mais d'un autre côté, le fédéralisme peut réussir lorsque les États-membres possèdent des éléments communs. Dans ce cas, note le même auteur, « entre les États européens, les éléments communs ont une force indiscutable : associés par leur histoire et par leur culture, formés aux mêmes disciplines intellectuelles, puisant dans un même christianisme leur civilisation morale, ils possèdent un ensemble de valeurs communes qui ne rendent pas inconcevable, *a priori*, quelles que soient par ailleurs leurs différences, l'institution entre eux d'un lien fédéral. » J. Rivéro, « Introduction à l'étude de l'évolution des sociétés fédérales » *Bulletin international des sciences sociales*, 1952, Vol. IV, n° 1, p. 22-23.

A la même époque, Paul Reuter, dans ses divers commentaires de la C.E.C.A. ne cesse de comparer cette institution naissante avec le fédéralisme¹⁴¹. La querelle sur la Communauté européenne de défense (C.E.D.), qui pose le problème politique d'une éventuelle fédération européenne, renforce cette discussion dont les revues juridiques se font inévitablement l'écho. La *Revue du droit public* propose désormais, une « chronique constitutionnelle européenne » dans laquelle, par exemple, Guy Héraud consacre deux articles, en 1952 et 1953, à la (C.E.D.). En 1953, il étudie sa « nature juridique » en scrutant le projet de statut du 10 mars 1953¹⁴². Il recherche en particulier si elle constitue ou non un État fédéral, et il est amené à répondre négativement à cette question, optant pour l'idée d'un « fédéralisme fonctionnel » et non politique.

Enfin, cette vague d'écrits sur le fédéralisme déclenchée par les débuts de l'aventure européenne culmine avec deux ouvrages marquants et une innovation éditoriale. Le premier des ouvrages est celui, déjà mentionné, de Charles Durand, *Confédération d'États et État fédéral. Réalisations acquises et perspectives nouvelles* (1955), qui est conçu comme un ouvrage de vulgarisation, destiné donc aux non-juristes, pour qu'ils comprennent mieux le débat sur l'Europe qui vient de naître. Dans l'avant-propos, l'auteur précise l'objet de son travail ; ce n'est ni une synthèse sur les controverses doctrinales sur le fédéralisme, ni un ouvrage qui présenterait les tentatives de « créer une fédération nouvelle dans l'Europe occidentale et centrale ». Ce livre vise seulement à rassembler « des éléments pouvant aider plusieurs lecteurs à mieux saisir quelques aspects de ces projets et à les apprécier selon leurs tendances politiques individuelles »¹⁴³. Cet exposé de pur droit positif doit permettre au citoyen se faire une opinion sur la construction européenne en la rapportant à la question fédérale. En dégagant clairement les deux figures possibles de la forme fédérative, la Confédération ou l'État fédéral, l'auteur veut montrer aux non-spécialistes quelles sont les deux options qui s'ouvrent à ceux qui veulent faire de l'Europe une entité politique.

Le second ouvrage, tout aussi important, est l'ouvrage collectif intitulé sobrement *Le fédéralisme*. Il est tiré d'une série de conférences organisées à la faculté de droit de Nice¹⁴⁴, en 1954, au moment de la querelle sur la C.E.D. La fine fleur de la doctrine publiciste française y est venue traiter de ce

¹⁴¹ On se permet ici de renvoyer à notre étude : « L'Europe vue sous l'angle de la Fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter » *Droits* n° 44, à paraître.

¹⁴² *RDP*, juillet-sept. 1953, pp. 591 et s.. ».

¹⁴³ Avant-Propos, p. 7.

¹⁴⁴ G. Berger et alii, *Le fédéralisme*, PUF, 1956, pp. 361 et s.

sujet¹⁴⁵. La question de l'application du fédéralisme au cas européen est un thème récurrent ; la conférence de Robert Pelloux porte même explicitement sur le « fédéralisme européen », tandis que Paul Reuter considère que le traité sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier « offre un exemple concret de fédéralisme »¹⁴⁶, celui-ci étant, à la différence de la coopération, une forme renforcée d'union internationale¹⁴⁷.

Enfin, le dernier fait marquant est la naissance d'une « Bibliothèque des textes et études fédéralistes » au sein de la Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Le premier volume publié est une réédition d'un texte majeur : les *Federalist Papers*. Sa publication est précédée d'un « Avertissement » du représentant de l'Union européenne des Fédéralistes qui patronne cette nouvelle collection. Il y annonce clairement le but de cette collection : « apporter une contribution utile à la solution politico-juridique des problèmes que posent aussi bien l'intégration de l'Europe que le développement harmonieux des pays sous-développés »¹⁴⁸. Cette collection comprendra un ouvrage de Pierre Duclos¹⁴⁹ sur *La réforme du Conseil de l'Europe* (1958) et la traduction française des *Studies on Federalism* (1954) de Bowie et Friedrich¹⁵⁰ qui résulte d'une initiative du Mouvement Européen dirigé par Charles Henri Spaak. Cette collection sera éphémère. Tout semble indiquer que, loin de doper l'intérêt pour le fédéralisme, la fondation de la Communauté économique européenne par le traité sur le Marché Commun (1957) l'a douché. Il faudra attendre le Traité de Maastricht (1992) pour que la question d'un éventuel fédéralisme européen retrouve, en France, son actualité¹⁵¹. Il serait d'ailleurs

¹⁴⁵ René Capitant Jean-Jacques Chevallier, Claude-Albert Colliard, Charles Durand, Maurice Duverger, André Pelloux., André Mathiot, Paul Reuter, Georges Vedel, etc...

¹⁴⁶ P. Reuter, « La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier », in G. Berger et alii, *Le fédéralisme*, PUF, 1956, p. 347.

¹⁴⁷ « On est en présence du fédéralisme lorsqu'il existe un État, la fédération, qui unifie sans les absorber complètement, d'autres États, qui sont les provinces ou les États locaux. C'est dire qu'au cœur du fédéralisme réside une contradiction, puisqu'il faut que la qualité d'État appartienne à la fois à la société composée et aux unités membres. (...) Appelons par opposition au fédéralisme, "coopération", cet effort des États pour aboutir à une conduite unifiée sans renoncer à la règle de l'unanimité. Toutes les organisations internationales restent en fait fondées sur la règle de l'unanimité ; il y a donc une contradiction entre le fédéralisme et la coopération. » *Ibid.* p. 347-348.

¹⁴⁸ J.-C. Demachy, « Avertissement », p. 5.

¹⁴⁹ Après avoir soutenu une thèse en droit, il s'est surtout intéressé à la science politique, enseignant à l'IEP de Paris. Il appartient au groupe des fervents partisans de la fédération européenne, et il multiplie les écrits relatifs à cette question. On a recueilli ses articles dans *L'être fédéraliste*, LGDJ, 1955 – et des articles, dont l'un – « L'idée fédérale et ses chances », *Daloz*, Chronique XVI, 1947, pp. 61-64 – est très intéressant.

¹⁵⁰ R. Bowie, C. Friedrich, *Études sur le fédéralisme*, LGDJ, 1960, en 2 vol., publiées sous le patronage du Mouvement Fédéraliste Européen

¹⁵¹ Entre-temps trois thèses importantes sont soutenues et publiées sur le fédéralisme : celles de Jean Anastopoulous –, sur les aspects financiers du fédéralisme Strasbourg, 1977, Constance Grewe, sur le fédéralisme coopératif en Allemagne (, Dijon) et Claude-Marie Douin sur le fédéralisme autrichien (Lille)

intéressant de réfléchir à cette « pause », mais il est possible que la naissance d'une nouvelle discipline, le droit communautaire, avec sa nature hybride, entre droit international et droit administratif, ait gommé le fédéralisme, ce problème véritablement constitutionnel. C'est une hypothèse, mais qui appelle confirmation ou réfutation.

III. En forme de conclusion : une évaluation critique de la doctrine

Il est diverses manières d'évaluer la doctrine française sur le fédéralisme. Il y a par exemple, la manière un peu manichéenne et épique de Michel Mouskhélély qui oppose l'œuvre de Georges Scelle à celle de la doctrine antérieure, comme l'on opposerait la lumière aux ténèbres. À l'en croire, la doctrine sur le fédéralisme des fondateurs aurait le tort d'être « un produit de fabrication allemande » de sorte que toutes les « qualités naturelles » propres au principe fédératif de Proudhon auraient disparu : « ses puissantes virtualités seront étouffées, son dynamisme sera entravé, son respect des réalités diminué » et seule l'œuvre de « l'école objectiviste et sociologique » (Duguit et Scelle) aurait ramené le fédéralisme à sa « source originelle »¹⁵².

Mais cette opposition entre une bonne doctrine (franco-proudhonienne) et une mauvaise doctrine (franco-germanique) évacue, à mon avis, le point central : *cette doctrine, quelle que soit l'époque où elle écrit, n'arrive pas complètement à saisir son objet d'étude*. Elle réunit trois points communs qui convergent dans une même direction et produisent le même résultat.

D'abord, elle a oscillé entre deux pôles qui sont autant d'écueils : d'une part, une *théorie sans pratique* qui est le propre – *grosso modo* – de la doctrine classique et, d'autre part, une *pratique sans théorie*, qui est le propre des « successeurs » et des « continueurs ». Dans le premier cas, de ce que l'on pourrait appeler une « hyper-théorie », elle succombe à l'attrait de la *Begriffsjurisprudenz*, et à une sorte de tropisme allemand comme le disait Mouskhélély. En effet, on peut rappeler l'opinion critique de Georges Burdeau sur la doctrine allemande et autrichienne relative au fédéralisme, « plus exactement à la théorie de l'État fédéral » : « *le fédéralisme a moins été étudié en tant qu'institution réelle qu'à titre de vérification de telle ou telle théorie générale*. Le profane chercherait en vain dans les traités de droit constitutionnel des enseignements

¹⁵² Michel Mouskélély, « La théorie du fédéralisme » in *La technique et les principes du droit public. Études offertes en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, 1950, tome I, p. 401.

objectifs sur les États fédéraux ; il y trouverait, au contraire, l'exposé des conceptions de Seidel, de Laband ou de Jellinek, assorties des réfutations correspondantes elles-mêmes suivies de contre-réfutations. De ces controverses obstinées, il semble parfois que la réalité fédérale soit exclue¹⁵³. Et il ajoute : « *la doctrine française a mieux résisté à ce vertige* », faisant successivement l'éloge de Le Fur et de Carré de Malberg¹⁵⁴.

En réalité, la doctrine allemande n'est pas aussi « théorique » que le prétend Burdeau, et la doctrine française a moins résisté à ce vertige qu'il ne le croit¹⁵⁵. Cette doctrine allemande n'est autre que celle « reçue » par la doctrine française et ne reflète pas cette littérature dans son ensemble. En outre, chez Laband et Jellinek, il n'y a pas eu que des développements théoriques sur le fédéralisme, et de nombreux auteurs allemands ont eu une vision différente, plus pragmatique, du fédéralisme.

D'une certaine manière aussi, la réception française a durci, voire exagéré, le caractère théorique de certains auteurs ou de certains écrits allemands. C'est le cas, on l'a vu, de Le Fur et de Carré de Malberg, mais c'est aussi celui de Mouskhély dont la thèse est typique – comme on l'a vu – de cette variante hyper-théorique de la doctrine publiciste. Voulant reprendre le problème à la racine, il entame sa thèse par cent pages consacrées à des prolégomènes relatifs à l'État, à la souveraineté, et au dilemme entre le monisme et le dualisme¹⁵⁶ et c'est seulement à partir de la page 109 qu'on passe à l'étude de l'État fédéral. Pour l'auteur, « les deux problèmes les plus controversés de la théorie juri-

¹⁵³ *Traité de science politique*, tome II, 1^{re} éd. (1949) n° 295, p. 411.

¹⁵⁴ « L'ouvrage fondamental de Le Fur demeure valable à raison de son analyse juridique lucide ; les pages où Carré de Malberg établit la différence entre l'État-membre d'un État fédéral et la collectivité décentralisée d'un État unitaire constituent un modèle inégalé de fermeté de pensée, servie par la précision du style » (*Traité*, 1^{re} éd. n° 295, p. 412). Mais dès cette première édition, il reprochait à Le Fur de s'être « saisi d'une réalité que déformait déjà l'empreinte de la pensée allemande » (*ibid*) et au positivisme d'un Carré de Malberg ou d'un Charles Durand de les avoir empêché « d'aller au-delà de l'analyse des mécanismes juridiques » (*ibid*).

¹⁵⁵ Il a lui-même évolué dans son jugement, et dans un sens plus critique. En effet, dans la troisième édition de son manuel, on constate qu'il remplace la phrase sur le vertige évité par une formule très neutre : « C'est également de ce point de vue strictement juridique que, jusqu'à la dernière guerre, les auteurs français ont étudié le fédéralisme » ; par ailleurs, l'analyse de Carré de Malberg n'est plus un « modèle inégalé », mais un « modèle » tout court, tandis que l'analyse de Le Fur n'est plus « lucide », mais seulement « minutieuse » (3^e éd. p. 518).

¹⁵⁶ « Ces « bases fondamentales » (...) nous sont fournies par les termes mêmes d'*union d'États*, d'*État fédéral*. Dans tous les cas, il s'agit évidemment de la réunion de plusieurs États unis entre eux par des liens juridiques. La première question à résoudre concerne, en conséquence, l'État fédéral : Il faut déterminer son caractère juridique et sa structure intérieure ; mais cette question est, ou plutôt, a été jusqu'aux temps tout récents, indissolublement liée au problème de la souveraineté, qui était considérée comme la caractéristique essentielle de toute collectivité étatique ; et, enfin, ces deux questions supposent résolu le problème fondamental du rapport du droit interne avec le droit international, autrement dit le problème de la primauté du droit international. », M. Mouskhély, *La théorie juridique de l'État fédéral*, Paris, Pédone, 1945, p. 8.

dique de l'État fédéral » sont « celui de la genèse et celui de la nature juridique de l'État fédéral »¹⁵⁷. On comprend alors que ce qui passe ainsi à la trappe, c'est l'étude des institutions fédératives, de ce qui est proprement fédéral. À la seule et notable exception de la répartition des compétences, aucun des problèmes propres au fédéralisme n'est étudié. Dans cette variante-là de la doctrine, l'étude de l'État absorbe littéralement celle du fédéralisme.

Dans le second cas, celui de *l'hypo-théorie* (pratique sans théorie), on tombe dans un empirisme radical qui se borne à décrire les institutions fédérales, en particulier étrangères, et qui refuse toute discussion sur les concepts, rejetée comme étant métaphysique. On a vu que cette tendance se dessinait déjà chez Georges Scelle, mais son sociologisme conservait à sa pensée une base théorique. Le basculement vers une attitude radicalement a-théorique qui marque le passage de la première génération vers la seconde, transparait dans les écrits de Charles Durand. Dans un premier temps, comme on l'a remarqué, son livre sur *Les États fédéraux*, est « une construction originale que n'alourdit pas l'exposé suivi de réfutations des théories déjà proposées »¹⁵⁸. En effet, le *droit constitutionnel positif* des États fédéraux est étudié à partir d'une réflexion sur la nature des collectivités publiques, qui met au premier plan les notions d'organe et de compétence¹⁵⁹, et déploie un raisonnement d'administrativiste. Mais, plus tard, dans son second ouvrage, son empirisme positiviste est revendiqué à la fois contre la tendance à l'idéalisme politique des « fédéralistes » européens¹⁶⁰ et contre la tendance « théoricienne » de la génération des fondateurs. Dans des termes que n'aurait pas désavoué un Barthélémy, il observe : « Nous laissons de côté toute métaphysique, nous écartons toute dissertation sur des notions abstraites, fût-ce sur celle de souveraineté, fût-ce sur le critérium de l'État, pour ne retenir que des éléments réels du droit positif, savoir des obligations, des pouvoirs, des moyens de sanction, sans négliger d'ailleurs – car ils sont pratiquement inséparables de l'élaboration et de l'application du droit – des facteurs politiques *lato sensu* d'intérêts ou de sentiments. »¹⁶¹ Cette citation pourrait être le manifeste de cette nouvelle génération qui veut d'abord connaître des faits, et bâtir une sorte de fédéralisme scientifique. On en trouve une trace assez visible dans le Manuel de Roger

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 109.

¹⁵⁸ Georges Burdeau, *op. cit.* p. 412.

¹⁵⁹ L'auteur étudie l'autonomie des collectivités publiques et tente d'en rendre compte à travers l'idée d'un « organe propre » de la collectivité publique quand celle-ci est insérée dans une collectivité publique plus importante.

¹⁶⁰ Il veut concentrer son étude sur la « technique juridique » du fédéralisme, tout en rappelant que la technique « doit (...) agir en étroite liaison avec l'art politique », *Confédération d'États et l'État fédéral. Réalisation acquises et perspectives d'avenir*, Paris, M. Rivière, 1955, p. 13.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 19.

Pinto, dont on a vu qu'il était, en droit constitutionnel, le manuel de sa génération le mieux informé sur le fédéralisme. On y découvre un net décalage entre le manifeste sociologique des premières pages¹⁶² et la suite des propos sur les formes d'État où l'on voit réapparaître un empirisme de bon aloi, dans lequel la description des institutions fédérales occupe une place déterminante, sans rapport intrinsèque avec la théorie sociologique du droit qui était censée informer le manuel.

Quelle est la conséquence de ce double constat ? La littérature publiciste manque, dans un premier temps, d'études empiriques qui auraient vivifié et concrétisé les réflexions théoriques sur le fédéralisme. Apparaissent, dans un second temps, des études empiriques de droit positif, mais sans théories qui auraient permis de les systématiser. Il manque « un plan médian »¹⁶³ qui aurait fait cette jonction entre les deux. Ce qui permet également d'attester le divorce entre théorie et pratique, c'est le clivage qui s'est progressivement instauré entre la littérature classique d'ordre pédagogique (manuel, traités) et la littérature plus scientifique que sont les thèses. Celles-ci, le plus souvent des travaux approfondis et précis sur le phénomène fédéral, tel qu'il existe à l'étranger, n'ont pas toujours été suffisamment prises en compte par la littérature pédagogique qui s'est contentée trop souvent d'une vulgate sur les lois du fédéralisme. Il est frappant de voir, par exemple, le faible écho obtenu par des thèses de qualité sur des sujets importants du fédéralisme, tels que le rapport entre les traités et le droit national¹⁶⁴, la question de la nationalité¹⁶⁵, le pouvoir exécutif en Suisse¹⁶⁶, ou encore les aspects financiers du fédéralisme¹⁶⁷.

En outre le second point commun à cette littérature juridique sur le fédéralisme – de quelque génération qu'elle émane, et qu'elle soit « hyper-théorique » ou « hypo-théorique » – c'est son caractère terriblement désincarné. On veut dire par là *qu'elle est totalement coupée des faits politiques et de la réalité constitutionnelle*. Deux exemples suffiront à l'attester. Le fédéralisme alle-

¹⁶² Consacrées au rapport entre « nature et société », et à « société et droit », *Éléments de droit constitutionnel* (2^e éd.), pp. 8 et s.

¹⁶³ Guy Héraud, *Les principes du fédéralisme*, p. 6.

¹⁶⁴ André Momméja, *De l'influence de la forme fédérale dans les relations de droit international*, th. droit Bordeaux, 1910.

¹⁶⁵ Thèse de René Brunet, *La nationalité dans l'Empire allemand*, Paris, 1912.

¹⁶⁶ Thèse précitée de Charles Lemperière, Caen.

¹⁶⁷ Bien avant la thèse de Jean Anastopoulos, il y avait eu la thèse de Henry Delpech sur *Le problème des rapports financiers entre l'Empire, les Pays et les communes (Der Finanzgleich)*, thèse Strasbourg, 1933 –, qui est une thèse fort instructive sur « la répartition, (...) la dualité et (...) le balancement des charges financières (...) devenu un postulat de la science fédérale moderne », p. 8. On y trouve une description très détaillée de la technique de la compensation financière entre les États-membres d'une Fédération qui est un problème récurrent des États fédéraux modernes qui essaient de conserver une égalité entre les États-membres.

mand de 1870 à 1933 (de Bismarck à Weimar) est évoqué dans les écrits majeurs de la doctrine dominante, sans jamais que soit mentionnée la question capitale que les constituants allemands ont eu à affronter : le problème de l'hégémonie de la Prusse qui a posé dans la pratique une série de difficultés redoutables. La comparaison entre la *Contribution à la théorie générale de l'État* de Carré de Malberg et ce qu'écrit, à la même époque, Max Weber est à cet égard instructive. On s'aperçoit à quel point l'étude juridique du premier, focalisée sur le critère de la révision de la constitution fédérale, méconnaît les problèmes les plus importants du fédéralisme allemand de l'époque justement relevés par Weber et en particulier la question de l'hégémonie prussienne – qui découle plus de la pratique constitutionnelle que du texte – et sa conséquence sur la difficile conciliation entre le fédéralisme et la parlementarisation du régime¹⁶⁸. Le second exemple est tout aussi instructif : c'est l'absence totale de prise en compte du rôle des partis politiques dans l'étude du fédéralisme. Pourtant, la grande question de savoir comment sont organisés, au niveau fédéral, les partis, est une question décisive si l'on veut déterminer si le fédéralisme pourra résister à la centralisation du pouvoir.

Enfin, le troisième trait, qui est commun à l'ensemble de cette littérature publiciste, c'est que *le fédéralisme n'est pas étudié en lui-même et pour lui-même*. Il a, par exemple, souvent été étudié et présenté comme un concept ou un cas permettant de réfuter la doctrine de la souveraineté. Telle est la ligne que l'on peut tirer de Duguit à Guy Héraud en passant par Georges Scelle. On l'a déjà vu à propos de ce dernier, mais l'origine de cette utilisation du fédéralisme remonte en réalité à Léon Duguit. Ce dernier interprète surtout le phénomène fédéral comme un cas ennuyeux pour la théorie de la souveraineté dans la mesure où il y aurait « sur le même territoire deux souverainetés »¹⁶⁹. Il en déduit l'inanité d'une notion (la souveraineté) sur laquelle il serait impossible d'« édifier une théorie juridique satisfaisante de l'État fédéral. On voit par là ce que vaut une conception juridique qui est en contradiction flagrante avec un des faits politiques les plus saillants du monde moderne. »¹⁷⁰ Mais, le fédéralisme est ici étudié uniquement dans la perspective de dénoncer la théorie de la souveraineté ; *il est instrumentalisé*. Ce que Duguit retient de la doctrine allemande sur le *Bundesstaat* (l'État fédéral) et les unions d'États, c'est l'impossibilité de subsumer l'État fédéral sous la souveraineté. Chez lui, comme chez ses successeurs, le fédéralisme devient principalement un *anti-étatisme*.

¹⁶⁸ « Parlement et gouvernement dans l'Allemagne réorganisée », in *Œuvres politiques (1895-1919)*, (trad. fr. E. Kaufmann), Paris, A. Colin, 2003, pp. 416 et s.

¹⁶⁹ *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., tome II, p. 150.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 150).

Dans un sens inverse, le fédéralisme n'est utilisé qu'à titre de comparaison avec la décentralisation. C'est l'angle d'étude le plus fréquent de la littérature sur le fédéralisme en France, État unitaire où la discussion roule le plus souvent autour de la question : centralisation ou décentralisation ? Quelquefois même, on a l'impression que le fédéralisme sert surtout de faire-valoir à la décentralisation ; il est le point de référence grâce auquel, par comparaison, on peut mieux comprendre la décentralisation. Mais le plus important tient au fait qu'on décrit le fédéralisme comme une forme de décentralisation. Ceci remonte à Tocqueville qui décrit ce phénomène comme étant un phénomène de décentralisation politique, alors que la France, État unitaire, ne connaît que la forme de la décentralisation administrative. On a vu que cette forme de pensée se retrouve dans les écrits de Maurice Hauriou. Pendant un temps, la réception des théories de Kelsen va modifier la donne puisque le fédéralisme sera perçu comme une forme de décentralisation, ce terme étant employé dans un sens très large, et non plus dans un sens technique de droit administratif¹⁷¹. Roger Pinto me semble avoir bien perçu le problème lorsqu'il note : « La décentralisation implique un aménagement et une répartition des compétences à partir d'un centre commun, d'une collectivité centrale. La décentralisation ne se conçoit pas entre États indépendants puisque leur caractéristique est précisément d'être a-centralisés dans leurs rapports réciproques. Elle ne peut se développer que dans un cadre étatique. Dans un sens très général, la décentralisation englobe le fédéralisme intra-étatique. Dans un sens plus restreint, presque technique en droit administratif français, l'expression ne s'applique qu'aux formes inférieures du fédéralisme. »¹⁷².

En réalité, dans cette opposition française entre fédéralisme et décentralisation, il se joue une question qui dépasse le simple fait d'opposer l'État fédéral et l'État unitaire (dit décentralisé). On y découvre la grande difficulté qu'a le juriste français de percevoir le fédéralisme comme un ordre politique qui n'obéit pas à la logique de la centralisation et du centralisme. Cette difficulté est particulièrement frappante chez Carré de Malberg qui, par son jeu des critères de distinction, réduit la question du fédéralisme à celle de la définition de l'État fédéral, puis celle-ci à celle de la distinction entre l'État fédéral et État unitaire, qui, à son tour, se réduit à la différence entre une collectivité fédérée et une commune d'un État décentralisé, de sorte qu'au bout du compte, la question du fédéralisme aboutit à se demander ce qu'est une collectivité locale décentralisée. Le fédéralisme est ici perçu uniquement sous l'angle de la décentralisation administrative.

¹⁷¹ V. supra, §1 C sur Charles Eisenman.

¹⁷² *Éléments de droit constitutionnel*, p. 193.

On en revient ici notre propos liminaire : de même que la pensée politique française n'a pas pu penser ce concept de fédéralisme, de même la pensée juridique française a une difficulté considérable pour le saisir et pour penser la spécificité de ce concept et des institutions fédératives. Autrement dit, c'est l'inexistence ou presque d'expériences fédérales dans notre pays qui rend difficilement compréhensible une institution si contraire à notre « génie national » imprégné par l'État. Ce qui était valable pour la pensée politique l'est *a fortiori* pour la pensée juridique.