



HAL
open science

Le juge constitutionnel : acteur essentiel de la répartition verticale des compétences

Jérémy Salles

► **To cite this version:**

Jérémy Salles. Le juge constitutionnel : acteur essentiel de la répartition verticale des compétences. 2008. halshs-00290086

HAL Id: halshs-00290086

<https://shs.hal.science/halshs-00290086>

Preprint submitted on 24 Jun 2008

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

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

GREQAM

**Groupement de Recherche en Economie
Quantitative d'Aix-Marseille - UMR-CNRS 6579
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales
Universités d'Aix-Marseille II et III**

**Document de Travail
n°2008-29**

**Le juge constitutionnel :
acteur essentiel
de la répartition verticale des compétences.**

SALLES Jérémy.

Juin 2008

Le juge constitutionnel : acteur essentiel de la répartition verticale des compétences.

Salles jérémy
Doctorant GREQAM, Université Paul Cézanne
Région PACA

Résumé :

La question centrale des Etats de droit est celle du contrôle du pouvoir. Les philosophes politiques ont cerné très tôt le risque lié au fait qu'un seul organe puisse avoir les trois pouvoirs. Il paraît donc nécessaire de privilégier la séparation horizontale des pouvoirs.

Les Etats fédéraux se caractérisent aussi par un système de séparation verticale des pouvoirs. Ainsi, l'Etat fédéral aura toujours tendance à privilégier des normes nationales pour asseoir sa légitimité alors que les Etats fédérés voudront démontrer leur efficacité dans la gestion locale de telle ou telle compétence. Le système fédéral induit une lutte verticale des pouvoirs. Cette lutte est aussi la garantie d'un contrôle réciproque entre ces deux sphères étatiques.

Au sein de cette répartition verticale, le juge constitutionnel joue un rôle fondamental. En théorie celui-ci doit être l'arbitre de ce conflit. Mais ses positions jurisprudentielles marquent une croissance des compétences de l'Etat fédéral. Ainsi la compétence de principe lui appartient aujourd'hui, contrairement aux théories classiques du fédéralisme, dans lesquelles cet organe ne doit disposer que de compétences d'attribution.

Pour envisager cette situation institutionnelle, nous utilisons le modèle d'agence. Le juge constitutionnel, en tant qu'agent du Constituant ou agent primaire lointain des citoyens, brise l'équilibre constitutionnel démocratique. Le constituant peut lutter contre cela en délimitant précisément le cadre juridique de cette répartition. Il dispose d'un choix juridique entre une répartition par liste de compétences ou l'utilisation d'un principe général organisationnel. Pour lutter contre cette tendance centralisatrice, il nous faut en étudier les causes et distinguer les différents modèles constitutionnels. Ainsi le constituant pourra agir en dynamisant le principe de subsidiarité mais aussi en prévoyant des procédures de contrôle juridique et politique du juge constitutionnel.

Code JEL : D 78 ; H11 ; K 40.

Mot clés : Fédéralisme, Juge constitutionnel, Principe de subsidiarité.

Plan détaillé :

I/ Les citoyens, le Constituant et le juge constitutionnel : un modèle de relation d'agence.

A/ La modélisation de la phase constitutionnelle.

- 1 La relation d'agence primaire
- 2 La relation d'agence secondaire

B/ Le rôle du constituant en matière de répartition verticale de compétences.

- Le choix de la répartition par liste
- Le choix d'un principe organisationnel

II/ Le juge constitutionnel : un juge centralisateur.

A/ Les jurisprudences marquantes en la matière.

- 1 L'exemple américain
- 2 L'exemple suisse
- 3 L'exemple européen

B/ La phase post-constitutionnelle et la prise de pouvoir du juge suprême.

- 1 Les différents modèles constitutionnels
- 2 Les causes et conséquences de la tendance centralisatrice du juge constitutionnel.

III/ Les réponses analytiques au problème du rôle du juge constitutionnel :

A/ La mise en place d'un principe de subsidiarité dynamique.

B/ Les contrôles juridiques et politiques de la répartition verticale des compétences.

La construction européenne est aujourd'hui une réalité économique, juridique et politique. Pourtant, la question de la place des Etats membres au sein de cette organisation reste entière. On assiste à une prise de pouvoirs grandissante de l'Union sur diverses compétences qui étaient jusqu'alors réservées aux Etats membres. Les hommes politiques nationaux affirment que cette ingérence de l'Union dans les affaires nationales est un scandale. Les juristes européens y verront plutôt l'avènement d'un ordre juridique nouveau. Du point de vue strictement économique, l'Union européenne a participé activement à la création d'un marché européen concurrentiel et efficace au niveau mondial.

La question de la construction européenne et plus spécifiquement de l'« activisme » normatif européen appelle une analyse pluridisciplinaire. L'analyse économique des Constitutions tente d'appréhender ces questions en appliquant à la norme suprême des raisonnements en terme d'efficacité économique. Le courant « Constitutional political economy » offre un cadre d'analyse pertinent en cette matière, s'appuyant sur la philosophie politique, le droit constitutionnel et l'analyse économique.

La Constitution a pour objet d'instituer les règles de droit fondamentales concernant la nature de l'Etat, le régime politique, la désignation des gouvernants et la définition de leurs compétences, les libertés et les droits garantis aux individus et aux groupes sociaux. L'analyse économique s'intéresse depuis plusieurs années à la question des règles et, tout particulièrement, à la question du droit constitutionnel. C'est d'ailleurs le cœur du programme de recherche de l'économie politique constitutionnelle lancée par Buchanan et Tullock (Buchanan et Tullock 1962) dans *The Calculus of Consent*. Buchanan définit la Constitution comme le « corpus de règles fondamentales qui encadrent notre société ». Le texte constitutionnel peut-être scindé en deux grandes parties, cette norme vise à la fois la définition et le respect des différentes libertés individuelles garanties aux citoyens et d'autre part elle encadre l'organisation du pouvoir. Notre étude s'insère pleinement dans cette seconde problématique constitutionnelle.

Plus particulièrement, nous nous intéresserons à la répartition de compétences entre les différents échelons publics centraux et locaux (la séparation verticale des pouvoirs). En illustration, nous analyserons cette forme de répartition au sein des fédérations. Seules les organisations étatiques fédérales se posent réellement la question de la répartition verticale de compétences¹. Dans un système fédéral, la présomption de pouvoir appartient en principe aux Etats fédérés alors que la compétence de l'Etat fédéral n'est que résiduelle. Toute constitution, adoptant ce type d'organisation, doit respecter ce principe de primauté des Etats fédéraux. Or par de nombreuses décisions, le juge constitutionnel a influencé cette répartition de compétences, en préférant étendre la compétence de principe à l'Etat fédéral.

Selon les théories modernes de l'analyse économique du droit (Posner 1987), la Constitution peut être appréhendée comme un document économique, comme un contrat passé par les citoyens.

La Constitution doit s'analyser en deux phases distinctes :

- la « phase constitutionnelle » durant laquelle le pouvoir constituant met en place l'organisation de l'Etat et la protection des droits fondamentaux (phase de rédaction du document),
- la « phase post-constitutionnelle » où la Constitution, outil juridique théorique, est confrontée à la réalité et surtout appliquée.

¹ Dans les Etats unitaires centralisés la question de la répartition verticale des compétences ne peut se poser que si l'Etat central accepte de céder aux entités publiques inférieures la « compétence de la compétence », le questionnement peut donc exister (voir la réforme constitutionnelle française du 28/03/2003) dans ce type d'organisation étatique mais le questionnement y sera moins systématique. Evidemment, notre recherche peut donc s'appliquer aussi aux Etats unitaires décentralisés qui ont constitutionnalisés une délégation de pouvoirs à leurs organes publics locaux (Ex : la France).

Durant cette seconde phase, il va se poser la question des possibles modifications du texte original (Voigt 1998). Deux formes d'amendements existent.

Un « changement explicite » de Constitution traduit la situation où le texte même est modifié, soit par volonté politique ou populaire.

Une « modification implicite » de Constitution marque un changement d'interprétation de la Constitution, sans que celle-ci n'ait été modifiée littéralement.

En matière de répartition verticale des compétences, le constituant, rédacteur de la norme, dispose de deux options juridiques. Soit il établit une liste des compétences de l'Etat fédéral et celles des Etats membres, on parle alors d'une définition positive. Soit il utilise un principe juridique organisationnel explicite encadrant ce partage de compétence (ex : le principe de subsidiarité, principe général qui affirme que les décisions doivent être prises, en principe, au niveau le plus proche des citoyens). La question qui se pose alors est celle de savoir comment la répartition qui a été établie lors de la phase constitutionnelle (choix d'une liste ou d'un principe) va être ensuite appliquée dans la seconde phase.

Le juge constitutionnel dispose du monopole des changements implicites de Constitution du fait de son rôle d'interprète² de la norme suprême. La plupart des Etats de droit ont, en effet, choisi le juge constitutionnel comme unique gardien de la Constitution.

Notre étude sera décomposée en trois parties distinctes.

En premier lieu (I), nous allons montrer que les liens qui existent entre les citoyens, le constituant et le juge constitutionnel peuvent être analysés à travers un modèle d'agence, outil théorique bien connu des économistes.

Ensuite (II), nous nous intéresserons plus spécifiquement à la « phase post-constitutionnelle », durant laquelle le juge constitutionnel remplit son rôle d'arbitre impartial. Nous analyserons d'une part les grandes tendances jurisprudentielles fédérales afin de révéler la « tendance centralisatrice » du juge constitutionnel. D'autre part, nous opposerons les deux grands modèles théoriques de cours constitutionnelles et questionnerons l'impartialité du juge.

Enfin dans une dernière partie (III), nous proposerons des perspectives théoriques et analytiques encadrant l'interprétation du juge et assurant son impartialité en matière de répartition verticale des compétences.

2 La notion d'interprétation s'apprécie ici comme une interprétation ayant « force de chose jugée ».

I/ Les citoyens, le constituant et le juge constitutionnel : un modèle de relation d'agence.

Le contrat constitutionnel peut être appréhendé en trois temps distincts : la phase précontractuelle, la phase contractuelle et la phase post-contractuelle. Pour notre étude, nous regrouperons les phases pre-constitutionnelle et constitutionnelle.

Durant la phase constitutionnelle, une relation d'agence se noue entre les différents organes institutionnels (A). En matière de répartition verticale des compétences, le rôle joué par le constituant, durant cette phase, est fondamental notamment sur le critère du choix organisationnel (B).

A/ La modélisation de la phase constitutionnelle :

Lors de la rédaction de la Constitution, une relation se noue entre les différents organes institutionnels. Cette relation peut se traduire par deux relations d'agence distinctes.

1) La relation d'agence primaire :

Les citoyens, ou leurs représentants directs, chargent un organe spécifique de rédiger la nouvelle constitution. Un mandat direct existe donc entre les citoyens et le constituant. Une fois la rédaction achevée, le texte doit être accepté par le peuple soit par un vote spécifique du Parlement (majorité qualifiée), soit par référendum. Les citoyens votent donc pour un texte établi et défini. Un équilibre d'information existe alors, les citoyens ont voté pour une norme précise et une situation juridique donnée, notamment en matière de répartition verticale des compétences.

Ce premier mandat donné au constituant est donc une relation d'agence directe, (citoyens : principaux primaires ; constituant : agent primaire, schéma 1).

2) La relation d'agence secondaire :

Il existe ensuite une relation d'agence entre le Constituant et le juge constitutionnel. Le constituant donne au juge constitutionnel le monopole d'interprétation de la constitution. Ce juge devient alors l'unique gardien et interprète de la norme (schéma 2). Ce transfert de pouvoir du constituant vers le juge constitutionnel s'opère pratiquement durant la phase post-constitutionnelle. Le champ d'action du juge est ainsi immense et son mandat très large. Dans un souci de clarté, il nous faut préciser notre définition du juge constitutionnel. Celui-ci remplit le rôle d'arbitre suprême impartial. Pour autant, nous ne contenterons pas de l'analyse Hayekienne appréhendant les juges comme des êtres impartiaux et désintéressés. Evidemment, le juge constitutionnel est un symbole de justice, de probité et d'équité. Pourtant, nous partirons du principe que le juge constitutionnel vise à accroître le champ de ces compétences. Cette supposition représente sans aucun doute un risque.

Le constituant doit donc envisager que le juge puisse abuser du pouvoir dont il dispose. Pour contrer cela, il prévoit des règles constitutionnelles qui permettront au constituant dans le futur de modifier la Constitution et de pouvoir orienter cette norme. Le Constituant conserve la possibilité de faire évoluer la norme suprême avec la société. Mais la procédure de modification de la Constitution est une procédure délicate et difficile au niveau juridique et politique.

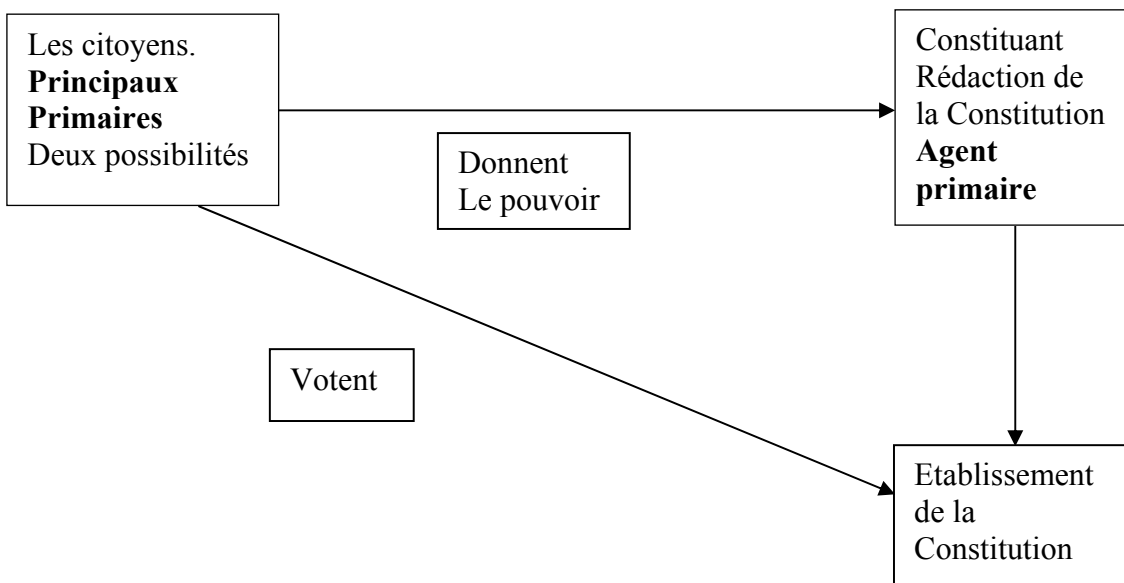
L'existence de ce double mandat citoyens/constituant d'une part et constituant/juge constitutionnel d'autre part traduit une forme de relation d'agence « lointaine » entre les citoyens et le juge constitutionnel. Les citoyens n'ont véritablement aucun contrôle sur les positions du juge constitutionnel.

La relation existant entre les citoyens et le juge constitutionnel peut être qualifiée de « lointaine » pour trois raisons distinctes :

- Tout d'abord, le juge constitutionnel effectue régulièrement des contrôles de constitutionnalité, or le contrôle politique du constituant sur ces interprétations n'est pas aussi systématique. D'autant plus au sein des modèles de cour suprême, dans lesquels, le juge constitutionnel est placé au sommet des tribunaux et traite un contentieux abondant.
- D'autre part, le juge constitutionnel, par sa situation, dispose d'un mandat général donné par le constituant, cette position privilégiée d'unique gardien de la constitution lui confère donc une grande légitimité
- Enfin, en ce qui concerne spécifiquement la répartition verticale de compétence au sein des fédérations, le constituant est un organe majoritairement « centralisateur » car on peut présumer du fait qu'il souhaite élargir son champ de compétences.

Ces deux organes institutionnels sont en décalage, le contrôle citoyen n'est valable que pour la phase constitutionnelle, alors que le juge constitutionnel n'agit qu'au niveau post-constitutionnel. Le mandat et le mandataire sont dans des mondes différents et le mandat lui-même perd de sa valeur. Le seul principal et mandant du juge constitutionnel reste donc le constituant en tant que possible modificateur constitutionnel (voir schéma 2).

Phase constitutionnelle : (schéma 1)

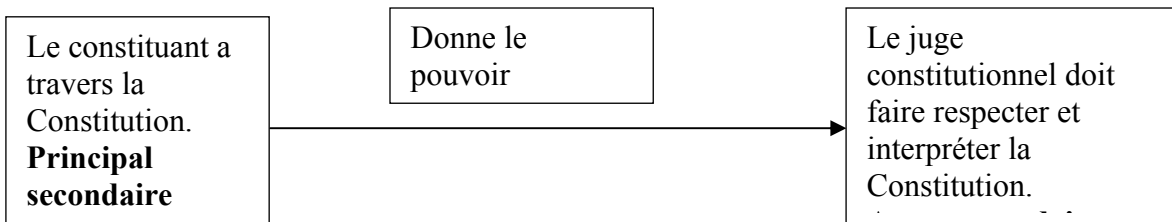


La Constitution définit donc la répartition verticale des compétences.

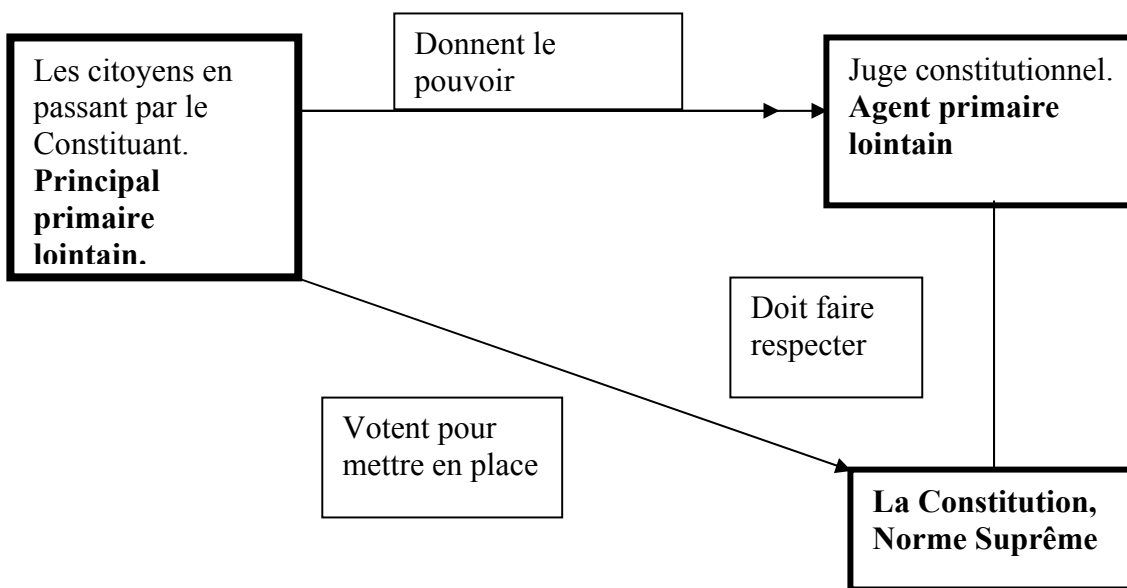
A un instant t du monde :

- œ L'Etat fédéral dispose d'un certain nombre de prérogatives : X1, X2, X3.
- œ Les Etats fédérés disposent de certaines compétences : Y1, Y2, Y3.

Phase constitutionnelle : (schéma 2).



Il existe donc une relation d'agence « lointaine » entre les citoyens et le juge constitutionnel.



La relation d'agence existant entre les citoyens et le juge constitutionnel ne peut être que lointaine. Les citoyens doivent passer par le constituant, si ils veulent agir contre une décision du juge suprême, il faudra alors amender la Constitution.

Dans une organisation étatique de type fédéral, la source des pouvoirs émane de la volonté d'Etats indépendants de s'associer. L'Etat fédéral ne peut donc avoir que des compétences d'attribution, alors que les Etats membres conservent la « compétence de la compétence ». La Construction Européenne a suivi cette logique, car l'Union Européenne (selon les traités constitutifs) ne devrait disposer que de compétences d'attribution.

Sur la question spécifique de la répartition verticale des compétences, le constituant joue un rôle primordial dans la phase constitutionnelle car il doit définir le cadre juridique positif de cette répartition.

B/ Le rôle du constituant en matière de répartition verticale des compétences :

La séparation horizontale des pouvoirs donne à chaque pouvoir des outils de contrôle sur les deux autres, par des procédures juridiques définies dans la Constitution. La séparation verticale des pouvoirs offre un contrôle supplémentaire entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés (ou Etats membres), ce qui n'existe pas des les Etats unitaires centraux. Le fédéralisme offre donc un double contrôle réciproque de l'Etat, à la fois horizontal et vertical. Cette séparation verticale des pouvoirs doit marier deux volontés contraires, les Etats membres veulent limiter le pouvoir centralisateur et augmenter leur champ de compétences alors que l'Etat fédéral veut asseoir sa légitimité et assurer une cohésion générale aux différentes politiques régionales (centralisation). Evidemment, ce contrôle vertical nécessite un arbitre impartial capable de trancher les litiges inhérents aux partages de compétences. C'est le juge constitutionnel qui occupe cette fonction.

Le constituant joue aussi un rôle primordial. Il a la charge de définir les règles juridiques de répartition verticale, ces règles s'imposeront ensuite au juge constitutionnel si il doit traiter d'un contentieux en cette matière. Il a deux possibilités pour définir juridiquement cette séparation. Soit le constituant peut établir une liste précise des différentes compétences attribuées respectivement aux Etats membres et à l'Etat fédéral, il pourra alors définir ensuite le domaine des compétences partagées. Soit le constituant peut décider de constitutionnaliser cette répartition à l'aide d'un principe juridique organisationnel comme le principe de subsidiarité.

Le choix de la répartition par liste : l'exemple américain.

Les « Pères Fondateurs » de la Constitution américaine ont choisi un système de listes pour définir les compétences respectives de l'Etat fédéral et des Etats membres. Le point 18 (Section 8 de l'article 1er de la constitution américaine) est le dernier de la liste des compétences exclusives de l'Etat Fédéral, et il pose les règles de mise en application de ces compétences.

Cet article énonce que le pouvoir Fédéral a le pouvoir :

« De faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés et tous autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des États-Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou de ses fonctionnaires. ».

On l'appelle aussi la clause « nécessaire et appropriée », elle a fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour suprême en raison du flou inhérent à sa rédaction. Le constituant a laissé, consciemment ou inconsciemment, une latitude d'action au juge constitutionnel très importante. On peut aisément imaginer que la Cour suprême puisse adopter une conception large de ce qui est « nécessaire et appropriée », et que cette prise de position vienne bousculer l'équilibre des compétences préalablement établi par le constituant.

Le choix d'un principe juridique organisationnel : l'exemple européen.

Nous pouvons illustrer cela à travers la mise en oeuvre du principe de subsidiarité dans les Traités européens. Le principe de subsidiarité, à l'article 5 du traité instituant la communauté européenne fut introduit par le traité de Maastricht et il est défini ainsi :

« La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la

Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité. »

Le premier alinéa pose donc le principe de l'interprétation stricte des compétences communautaire : l'Union européenne ne dispose donc que de compétences d'attribution, qui doivent être dévolues par le Traité. Elle n'a pas « la compétence de la compétence ». Les deux limites fixées à l'intervention communautaire, en termes d'objectifs et de compétences, se cumulent : la Communauté ne doit utiliser ses compétences qu'en vue des objectifs définis par le traité, et ceux-ci ne peuvent être poursuivis qu'au moyen des compétences expressément attribuées à celle-là.

C'est le deuxième alinéa de l'article qui pose le principe de subsidiarité proprement dit, en l'appliquant à la Communauté européenne.

La subsidiarité s'applique donc seulement à la manière dont doivent s'exercer ces compétences. L'article 5 fixe à cet égard deux conditions à une intervention communautaire :

- d'une part, il faut que cet objectif ne puisse pas être atteint par les Etats membres agissant séparément ou par simple coopération entre eux³
- d'autre part, l'intervention communautaire doit avoir des chances de combler le déficit d'efficacité constaté à l'échelon des Etats membres.

C'est donc à la Communauté qu'incombe la « charge de la preuve ». La règle doit être : autonomie des Etats membres autant que possible, intervention communautaire autant que nécessaire.

Enfin, le troisième alinéa de l'article 5, soumet les interventions communautaires au principe de proportionnalité. Ce principe signifie que les moyens employés dans les interventions communautaires doivent être strictement proportionnés aux objectifs poursuivis, et en particulier que le degré de contrainte uniforme sur les Etats membres doit être normalement le plus limité possible afin qu'il soit compatible avec l'efficacité. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité comportent des éléments qualitatifs laissant subsister une marge d'appréciation importante : il est difficile de définir avec précision ce qu'est la réalisation suffisante d'un objectif et ce qui serait une meilleure réalisation ; de même, il est difficile de situer la limite entre ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif et ce qui constitue une contrainte superflue. La subsidiarité comporte donc des imprécisions théoriques réelles et c'est le juge constitutionnel européen qui récupère la charge d'appliquer et donc d'éclaircir le principe dans sa mise en œuvre juridique. Cette interprétation du juge influencera le partage de compétences entre l'Union européenne et les Etats membres.

Le choix du cadre juridique de répartition verticale des compétences est donc une problématique propre au constituant durant la phase constitutionnelle. Pour autant, il apparaît que le juge constitutionnel participe aussi à ce débat lors de la phase post-constitutionnelle par son interprétation de la norme suprême. Ainsi quelque soit le choix effectué par le constituant, le juge dispose toujours d'une marge de manoeuvre pour influencer l'équilibre organisationnel. L'analyse de la phase constitutionnelle et de la décision du constituant nécessite une étude préalable approfondie de la phase postérieure pour comprendre l'ampleur et l'importance du juge en cette matière.

3 Encore que la Cour de justice des communautés européennes ne contrôle jamais si la fonction aurait pu être mieux remplie par une coopération entre différents Etats membres (subsidiarité latérale).

II/ La phase post constitutionnelle et la tendance centralisatrice du juge suprême.

Comme nous l'avons montré précédemment, quel que soit le cadre constitutionnel définissant la répartition de compétences (liste ou principe juridique général), le juge constitutionnel reste au centre de cette question juridique. Afin d'illustrer cette position, nous étudierons tout d'abord les arrêts marquants de divers grands Etats fédéraux illustrant le fait que le juge constitutionnel a une « tendance centralisatrice » (A). Ensuite, nous tenterons d'analyser cela au travers des différents modèles de cour constitutionnelle (B).

A/ Les jurisprudences marquantes en la matière :

1 : L'exemple américain :

Le 10ème amendement de la Constitution, adopté en 1791, traite de la répartition verticale des compétences. Il indique que :

« Les pouvoirs, qui ne sont pas délégués aux Etats-Unis par la Constitution ou que celle-ci n'interdit pas aux Etats, sont réservés respectivement aux Etats et au peuple ».

Les Etats fédérés disposent donc d'une « présomption » de compétence, alors que le niveau fédéral ne peut exercer que des compétences spécialement prévues dans la Constitution. Cependant celle-ci contient également une clause de suprématie qui énonce que toute loi fédérale est supérieure à toute loi d'un Etat fédéré. La Cour suprême se place donc comme un arbitre dans le conflit de compétence entre les échelons institutionnels américains. Or l'arbitrage semble parfois partial, surtout face à des conflits mettant en jeu la clause « nécessaire et appropriée ».

Le meilleur exemple du rôle crucial de la Cour suprême apparaît dans la célèbre affaire « McCulloch c/ Maryland » de 1824. Dans cet arrêt, la Cour a interprété la fameuse clause de façon très généreuse pour le gouvernement fédéral. Ainsi, elle a jugé que les Etats-Unis pouvaient fonder une banque nationale et qu'un Etat ne pouvait pas taxer cette banque. Cette décision fut la première à permettre au gouvernement fédéral d'étendre ses compétences bien au-delà de celles limitativement énumérées par le texte fondateur.

Un siècle plus tard, l'interprétation extensive de la clause « commerce »⁴ par la Cour suprême a permis au gouvernement fédéral d'exercer une autorité accrue dans l'ensemble des dossiers économiques. A partir de la grave crise économique de 1929, cette clause commerciale a été utilisée fréquemment et de façon extensive pour limiter les législations des Etats ; cela a permis au gouvernement fédéral de lancer la politique du « New Deal », qui comprenait des programmes sociaux et une politique forte de régulation de l'économie.

En définitive, la pratique américaine a nettement évolué vers un renforcement des pouvoirs du niveau fédéral au détriment des Etats qui constituent l'Union. L'exemple le plus frappant est le niveau des recettes publiques perçues au niveau fédéral, qui représente environ 20% du produit intérieur brut, les Etats et les collectivités locales perçoivent quant à eux environ 12% du produit intérieur brut en impôts et taxes.

4 Point 3 des dix-huit compétences exercées par le pouvoir fédéral, cette clause stipule : Le pouvoir fédéral peut « réguler le commerce avec les nations étrangères, entre les Etats et avec les tribus indiennes ».

2 : L'exemple de la confédération Suisse :

La question du contrôle juridictionnel du respect de la délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons présente une dimension particulière en Suisse, en raison de la tradition de démocratie directe et de la suprématie de la loi. Par ailleurs, la tradition constitutionnelle privilégie la culture politique du consensus sur le règlement juridictionnel des différends.

Ainsi le contrôle juridictionnel de la délimitation des compétences est limité. Seules les ordonnances ou les règlements de la confédération peuvent faire l'objet d'une réclamation devant le tribunal fédéral. Ainsi le contrôle juridictionnel de la délimitation des compétences ne joue que vis-à-vis des règlements de la Confédération et des lois cantonales. Celles qui empiètent sur le champ réglé par le droit fédéral peuvent être invalidées. En revanche, il n'existe pas de contrôle juridictionnel sur les lois fédérales empiétant sur les compétences des cantons. L'article 191 de la Constitution dispose que le « Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. ». On retrouve encore l'idée de suprématie de la norme fédérale sur les normes des entités fédérées comme dans le système américain. De plus, la jurisprudence du tribunal fédéral a interprété de manière extensive les compétences de la Confédération, comme on peut le noter dans l'arrêt du 29 mai 1991, affaire « Canton de Genève contre Confédération suisse ». En l'espèce, le canton de Genève contestait la compétence de la confédération pour régler le droit d'accès des citoyens aux dossiers de police se trouvant dans les mains des autorités cantonales. Pourtant, la Constitution de 1874, en vigueur à l'époque, ne reconnaissait pas de compétence à la Confédération pour légiférer dans le domaine de la sécurité nationale. Or, une ordonnance du conseil fédéral du 5 mars 1990 relative au traitement des documents de la Confédération prévoyait de soumettre les demandes de consultation des dossiers de police à l'accord préalable de la Confédération. Or ce règlement entrainait en conflit avec une loi genevoise du 29 septembre 1977, modifiée en 1989, qui prévoyait déjà des mesures sur la consultation publique de ces dossiers. En conséquence, le canton de Genève a présenté une réclamation devant le tribunal fédéral en arguant du fait que la confédération avait usurpé la compétence pour régler au détriment du canton de Genève. Face à ce conflit de compétence, le Tribunal fédéral a posé une solution célèbre pour les constitutionnalistes suisses :

« Les textes attributifs de compétences ne sont pas d'interprétation littérale ; ils doivent être interprétés selon les méthodes ordinaires. En particulier, il n'est pas nécessaire que les compétences fédérales se fondent sur un texte *exprès*, la Confédération ayant aussi des compétences tacites. Ces dernières comprennent les pouvoirs inhérents, soit ceux qui reviennent naturellement à l'Etat central, par son essence même, et les compétences implicites c'est-à-dire celles qui sont étroitement liées, à l'exercice d'une autre compétence.

La doctrine reconnaît d'une manière générale à la Confédération certaines compétences dites inhérentes, liées à la souveraineté. En effet, l'existence même d'un Etat suppose que celui-ci puisse se défendre contre les atteintes susceptibles de lui être portées. Aussi est-il dans la nature des choses que la Confédération veille à sa sûreté extérieure et intérieure. »

Le tribunal fédéral a donc estimé que la Confédération disposait d'une compétence inhérente en matière de sûreté qui excluait une compétence, même résiduelle, des cantons en ce domaine. Le juge constitutionnel suisse s'est donc placé en faveur de l'Etat fédéral et a ouvert, à travers la définition des compétences tacites, un raisonnement subtil risquant d'étendre encore les compétences de l'Etat fédéral au détriment des cantons.

Les compétences tacites trouvent deux justifications possibles, soit on est face à une compétence « naturelle » de l'Etat central, la question est alors de savoir quelles sont ces compétences

inhérentes ? N'est-ce pas le rôle du constituant d'établir cette liste de compétences ? L'absence de compétences dites « naturelles » ne découle-t-elle pas justement d'une volonté « tacite » du constituant ?

On peut aussi être face à une compétence exclusive de l'Etat central, mais qui ne peut être exercée efficacement qu'en légiférant dans des domaines non expressément réservés à la Confédération. Un exemple caricatural pourrait être d'imaginer que la Constitution appelle l'Etat à assurer le « bonheur de ces citoyens », et que l'Etat décide, au nom de ce bonheur à atteindre, et avec l'aval du juge constitutionnel par la définition des compétences implicites, de retirer toute forme de liberté ou de s'immiscer dans les sphères privées, en retirant toute forme de compétences aux Etats fédérés. Les compétences implicites représentent donc l'ensemble des moyens juridiques que le pouvoir peut avoir à sa disposition pour assurer les missions qui lui ont été confiées par la Constitution. On peut se demander où se trouve la limite d'un tel raisonnement juridique. Le juge constitutionnel doit contrôler l'adéquation des moyens aux fins, mis en oeuvre par l'Etat central. Plus généralement, le concept « gigogne » des compétences implicites est une réponse du juge légitime à l'imprécision de certains articles constitutionnels. Mais c'est aussi un concept large, malléable et donc pratique pour le juge constitutionnel.

La notion de « compétences implicites » offre à l'Etat fédéral un champ d'action considérable, contredisant parfois certaines prescriptions constitutionnelles.

3 : L'exemple européen :

L'application du principe de subsidiarité est une réponse alternative aux contradictions qui peuvent naître de la répartition verticale des compétences, offrant un cadre de réflexion juridique. Pour autant le contentieux en cette matière n'en est pas moins abondant et les positions du juge pas moins orientées.

La nature constitutionnelle de la juridiction de la Cour de Justice apparaît quand on se réfère à la question de la délimitation des compétences entre la Communauté et ses Etats membres. Il s'agit certainement d'une des caractéristiques les plus marquantes du système juridique communautaire : il n'est pas loisible aux Etats membres de déterminer de façon unilatérale ou même collectivement, si ce n'est en amendant les Traités constitutifs, l'étendue des compétences qu'ils ont conférées à la Communauté, puisque les conflits de compétence entre les Etats et la Communauté sont soumis à la juridiction de la Cour. Cette fonction s'exerce au travers des procédures en manquement, des questions préjudicielles, des recours en annulation ainsi que des avis dont il est question à l'article 228 du traité CE. Le droit communautaire repose aujourd'hui sur les principes de l'effet direct des règlements et des directives ainsi que sur la primauté du droit communautaire sur le droit national et sur les constitutions nationales. La place fondamentale qu'occupe aujourd'hui le droit communautaire est indéniable et elle est redevable de la CJCE qui a agi comme « moteur de l'intégration » en élargissant au maximum les compétences de l'Union européenne.

Une des premières application concrète du principe de subsidiarité en droit communautaire remonte à l'arrêt « Kramer » de 1976, où il est dit « que la conservation des ressources biologiques de la mer ne peut être assurée de manière à la fois efficace et équitable qu'à travers une réglementation engageant tous les Etats intéressés, y compris les pays tiers »⁵. La Cour se fondera sur ce « besoin » d'une telle réglementation pour justifier de la capacité de la Communauté à conclure une convention internationale en matière de pêche, cette compétence deviendra ensuite une compétence exclusive de l'Union européenne dans le traité de Maastricht de 1992.

L'analyse de ces quelques jurisprudences marquantes nous révèle donc une réalité juridique. En

5 CJCE, 14 juillet 1976, Kramer, aff 3/76, Rec. p 1279.

matière de répartition verticale des compétences, que l'on soit en présence d'une répartition par liste de compétences ou à travers un principe juridique organisationnel, le juge peut largement influencer la volonté constituante. Les juges constitutionnels ont développé un ensemble d'outils juridiques comme le concept de « compétences implicites » ou encore celui de « compétences naturelles » pour légitimer une recentralisation des fédérations. Cela marque une prise de pouvoir des juges, qu'il nous faut tenter de comprendre.

B/ La phase post-constitutionnelle et la prise de pouvoir du juge suprême.

La phase post-constitutionnelle est la période durant laquelle le juge constitutionnel rentre en action. Cette phase marque la confrontation du contrat constitutionnel avec la réalité juridique. Cela s'exprime par l'existence du contrôle de constitutionnalité. Notre analyse jurisprudentielle a révélé une tendance centralisatrice du juge constitutionnel.

Pour comprendre cette tendance, nous allons tout d'abord analyser les différentes formes de contrôle de constitutionnalité, ainsi que les divers modèles de cour constitutionnelle ainsi que les différentes formes de contrôle de constitutionnalité (1).

Ensuite, nous cernerons les possibles raisons de cette tendance centralisatrice et nous montrerons les risques de ce phénomène tant au niveau théorique que pratique (2).

1 : Les différents modèles constitutionnels.

Un modèle constitutionnel peut se définir par son type de cour constitutionnelle, qui définit quel organe est à même d'effectuer le contrôle de constitutionnalité. D'autre part, il convient aussi de distinguer les différentes formes de contrôle de constitutionnalité qui peuvent exister.

- *Les deux principaux modèles de cour constitutionnelle :*

Le modèle anglo-saxon : les cours constitutionnelles sont aussi des cours suprêmes placées au sommet du pouvoir judiciaire. Ces Cours tiennent à la fois le rôle de juge du dernier ressort et le rôle de juge constitutionnel. Ce type de Cour s'inscrit pleinement dans le pouvoir judiciaire. En tant que juge du dernier ressort, cette Cour traite du contentieux de droit et pas seulement du contentieux constitutionnel. (Ex : la Cour suprême Américaine).

Le modèle Kelsenien : ce modèle de Cours constitutionnelles s'est construit à partir des écrits du théoricien Hans Kelsen (Ecrits de 1911 à 1929). Selon lui, l'ordre juridique respecte une hiérarchie des normes très précise. Ainsi, le contentieux constitutionnel doit être placé en dehors de cette hiérarchie juridique. Le juge constitutionnel doit être extérieur au système pour garantir son indépendance vis-à-vis de l'ordre juridique. Cette Cour ne doit être que le juge de la constitutionnalité des lois. (Ex : le Conseil Constitutionnel français).

Pour comprendre l'opposition entre les modèles constitutionnels, il nous faut aussi étudier les différents types de contrôle de constitutionnalité.

- *Les différents contrôles de constitutionnalité.*

La distinction entre ces contrôles tient simplement au fait de savoir si le contrôle de constitutionnalité a eu lieu avant ou après la promulgation de la loi.

Le contrôle *a posteriori* : (judicial review) ce type de contrôle est très présent dans les systèmes de Cours suprêmes. Le contrôle a lieu après la promulgation de la loi. Ce contrôle peut être réalisé de deux manières distinctes.

Le contrôle de constitutionnalité est effectué directement par la Cour suprême après épuisement des voies de recours. Si la loi est déclarée inconstitutionnelle, elle ne sera plus appliquée (règle du précédent).

Le contrôle peut aussi avoir lieu par le biais de questions préjudicielles. Face à une question constitutionnelle, chaque juge peut interroger la Cour suprême sur un point précis. La réponse fournie par la Cour peut alors tenir lieu de contrôle de constitutionnalité et s'impose alors à toutes les autres juridictions. Le système de question préjudicielle est utilisé par l'Union Européenne et notamment la Cour de Justice des communautés européennes.

Le contrôle *a priori* : dans ce système le contrôle de constitutionnalité a lieu avant la promulgation de la loi. Lors du vote d'une loi, différents acteurs politiques et notamment l'opposition peuvent saisir le juge constitutionnel. Si la nouvelle loi est inconstitutionnelle, elle ne sera jamais promulguée. Il faudra alors renoncer à la loi ou décider d'amender la Constitution (procédure délicate)⁶.

Il existe ainsi deux principaux modèles constitutionnels, le modèle anglo-saxon avec contrôle *a posteriori* et le modèle Kelsenien avec contrôle *a priori*. Et il apparaît que la plupart des grandes fédérations ont opté pour le premier modèle. Il convient maintenant de savoir si ce type de modèle constitutionnel peut être la cause de cette tendance centralisatrice.

2 : Les causes et conséquences de la tendance centralisatrice du juge constitutionnel :

Nous pouvons établir un modèle théorique du juge constitutionnel. Ses fonctions sont de protéger et d'interpréter la Constitution. Pour ce faire, il doit profiter d'une véritable indépendance politique et institutionnelle. Le contentieux constitutionnel traite de deux grandes questions distinctes à la fois le problème de la définition et de la garantie des libertés fondamentales. Mais la Constitution est aussi le document juridique qui définit la répartition et le contrôle du pouvoir. Ce second thème

6 L'analyse des différents types de contrôle de constitutionnalité pourrait être encore approfondie dans une perspective d'analyse économique du droit. En effet, il faudrait comparer ces deux mécanismes en terme de coûts. Dans le système *a posteriori*, le contrôle de constitutionnalité peut avoir lieu longtemps après la promulgation de la loi. Cela crée donc une forme d'insécurité juridique, car elle pourrait être déclarée à tout moment inconstitutionnelle. Alors que le contrôle *a priori* évite toute insécurité juridique. La hiérarchie des normes est ainsi mieux définie.

constitutionnel est d'une importance capitale pour les Etats modernes.

Le cumul des fonctions juge constitutionnel / juge du dernier ressort.

Notre étude des différents modèles de cour constitutionnelle révèle une problématique centrale. Dans les modèles de type cour suprême, le juge constitutionnel est aussi juge du dernier ressort. Or cette fonction n'a pas les mêmes objectifs et ne profite pas de la même indépendance. Cette accumulation des fonctions présente un risque théorique certain. En matière de répartition verticale des compétences, cette problématique est d'autant plus gênante.

Pour illustrer notre propos, nous utiliserons un exemple pratique.

Durant l'année t, une nouvelle loi est promulguée par l'organe législatif avec le soutien du pouvoir exécutif. Cette loi encadre la gestion des ressources maritimes et donne la compétence en la matière à l'échelon local, dans le respect de la Constitution. Pourtant, l'application de cette loi soulève de multiples questions juridiques et provoque un fort contentieux. La Cour suprême est finalement saisie de cette question (soit en tant que juge du dernier ressort, soit par question préjudicielle). Evidemment, la légitimité de l'attribution de la compétence au niveau local est soulevée. La cour suprême doit donc trancher cette question constitutionnelle.

Deux possibilités apparaissent alors pour le juge :

Soit le juge déclare la loi parfaitement constitutionnelle, la compétence sera alors définitivement attribuée à l'échelon local. Le contentieux des ressources maritimes se cantonnera alors aux juridictions locales.

Soit le juge déclare la loi inconstitutionnelle et décide d'attribuer cette compétence à l'échelon fédéral. Tout le contentieux en cette matière relèvera alors des juridictions fédérales dont il est le juge de dernier ressort.

En matière de répartition verticale des compétences, l'organisation de type Cour suprême pose un problème de cumul des fonctions du juge constitutionnel et du juge du dernier ressort. Cela sous-tend le fait que le juge constitutionnel peut définir l'assiette et l'étendue de son champ de compétence futur. Ainsi des doutes et des questions peuvent apparaître sur l'indépendance et l'impartialité du juge constitutionnel. Cette approche analytique pourrait être un début d'explication de la tendance centralisatrice des grandes fédérations modernes (USA, UE).

Une répartition verticale des compétences objective et fiable nécessite un juge constitutionnel indépendant avec une fonction unique.

La validité post-constitutionnelle du consentement populaire.

L'analyse jurisprudentielle et institutionnelle, nous révèle que le juge constitutionnel ne peut pas seulement être appréhendé comme un arbitre impartial. Il peut influencer l'emprise de l'Etat fédéral sur de nombreuses compétences. A la lumière de l'évolution du fédéralisme américain, on peut donc dire que la compétence de principe appartient aujourd'hui à l'Etat fédéral, les Etats membres ne disposant plus que de compétences d'attribution. Le champ d'action des Etats fédérés se résume alors aux matières non encore traitées par l'Etat fédéral. Au même titre, la cour de justice européenne a été longtemps appréhendée comme un « moteur de l'intégration » par les juristes européens. La cour de justice elle-même s'attribuait cette fonction.

Pourtant, en cette matière, le juge ne peut pas être « activiste », il ne doit que trancher les litiges de compétences à la lumière de la norme suprême, indépendamment de toutes considérations politiques ou institutionnelles.

La restriction du pouvoir du juge constitutionnel est nécessaire pour deux raisons essentielles.

La première raison est organisationnelle. En effet, le fédéralisme est une organisation étatique, offrant un double contrôle horizontal et vertical. Le juge constitutionnel, en favorisant l'extension de pouvoir de l'Etat fédéral, amenuise le pouvoir local. L'essence même de l'organisation étatique disparaît alors et amène une forme de « fédéralisme centralisé ».

Les positions du juge sont aussi délicates à un niveau théorique général. Nous avons établi précédemment, dans notre modèle d'agence, l'existence d'une relation primaire d'agence entre les citoyens et le contrat constitutionnel par le biais du constituant.

Les citoyens votent pour une règle du jeu définie et établie. L'équilibre d'information commun à tous les citoyens est donc garanti. L'activisme du juge brise cet équilibre et pose un problème théorique global. C'est le risque lié aux modifications implicites de Constitution, (Voigt 1998). Cette situation est résumée dans le schéma ci-dessous.

Phase post-constitutionnelle : (encadré 1)

Le juge constitutionnel vient briser la relation d'agence implicite qui existe avec les citoyens. En effet, la jurisprudence constante du juge montre qu'il a un caractère « centralisateur », c'est-à-dire que dans un conflit de répartition verticale des compétences, il préférera toujours donné la compétence litigieuse à l'Etat fédéral.

A un instant $t+1$:

- L'Etat fédéral possède des compétences élargies : X1, X2, X3, Y1 ou Z.
- Les Etats fédérés perdent donc des pouvoirs : Y2, Y3.

Les fonctions comprises dans Z peuvent correspondre à des pouvoirs mis en place directement par le juge constitutionnel. Un exemple de cette création jurisprudentielle se retrouve dans l'attendu de l'Arrêt du tribunal fédéral suisse, cité dans le texte. Le juge justifie ainsi à la fois l'existence de fonctions « naturelles » de l'Etat central mais aussi des fonctions implicites créant de la sorte de nouveaux pouvoirs.

Cette prise de pouvoir du juge constitutionnel est problématique, car elle pose la question de la validité post-contractuelle du consentement populaire donné lors de la phase constitutionnelle.

Démocratie politique vs démocratie juridique.

Notre étude révèle une prise de pouvoir du juge constitutionnel au niveau de la répartition verticale des compétences. Si l'on se replace au sein de notre modèle d'agence, cela soulève la question du consentement populaire. Les citoyens ne jouent aucun rôle durant cette phase. Le mandat existant entre les citoyens et le juge peut être considéré comme « lointain ». Ainsi, en présence d'une

modification implicite de constitution attribuant une nouvelle compétence au niveau fédéral, les citoyens voient leur consentement constitutionnel originel perdre de sa valeur. Le contrat constitutionnel tirant sa légitimité du consentement populaire est donc largement modifié par un organe non démocratique. On est donc face à une forme de « gouvernement des juges ».

Cette question de l'action du juge est au cœur d'un débat théorique très abondant. Selon l'analyse économique moderne, il existe deux formes de démocratie distinctes. Le cœur de ces théories dépend d'ailleurs du statut offert au texte constitutionnel. En terme de philosophie politique, la Constitution doit être considérée comme le texte fondamental de l'Etat de droit et l'assurance du respect des libertés individuelles. Le débat théorique est né justement avec les premières jurisprudences de la cour suprême américaine, marquant la volonté des juges de faire évoluer juridiquement la constitution avec la société. Rapidement, la discussion s'est focalisée sur la question de savoir si le juge constitutionnel avait la légitimité de faire cela, sachant qu'il n'a pas de réelle assise démocratique directe. Deux écoles de pensée sont alors apparues.

Les tenants de la démocratie juridique, dont les théoriciens les plus célèbres sont Hayek ou encore Posner (Holcombe 2001, Posner 1987, Van den Hauwe 1999), estiment en effet que le juge dispose d'une position institutionnelle parfaite pour faire évoluer le texte constitutionnel avec la société, indépendamment du débat politique ou populaire.

D'un autre côté, le courant de la démocratie politique, représenté par James Buchanan, est apparu. Pour lui, Les Etats de droit modernes sont des Etats démocratiques ainsi un organe non démocratique ne doit pas pouvoir modifier la règle constitutionnelle.

La norme constitutionnelle est fondamentale et intouchable du fait même qu'elle a été choisie par le peuple. Le fait qu'un organe non démocratique puisse modifier la situation contractuelle initiale présente donc un danger pour la démocratie et pour la sécurité juridique. Cette possibilité offerte au juge est d'autant plus inquiétante à l'étude des différents modèles constitutionnels. Comme nous l'avons vu, les modèles de cour suprême se caractérisent par un cumul de fonctions juge constitutionnel / juge du dernier ressort. Ce cumul soulève donc la question de l'impartialité du juge. Or la démocratie juridique ne peut se justifier que si l'impartialité du juge est garantie.

A un autre niveau, cette captation de la norme suprême brise l'équilibre étatique. L'analyse spécifique de la répartition verticale des pouvoirs au niveau constitutionnel offre donc un nouveau regard sur ce débat théorique.

Notre étude s'est concentrée sur l'analyse constitutionnelle de la répartition verticale des compétences. Sur cette question, la phase constitutionnelle marque une réflexion du constituant sur le choix d'un mode de répartition par liste ou par un principe organisationnel général. Par contre, la phase post constitutionnelle est marquée par l'action spécifique du juge constitutionnel qui influence complètement la répartition définie précédemment. Il convient à présent d'exposer nos différentes perspectives analytiques.

III Les perspectives analytiques sur la répartition verticale des compétences :

Notre étude est axée sur deux problématiques liées, d'une part la question de la séparation verticale de compétence et d'autre part la prise du pouvoir du juge constitutionnel. Il apparaît que la mise en place d'un principe de subsidiarité dynamique au niveau constitutionnel permettrait de limiter la marge d'interprétation du juge (A). Alors que l'instauration couplée de procédures de contrôle juridique et politique assurerait l'impartialité du juge et freinerait cette « tendance centralisatrice » (B).

A/ La mise en place d'un principe de subsidiarité dynamique :

Le premier intérêt de cette recherche tient à la comparaison qui a été faite entre deux modes juridiques de répartition des compétences. Pour encadrer la répartition de compétences, le constituant dispose de deux méthodes distinctes :

- soit il procède au travail fastidieux de rédaction d'une liste de compétences en séparant les compétences réservées de l'Etat fédéral et les compétences exclusives des Etats fédérés (l'exemple américain)
- soit le constituant va utiliser un principe organisationnel de répartition des compétences comme le principe de subsidiarité.

Les deux modes de répartition présentent des avantages et des inconvénients indéniables.

Le système de liste donne la responsabilité de la répartition de compétences au constituant. Il détermine clairement sa volonté et définit concrètement qui fait quoi. Le juge constitutionnel voit donc ses marges de manoeuvre amoindries. Ce système permet au constituant d'agir directement dans la phase constitutionnelle et de limiter les modifications post-constitutionnelles qui pourraient avoir lieu. Néanmoins cette forme de répartition nécessite une réflexion pré-constitutionnelle approfondie pour définir quelle fonction dépend de tel échelon.

Il existe deux inconvénients majeurs à ce mode de répartition.

D'une part, la phase constitutionnelle fige une situation juridique donnée et donc une répartition des compétences, mais des fonctions publiques nouvelles pourront apparaître. Ce fut le cas, par exemple, des problématiques environnementales, questions étatiques nouvelles, non envisagées par le constituant. On rejoint ici le principe général de l'incomplétude des contrats. Le mécanisme des listes peut vite être dépassé de ce fait. Sur des questions très médiatiques, le législateur prendra son habit de constituant et modifiera explicitement la Constitution par amendement. Mais il peut arriver que ces nouveaux objectifs publics amènent des modifications implicites, c'est à dire une nouvelle compréhension de la Constitution sans qu'il n'y ait de changement du texte. Le meilleur exemple est apparu avec la construction Européenne, la CJCE a affirmé la primauté du droit communautaire sur les constitutions nationales. La hiérarchie des normes des Etats membres en fut donc bouleversée et la Constitution y a perdu sa valeur de norme suprême, sans qu'elle n'ait été modifiée (ce fut clairement le cas de la constitution française et de la loi fondamentale allemande).

D'autre part, l'autre difficulté soulevée par ce mode de répartition tient au fait que le constituant doit prévoir les méthodes juridiques de mise en place des compétences. L'Etat fédéral ainsi que les Etats fédérés doivent pouvoir disposer d'un ensemble de prérogatives législatives ou financières pour mettre en place leurs compétences. On trouve l'exemple le plus frappant de cette nécessité dans le point 18 des compétences exclusives de l'Etat fédéral dans la Constitution américaine. C'est la fameuse clause « nécessaire et appropriée » que nous avons vue précédemment. La Cour suprême a profité du flou lié à cette clause pour systématiquement juger en faveur de l'extension des compétences de l'Etat fédéral (reconnaissance de compétences implicites ou protection des fonctions « naturelles » de l'Etat central). La nécessité de prévoir la mise en place des compétences offre au juge constitutionnel une trop grande liberté.

L'utilisation d'un principe juridique général, comme le principe de subsidiarité, présente lui aussi des avantages et des inconvénients.

Le lexème « subsidiarité » procède d'une origine étymologique latine double. Il provient du terme *subsidium* qui signifie « renfort ressource » et donne aujourd'hui le terme subside, qui implique une

idée de secours : obtenir un subside signifie obtenir une aide financière, une allocation. D'autre part, il provient d'un terme dérivé du premier, *subsidiarius*, signifiant « qui est en réserve » : dans l'Antiquité romaine, les troupes subsidiaires étaient les troupes de réserve, celles que l'on appelait en renfort si nécessaire. Cette origine étymologique double donne toute la dimension du principe de subsidiarité. On a généralement à l'esprit que le principe de subsidiarité exige que toute décision politique doit être arrêtée au niveau le plus proche des citoyens, sauf lorsque celle-ci est susceptible d'une meilleure mise en œuvre à un niveau supérieur. Limiter ce principe à cette seule possibilité revient à le priver de toute sa portée. Dans son acception de « secours », le principe de subsidiarité n'est pas uniquement susceptible de provoquer la possibilité d'intervention du niveau supérieur, mais plutôt le devoir d'une telle intervention. Cette double compréhension du principe est inexistante au sein des traités Européens. En effet, la mise en œuvre du principe, comme nous l'avons noté dans les jurisprudences européennes précédentes, ne fait qu'augmenter le champ des compétences de l'Union européenne au détriment des Etats membres. On cerne ici la difficulté théorique de l'utilisation d'un principe général pour encadrer la répartition verticale des compétences, le constituant ne pourra jamais s'armer efficacement et durablement contre des interprétations du juge constitutionnel extensives ou restrictives.

Par contre, l'avantage principal de l'utilisation par le constituant d'un principe général de répartition verticale tient au fait que le décalage entre les phases analytiques constitutionnelles et post-constitutionnelles disparaît. La Constitution n'est plus vide de sens sur des problématiques nouvelles. Ce choix est une solution à l'incomplétude du contrat constitutionnel. Les organes politiques ou juridiques disposent alors d'un principe capable de répondre à n'importe quelle situation nouvelle. Le constituant ne cherche plus à définir précisément l'assignation verticale des compétences, par contre il va déterminer le cadre de réflexion juridique de cette répartition. Le constituant, en utilisant la subsidiarité, fait donc preuve d'une réflexion pré-constitutionnelle approfondie. Sachant que le juge suprême est centralisateur, il pourra influencer son interprétation et limité ainsi sa marge de manœuvre en terme de répartition verticale de compétences.

Pour cela, il faut que le principe soit adaptable et suffisamment dynamique. L'utilisation faite, par la CJCE, du principe de subsidiarité est biaisée car elle s'en sert comme d'un outil d'« intégration européenne ». Pourtant la lecture de l'article 5 du traité constituant l'Union européenne, nous révèle que les compétences de l'Union sont des compétences d'attribution. Malgré cela, le juge constitutionnel européen justifiera toujours (ou presque) la compétence européenne et ce même si cela aboutit à donner des compétences à l'Union qui n'étaient pas prévues par les Traités constitutifs.

Le choix organisationnel liste/principe général pour la répartition verticale de compétence paraît donc délicat. Cette constatation des mérites et des défauts respectifs de chacune des méthodes pousse les Constituants modernes à utiliser les deux méthodes ensemble (voir la nouvelle Constitution suisse de 2000). Les compétences respectives de l'Etat Fédéral et des Etats fédérés sont listées, par contre en ce qui concerne les compétences partagées on utilise un principe général comme le principe de subsidiarité.

Pourtant, cette méthode moderne consensuelle comporte des limites évidentes car les problèmes d'inadaptation et d'incomplétude ne sont pas résolus. Pour assurer un degré élevé de fédéralisme, avec un pouvoir décisionnel fort des Etats fédérés, avec dans certaines circonstances un renforcement ponctuel du pouvoir décisionnel de l'Etat fédéral, il convient de donner tout son dynamisme au principe de subsidiarité. Celui-ci admet en effet que soit respectée la diversité juridique et qu'il ne soit pas porté atteinte au pouvoir décisionnel des entités publiques de niveau inférieur, en n'impliquant l'intervention de l'entité supérieure que de façon seconde, disons « subsidiaire ». De la même manière, si les circonstances l'exigent, cette entité supérieure est en droit d'intervenir afin d'assurer l'application uniforme du droit, afin de « secourir » les entités infra étatiques qui ne sont pas en mesure d'assurer cette fonction. Partant, le système juridique profite

d'une élasticité du degré de répartition verticale des compétences : celui-ci ne sera plus figé par un système des listes ou d'application statique du principe de subsidiarité.

Cette approche répondrait à la dialectique des pouvoirs entre Etat fédéral/Etats fédérés, établissant un équilibre souple mais contrôlé de deux volontés décisionnaires contradictoires.

La dynamisation du principe de subsidiarité passe évidemment par sa constitutionnalisation, comme ce fut le cas en Allemagne ou en Europe. Mais cela ne suffirait pas. L'application du principe de subsidiarité passe aussi par son application jurisprudentielle. Or le juge constitutionnel en cette matière penche souvent du côté fédéral et élude l'aspect descendant de ce mécanisme. Si le constituant, dans la phase constitutionnelle, détermine à travers un protocole d'application précis, l'interprétation légale qui doit être faite du principe, il peut de cette manière « contrôler » les décisions constitutionnelles futures. Ce protocole doit définir les outils juridiques nécessaires à un contrôle de subsidiarité impartial.

Dans le projet de Constitution pour l'Europe, le texte reprenait pratiquement dans les mêmes termes l'article 5 TCE, auquel on avait indexé le protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, affirmant que « la subsidiarité est un concept dynamique, qui permet à la fois d'étendre l'action de la Communauté ou de la limiter et d'y mettre fin si elle n'est pas ou plus justifiée ». Les deux aspects de la subsidiarité y étaient énoncés. C'était le premier texte juridique à lui restituer son dynamisme, mais le projet, lui-même, a connu un triste sort. Par contre, il semble que le Traité modificatif de Lisbonne, en cours de ratification, reprenne ce protocole d'application et le réaménagement⁷.

La « subsidiarité dynamique » offre une réponse pertinente à la question de la répartition verticale de compétences. Mais la volonté du constituant et l'équilibre d'information de la relation d'agence primaire qui en découle, doivent être aussi protégés au niveau post constitutionnel pour garantir l'impartialité du juge et respecter la démocratie politique.

B/ Les contrôles juridiques et politiques de la répartition verticale des compétences :

Dans la phase post constitutionnelle, le juge constitutionnel dispose d'un monopole d'interprétation de la constitution et aura toujours tendance à orienter son interprétation du principe juridique général. La question se concentre alors sur la notion d'impartialité du juge constitutionnel, le modèle constitutionnel de cour suprême montre qu'il existe un risque sur cette question.

Le texte constitutionnel traite de deux grandes questions juridiques distinctes. Cette norme se concentre à la fois sur la définition des normes fondamentales et aussi sur la séparation verticale et horizontale du pouvoir. Le modèle anglo-saxon, révélé précédemment, nous interroge sur la question spécifique de la répartition verticale des compétences. Notre approche théorique révèle ici le risque de partialité du juge sur ce point précis.

D'un autre point de vue, la puissance des juges et leur implication dans l'ordre judiciaire sont largement appréciables en termes de séparation horizontale des pouvoirs. Notre réflexion ne vise absolument pas à remettre en cause le modèle de cour suprême dans son ensemble. Simplement il

⁷ Le protocole n°2 sur l'« application des principes de subsidiarité et de proportionnalité » développe l'idée d'un contrôle spécifique attaché au mécanisme de subsidiarité. Ce contrôle sera dévolu aux différents parlements nationaux qui disposeront d'un délai pour s'opposer à un acte législatif européen menaçant la répartition verticale des compétences et ils pourront saisir directement la Cour de Justice Européenne en cas de litiges. Cette réforme s'inscrit pleinement dans notre axe de recherche, elle institue une forme de « chambre de subsidiarité » mais privilégie un contrôle politique en le confiant aux représentants directs des citoyens. Bien qu'il faille attendre l'application concrète de ce protocole, nous pouvons déjà noter que le fruit de notre recherche révèle que le « risque de centralisation » existe aussi au niveau du juge constitutionnel, or il apparaît qu'il conservera son rôle d'arbitre de dernier recours en cette matière. On peut espérer que la négociation instituée au niveau politique limitera le contentieux juridique. Le Traité de Lisbonne montre que l'application du mécanisme de subsidiarité pose diverses difficultés et tente de lutter contre, mais il semble que le remède ne soit pas prodigué au bon échelon institutionnel. Enfin, l'idée d'un principe de subsidiarité dynamique n'a pas été reprise au sein de ce traité modificatif.

apparaît que la question spécifique de la répartition verticale des compétences rentre en conflit avec l'organisation du contrôle de constitutionnalité spécifique à ce modèle.

L'idée simple serait donc de mettre en place une concurrence dans l'interprétation de la Constitution sur la question spécifique de la répartition verticale des pouvoirs.

Une concurrence émanant d'un des deux autres pouvoirs (exécutif ou législatif) paraît délicate, car ils sont eux aussi au cœur du débat politique et visent eux-mêmes l'extension de leur champ de compétences.

On pourrait plutôt envisager un système de contrôle réciproque de la répartition de compétences, par l'instauration d'une « chambre de la subsidiarité » qui rendrait des jugements contradictoires sur cette question. Cette chambre pourrait être composée des présidents des différentes cours suprêmes des Etats fédérés. On lutterait ainsi contre le monopole d'interprétation du juge constitutionnel et contre les risques de partialité. Les présidents des cours fédérées pourraient alors appuyer ou contrer une jurisprudence trop extensive ou trop restrictive du juge constitutionnel.

Enfin si l'on se replace dans le cadre du débat théorique opposant démocratie politique et démocratie juridique, l'application actuelle qui est faite du principe de subsidiarité au niveau européen démontre que le concept de subsidiarité n'a été appréhendé qu'au niveau juridique. En effet, sa compréhension n'est que jurisprudentielle. Pour redonner une compréhension politique à ce principe, le constituant, dans la phase constitutionnelle, doit donc prendre conscience de l'incomplétude chronique du contrat constitutionnel. Il pourra alors encadrer strictement l'interprétation constitutionnelle du principe en établissant un protocole d'interprétation (définissant les outils juridiques nécessaires et adéquats), ou bien il pourra envisager un système de contrôle politique (gouvernement ou parlement) sur les jurisprudences constitutionnelles en la matière. Notre réflexion vise donc à établir un mécanisme complet pour contrôler la mise en oeuvre du principe de subsidiarité.

Ainsi le juge constitutionnel, lorsqu'il prendra des décisions impliquant cette question, devra prendre en compte le jugement de la « chambre de subsidiarité », composée d'éminents juges locaux. Un système de signal procédural signalera les possibles désaccords entre la chambre et le juge constitutionnel sur une compétence précise. La sphère politique (gouvernement ou parlement) pourra alors procéder à une précision constitutionnelle explicite sur cette compétence litigieuse. Cette procédure offre une synthèse des deux approches théoriques constitutionnelles. La compréhension juridique est mise à l'honneur, car le juge constitutionnel garde sa faculté de juger, après un débat contradictoire avec une chambre privilégiant les intérêts locaux.

Le contrôle politique est aussi revalorisé car le Constituant interviendra de manière éclairée. Les modifications constitutionnelles implicites devraient donc disparaître avec cette « tendance centralisatrice » révélée. On pourra envisager l'existence d'un fédéralisme durable, jonglant réellement entre les intérêts locaux et nationaux.

Nous avons créé un modèle théorique d'agence visant à représenter schématiquement la relation qui existe entre les citoyens, le constituant et le juge constitutionnel. Ainsi nous avons établi l'existence d'un « mandat lointain » entre les citoyens et le juge constitutionnel. Par conséquent, le juge est hors du contrôle populaire qui ne pourra pas influencer sur les jugements de celui-ci. Le juge suprême est incontrôlable vis à vis des citoyens et libre par rapport au constituant. Cette situation est liée à la forme même du mandat existant entre le constituant et le juge suprême mais dépend aussi au modèle de cour constitutionnelle. En matière de répartition de compétence, l'impartialité du juge constitutionnel nécessite l'application d'une forme dynamique du principe de subsidiarité. Le constituant doit aussi limiter le pouvoir du juge constitutionnel et instaurer une concurrence jurisprudentielle. L'application dynamique de la subsidiarité et la mise en place de procédures spécifiques permettraient d'assurer une répartition verticale des compétences pérenne et conforme à la volonté constitutionnelle.

BIBLIOGRAPHIE

- Backhaus J, [1999], « Subsidiarity », article, *Elgar companion of Law and Economics*.
- Backhaus J [2001], “Economic Principles of Constitutions : An Economic Analysis of Constitutional Law”, *Independent Institute Working Paper* Number 40
- Buchanan J et Tullock G, [1962] « The Calculus of consent : Logical Fondations of Constitutional Democracy », *the University of Michigan Press*.
- Buchanan J, [1965], « An Economic Theory of Clubs », *Economica*, 33, pp 1-14.
- Buchanan J, [1987] « The Constitution of Economic Policy », *The American Economic Review*, Vol 77, N°3.
- Hayek F, [1978], « *Law, Legislation and Liberty* ».
- Holcombe R, [2001], « Constitutions and Democracy », *Economie publique*, 2001/1
- Kelsen H, « *Théorie pure du droit* », 2e édition traduite par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, Paris. , « *Théorie générale des normes* », PUF, 1996, Paris, traduction de Olivier Beaud ; « *Théorie générale du droit et de l'État suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique* », *LGDJ - Bruylant*, 1997, Paris, coll. *La pensée juridique*.
- Landes w, Posner R, [1975], « The Independent Judiciary in an interest-group perspective », *Journal of Law and Economics*, n°18, 875.
- Ostrom V, [1987] « Buchanan and the Constitutional Bases of Political Decision Making », *Political Science*, Vol 20, N°2.
- Posner R, [1987]"The Constitution as an Economic Document," 56 *George Washington Law Review*, 4.

Posner R [1987], "The Law and Economics Movement," 77 *American Economic Review Papers and Proceedings 1*

Rubin P, [1999], « Judge Made Law », *Encyclopedia of Law and Economics*, n°9200.

Somin Ilya, [2004], « Richard Posner's Democratic pragmatism », Review of Richard A Posner's, « Law, Pragmatism and Democracy », (2003), *George Mason University School of Law*, Working paper , 04/09.

Tiebout C, [1956], « A pure Theory of Local Expenditures », *Journal of political economy*, 64, pp 416-424.

Stefan Voigt [1998], "Implicit Constitutional Change-Changing The Meaning of the Constitution without Changing the Text of the Document", *Max-Planck Institute*, Institutional Economics Unit, Working Paper No. 12/98

Van den Hauwe L. [1999], "Constitutional Economics." In *The Elgar Companion. to Law and Economics*.