



Les relations de mandat dans les systèmes constitutionnels

Approche théorique et application au cas européen

Jean-Michel Josselin, Alain Marciano

DANS **REVUE D'ÉCONOMIE POLITIQUE** 2002/6 Vol. 112 , PAGES 921 À 942
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0373-2630

DOI 10.3917/redp.126.0921

Date de mise en ligne : 01/02/2009

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://shs.cairn.info/revue-d-economie-politique-2002-6-page-921?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [Cairn.info/copyright](http:// Cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Les relations de mandat dans les systèmes constitutionnels

approche théorique et application au cas européen¹

Jean-Michel Josselin*
Alain Marciano**

Cet article utilise la relation d'agence ou de mandat pour représenter les systèmes constitutionnels. Un modèle théorique analyse les États unitaires et discute les différentes formes de fédéralisme en lien avec la conception économique de la subsidiarité, plus vaste que celle du Traité de Maastricht. Puis ce canevas théorique est utilisé pour appréhender le statut constitutionnel actuel de l'Union Européenne, lequel hésite entre deux modèles. Celui du mandat confédéral des débuts de la communauté tend à laisser la place à une relation d'agence de nature fédérale. Hybride, la « constitution » de l'Union s'appuie pour l'heure sur les deux formes correspondantes de subsidiarité, latérale et ascendante.

fédéralisme - subsidiarité - constitutions - théorie de l'agence - production de droit

An agency model of constitutions : theory and application in Europe

In this paper, an agency model is proposed, which allows us not only to compare a unitary state with a federation but also to represent the various forms of federalism. The concept of subsidiarity is used to explain how responsibilities are assigned between the different institutional levels. Then, the theoretical framework is used to investigate the present institutional status of the European union. We show that Europe still hesitates between a confederation and a federation, two types of subsidiarity (lateral or upwards) being respectively applied.

federalism - subsidiarity - constitutions - agency theory - production of law

Classification JEL : D72, H11, K10

1. Remerciements : Nous remercions un rapporteur pour des remarques pertinentes sur ce texte. Les commentaires de Thierry Garcia nous ont également été très utiles.

* Université de Rennes 1 et CREREG (CNRS) 7, place Hoche CS 86514, F-35065 Rennes cédex France, e-mail Jean-Michel.Josselin@univ-rennes1.fr

** Université de Reims, 57 bis rue Pierre Taittinger, 51096 Reims cédex et GREQAM - (CNRS), Institut d'Économie Publique.

1. Introduction

L'analyse économique de la production et de l'usage des règles et pratiques juridiques s'est développée pour l'essentiel à partir du droit privé. Comme le remarque Rose-Ackerman [1994], ce biais vient pour une large part de la prééminence de l'école de Chicago et de la tradition, bien établie dans les pays anglo-saxons, de la *common law*. L'émancipation récente mais croissante de l'économie du droit vis-à-vis de cette tradition ouvre une triple perspective. En matière de droit privé tout d'abord, le droit civil, tradition continentale s'il en est, devient progressivement un objet d'analyse pour l'économiste (Deffains et Kirat [2001]). Ensuite, le droit de la concurrence européen affirme désormais des réflexions adaptées à son contexte institutionnel et solidement fondée au plan microéconomique (Glais [2001]). Enfin, longtemps négligés, les textes et réformes constitutionnels occupent une place croissante dans l'analyse économique du droit. Comprendre les mécanismes de production et d'évolution de ces règles est essentiel car les constitutions forment le cadre dans lequel se déroule l'action publique et les activités économiques des agents privés. L'importance de ces réflexions peut d'ailleurs se juger à leur actualité : les bouleversements que constituent les fusions, divisions et scissions de pays (Wittman [1991] Bolton et Roland [1997] Alesina et Spolaore [1997] Josselin et Marciano [1999c]), les réformes constitutionnelles entreprises ici et là, sont autant d'objets d'analyse pour l'économiste².

Tout en se situant dans ce cadre général, l'article se concentre sur l'analyse économique du système constitutionnel Européen tel qu'il résulte de presque 50 ans d'intégration. Les aspects les plus traditionnels de l'Union Européenne (politique agricole, monnaie unique, exemples parmi d'autres) sont à juste titre l'objet de beaucoup d'attention. De même, les institutions politiques de l'Union sont désormais bien placées sur l'agenda du *public choice* (Mueller [1995] Vaubel [1997] [1999] ; Schmidtchen et Cooter [1997] Cooter [2000]). Il n'en reste pas moins qu'en matière de production des règles de droit constitutionnel, l'Europe demeure un champ d'investigation dans lequel beaucoup reste à faire afin de progresser vers l'élaboration d'un système juridique harmonisé.

Dans cette perspective, si l'on pose la question de la « meilleure » constitution pour l'Union Européenne, l'analyse économique du droit constitutionnel offre un cadre théorique de référence constitué de deux modèles d'organisation opposés. D'un côté, la vision de l'ordre spontané envisage de laisser aux règles juridiques existantes le soin d'entrer en concurrence, supposant ainsi que serait assurée la sélection du modèle le plus adapté (Smits

2. Plusieurs approches des systèmes constitutionnels sont alors possibles, lesquelles s'inscrivent dans une perspective que l'on peut qualifier de « économie politique des décisions publiques » (Josselin et Marciano [1999d]). On y trouve le *public choice* et l'économie politique constitutionnelle dont la caractéristique est d'insister sur les processus politiques. L'analyse économique du droit en fait également partie. Elle se différencie des approches précédentes en ce qu'elle met plutôt l'accent sur les modes de production des règles de droit.

[2002]) ; ici, la constitution n'est définie que comme le cadre qui organise et permet cette compétition. De l'autre, l'optique contractualiste propose de construire un cadre constitutionnel par le biais d'une discussion explicite sur le marché politique. Dans la comparaison entre ces deux modèles polaires, il faut accorder une attention particulière aux problèmes d'acquisition d'information qui limitent fortement l'harmonisation spontanée de différents systèmes juridiques (Josselin et Marciano [1995] [1999b] [2001a]) et, de ce fait, permettent d'affirmer la supériorité du modèle contractuel, tel que défendu en particulier par Buchanan [1996] ou Brennan et Buchanan [1985], sur le modèle spontanéiste – ou, à tout le moins, une meilleure adaptation au cas de l'intégration européenne. Tel est l'argument sur lequel s'appuie cet article : l'Europe ne peut se développer sans un contrat constitutionnel. Ceci étant posé, seule une partie du chemin est faite. L'étape suivante du raisonnement renvoie au type de contrat constitutionnel qui doit être choisi. En l'occurrence, il s'agit de savoir s'il faut opter pour une forme unitaire, une forme fédérale ou encore une forme hybride qu'il importera alors d'inventer.

Dans cette optique, le futur des institutions européennes dépend d'un objectif politique assez clairement affirmé et d'un certain nombre de contraintes. L'objectif est celui, désigné notamment par la Commission, d'une structure fédérale comme une issue nécessaire et inévitable à l'évolution institutionnelle en cours. Là encore, une telle position ouvre le débat, plutôt qu'elle ne le ferme, tant il est vrai que les formes du fédéralisme sont nombreuses, aussi bien en théorie (Inman et Rubinfeld [1997a, 1997b]) que dans la réalité des organisations des États. En particulier, le modèle de fédéralisme qui s'est développé aux États-Unis, bien qu'il ait souvent été montré comme la référence incontournable à l'aune de laquelle l'Europe devrait évaluer ses avancées, n'est certes pas le seul type de fédéralisme auquel on puisse se rapporter. Qu'il soit pertinent de tourner son regard vers d'autres horizons organisationnels apparaît encore plus nettement lorsqu'on remarque que l'analogie entre l'Europe et les États-Unis n'est peut-être pas aussi flagrante que ce qu'on voudrait penser (Buchanan [1996]). De surcroît, cet objectif fédéral ne peut être atteint sans que soient prises en considération quelques contraintes. Il est ainsi évident que « l'invention » de la constitution européenne ne se fait pas dans un vide institutionnel mais doit tenir compte d'institutions existantes et en partie sédimentées. L'Union devra alors mettre en œuvre une certaine capacité d'innovation pour découvrir, parmi les voies qui restent ouvertes, celle qui permettra de développer son propre modèle de fédéralisme. L'analyse économique du droit fournit à cet égard des outils de réflexion originaux, certainement complémentaires de l'approche des sciences juridiques et politiques. C'est l'objet de cet article que de présenter ces outils, et de les mettre en perspective par rapport au statut actuel de l'Union Européenne.

Le cadre analytique retenu à cet effet est celui de la théorie de l'agence. Le principal (le mandant) délègue à l'agent (le mandataire) un droit sans pouvoir contrôler directement l'usage de ce droit. Nous proposons un modèle du fédéralisme dans lequel les citoyens (dans la situation des principaux, parce qu'ils sont les dépositaires ultimes du pouvoir) délèguent certaines tâches à un ou plusieurs agents. Le modèle de la relation de mandat a largement été utilisé afin de représenter les phénomènes constitutionnels

(pour une recension, cf. Josselin et Marciano [2000b]). Il a également été questionné. Ainsi, Grossman [2000] remarque que souvent l'État ne représente pas les citoyens mais simplement une « élite » ou des groupes de pression parmi eux. Dans ces cas, l'État utilise son pouvoir pour satisfaire les intérêts d'un petit nombre et ce, certainement, en contradiction avec l'intérêt général. Bien plus que de souligner l'imperfection du modèle, et son inadaptation à certaines situations, ce point met en évidence la nature même du pouvoir. En effet, ce dilemme constitutionnel est incontournable puisque détenir le pouvoir c'est aussi détenir les moyens d'utiliser ce pouvoir à des fins privées (Witt [1992]). Par conséquent, construire une relation de mandat, ce n'est pas simplement répartir les différentes responsabilités et délégations, mais cela consiste également à prévoir des mécanismes permettant le contrôle du principal sur son ou ses agents. L'efficacité de la relation de mandat en dépend ; le contenu démocratique du régime également. De ce point de vue, aucun des types de régime, unitaire ou fédéral, quelle que soit sa forme n'échappe à ces dilemmes constitutionnels (Josselin et Marciano [1997]). Les agents ont donc nécessairement, par construction, une marge de manœuvre qui leur confère un pouvoir discrétionnaire certain. Cela vient de ce qu'un contrat d'agence constitutionnel est nécessairement incomplet, d'une incomplétude « constitutionnelle » irréductible (Laffont [2001]).

L'article est organisé comme suit. La seconde section décrit le mandat constitutionnel dans les systèmes unitaires et fédéraux. Les deux modes d'organisation sont présents en Europe et peuvent légitimement prétendre à servir de modèle pour la future constitution commune. Quoiqu'il advienne, le fédéralisme, s'il est choisi, ne se réduit pas à une forme unique. L'objet de la troisième section est d'analyser les diverses déclinaisons des structures fédérales. Le cadre de réflexion ainsi élaboré permet d'évaluer dans la quatrième section la situation présente de l'Europe, en matière de statut constitutionnel. Une dernière section conclut l'argumentation.

2. Le mandat constitutionnel : un modèle pertinent pour les États unitaires et fédéraux

La question que doit prendre en considération une relation de mandat constitutionnelle, lorsqu'elle vise à modéliser les États unitaires ou fédéraux, est celle de l'assignation des responsabilités et des tâches entre les différents niveaux de gouvernements. Cette problématique est centrale dans le cas de l'Europe puisqu'il s'agit de faire coïncider des nations aux traditions juridiques diverses dans un cadre juridique harmonisé. Dans cette perspective, un État unitaire se distingue d'un État fédéral non simplement par le nombre de niveaux mais surtout par la nature des tâches assignées et les processus d'assignation.

2.1. Les États Unitaires : un mode d'assignation administratif et centralisé

Un État unitaire se définit par un contrat constitutionnel au gré duquel les citoyens, en tant que principaux, délèguent le pouvoir à un seul agent, considéré comme le lieu ultime de l'autorité. Cette relation de mandat doit pouvoir permettre bien sûr le contrôle de l'agent par les principaux, mais également la « décentralisation » (Salmon [1987, 2000]) des tâches. La constitution d'un État unitaire se caractérise donc par une double relation d'agence dans lequel les citoyens sont des mandant de premier niveau et l'État, à la fois mandataire à un premier niveau et mandant à un second niveau. En effet, admettre qu'il n'existe qu'un seul agent ne signifie en effet pas que celui-ci doit exercer la totalité des missions qui sont liées à la délégation du pouvoir. Des raisons d'efficacité évidentes imposent que cet agent « souverain », même si les termes peuvent sembler contradictoires, choisisse à son tour un certain nombre d'agents. Toujours pour des raisons d'efficacité, il est important de déterminer le niveau optimal de délégation, ce qui peut être fait en comparant les gains attendus et les coûts directs de la délégation, liés à la gestion d'un système décentralisé, et les coûts indirects, issus du risque de perte de contrôle des agents. Toutefois, ce calcul est influencé par le fait que cette délégation de second niveau ne concerne pas le même « objet » que la relation par laquelle les citoyens délèguent le pouvoir à l'État³. La relation qui lie l'État à ses propres agents n'implique pas, en théorie, d'enjeux de division du pouvoir. En effet, ce qui caractérise cette seconde étape de délégation est qu'elle n'est pas une délégation de pouvoir mais seulement une délégation de tâches. L'agent de premier niveau détient l'autorité formelle sur ses agents de second niveau, c'est-à-dire qu'il conserve le pouvoir de renverser les choix faits par ses propres agents (Aghion et Tirole [1997]). Ainsi, dans une structure unitaire, la délégation aux agents de second niveau est « fonctionnelle », c'est-à-dire administrative – elle porte sur des tâches ou des missions – et non constitutionnelle – elle ne porte pas sur le pouvoir, lequel demeure dans les mains de l'agent de premier niveau. Par conséquent, les agents de cet agent souverain ne sont pas situés au même niveau institutionnel. L'État est bien en situation de monopole. Cette caractéristique essentielle est ainsi celle autour de laquelle s'organise la distinction entre un État unitaire et un État fédéral. Exprimée dans les termes de l'assignation des tâches entre niveaux, il apparaît donc qu'un État unitaire se caractérise par le fait que l'État central contrôle l'assignation et la réassignation des pouvoirs que lui ont délégués les citoyens, ses mandants. Il s'agit d'une prérogative constitutionnelle : si les pouvoirs sont assignés par le plus haut niveau, alors l'État est unitaire et ce quelque soit le degré de décentralisation qui existe⁴. De fait, il s'agit d'un mode d'assignation des responsabilités et des tâches qui se fait *ex ante*. Les coûts

3. Nous remercions un rapporteur de la revue pour avoir souligné ce point.

4. Dans un pays décentralisé comme la France, par exemple, le gouvernement central contrôle la procédure de révision de la constitution. Non pas qu'il n'y ait pas de révision possible, et donc de modification des tâches déléguées à l'agent ou aux agents. Cependant,

liés à une éventuelle perte de contrôle sont donc à évaluer dans la relation hiérarchique qui est créée par cette seconde relation de mandat entre l'État et ses propres agents⁵.

Ce mode d'assignation des responsabilités, et donc de contrôle des mandataires de second niveau, influe également sur l'efficacité du contrôle de l'État par les citoyens. En l'occurrence, le mode de délégation qui caractérise une structure unitaire contient un mécanisme incitatif puisque la définition *ex ante* des responsabilités de l'État est clairement un moyen de délimiter ses compétences et donc de le contrôler dans son rôle de mandataire des citoyens. Cependant, il n'est pas exclu que se manifeste un dilemme constitutionnel, par lequel l'agent utilise son pouvoir pour accroître ses propres prérogatives. Dans un État unitaire, les coûts de la délégation apparaissent pour deux raisons. Premièrement, parce que l'agent est en monopole, il n'y a donc pas de jeu concurrentiel entre agents de même niveau qui puisse tempérer leurs velléités. Les citoyens n'ont donc pas comme moyen d'inciter l'État à un comportement optimal, la possibilité de bénéficier des règles fournies par un autre producteur. Deuxièmement, l'État peut déléguer à un autre agent, de niveau inférieur, le droit de le contrôler. D'une certaine façon, cela signifie que la surveillance est interne : l'État se délègue à lui-même le droit de se contrôler. C'est le cas en France avec les juges administratifs, eux-mêmes agents de l'État, dans le sens économique comme dans le sens usuel du terme. Le juge administratif se voit donc déléguer, par l'État, la tâche de contrôler l'État. Dans un tel système dualiste (Josselin et Marciano [1999a]), les coûts indirects (la perte de contrôle des citoyens sur l'État) de la délégation ne disparaissent qu'à la condition que l'agent chargé du contrôle soit indépendant. C'est le cas en France depuis la fin du 19^e siècle et la réforme du système de justice administrative (Harnay et Marciano [2001]). Cette indépendance, d'une certaine manière antinomique du statut de mandataire, reste une énigme pour les systèmes monistes de *common law* à l'anglaise (Josselin et Marciano [1995]). L'État ne peut s'y faire justice lui-même et relève donc des juridictions communes.

2.2. La relation de mandat constitutionnelle dans les États fédéraux

Par contraste avec ce que l'on vient de voir, un État fédéral se caractérise par le fait qu'il n'existe pas d'agent en position d'autorité ultime. En effet, quelque soit la forme du fédéralisme, l'autorité formelle au sens d'Aghion et Tirole [1997] est supposée rester dans les mains du peuple. Il n'en reste pas moins que les prérogatives publiques liées à l'exercice du pouvoir sont

non seulement l'assignation des pouvoirs n'est pas concurrentielle mais en outre aucun niveau inférieur ne peut entreprendre d'action en vue de modifier ses propres prérogatives.

5. On rentre alors dans une autre partie de l'analyse, qui relève du *public choice* puisqu'il s'agit alors de coûts administratifs et de coûts de fonctionnement d'une bureaucratie qu'il faut prendre en compte. Remarquons toutefois que, du point de vue de l'analyse économique du droit, l'existence d'une hiérarchie des normes est certainement un moyen permettant à l'État d'encadrer efficacement l'action de ses agents.

fragmentées entre plusieurs agents. En d'autres termes, la répartition des prérogatives dans un l'État fédéral s'appuie, dans la perspective qui est celle des « *checks and balances* » tels que Madison et Hamilton les présentent dans les *Federalists Papers*, sur la création « d'un réseau de gardiens constitutionnels dont les forces s'équilibrent » (Wagner [1993, p. 50], notre traduction). Dans ce cas, la délégation sur laquelle porte le contrat d'agence constitutionnel consiste bien à diviser le pouvoir et ne constitue pas une simple répartition des tâches. On s'éloigne donc de la délégation décentralisée, telle qu'elle prend place dans les États unitaires, car chaque niveau est doté de la capacité de produire le droit. Les États et leurs gouvernements locaux, le gouvernement fédéral, et toutes les autres composantes telles que le parlement, la Cour Suprême, sont mis en concurrence, laquelle, on le voit, implique des agents situés au même niveau mais aussi des agents placés à des niveaux institutionnels différents.

Que la délégation dans un État fédéral diffère de la délégation dans un État unitaire, nul n'en doute. Toutefois, ce que nous voyons ici, posé dans des termes économiques, est que les enjeux d'efficacité et d'optimalité de la délégation ne se pose pas dans les mêmes termes. L'efficacité de la délégation fédérale est liée à la mise en place d'une structure concurrentielle. Ainsi, les gains attendus de la délégation ne découlent pas de la définition *ex ante* des prérogatives de l'agent mais plutôt de l'organisation des conditions de la concurrence entre les différents agents ; la définition des prérogatives est donc endogène à ce processus concurrentiel. De fait, il s'agit d'un contrôle à la fois *ex post* et ininterrompu puisque les tâches déléguées aux différents agents, sont définies et redéfinies au gré de leurs relations concurrentielles. C'est bien là que réside l'avantage du modèle fédéral, dans l'efficacité que permet la division du pouvoir, dans l'équilibre et le contrôle respectif des différents agents mais aussi dans la souplesse que garantit cette renégociation permanente des prérogatives. Dans ces conditions, c'est-à-dire lorsque ces effets bénéfiques se conjuguent, la concurrence entre agents peut être stable, au bénéfice des principaux, les citoyens. La concurrence entre niveaux institutionnels est le mécanisme incitatif par lequel les citoyens s'assurent du comportement optimal de leurs agents. Du moins en théorie car cette concurrence peut également dégénérer : le fédéralisme ne possède pas de propriété intrinsèque lui permettant d'éviter des débordements.

Les coûts de la délégation ont alors deux origines possibles. D'une part, il peut y avoir collusion entre différentes branches de l'État. D'autre part, la concurrence peut tourner à l'avantage d'un des agents, lequel se trouve alors en situation de monopole. Dans ces situations, le risque d'abus de pouvoir est aussi grand que dans un État unitaire : dans la mesure où aucune prérogative n'est définie avec précision *ex ante*, si la concurrence ne joue plus et si l'équilibre des pouvoirs n'est plus respecté, rien n'empêche qu'un agent, parce qu'il se retrouve en position dominante, ne renverse la relation de mandat initiale. Toujours officiellement dans la position d'un agent, il se comporte comme s'il était son propre principal, définissant lui-même ses propres tâches, pouvant aller jusqu'à imposer des modifications de la relation d'agence (Josselin et Marciano [2000a]).

Ainsi, l'État fédéral présente, par rapport à l'État unitaire, la caractéristique de s'appuyer sur un mécanisme incitatif endogène, donc flexible et pouvant

s'adapter à différentes situations. Cependant, l'efficacité de ce mécanisme dépend de l'organisation de la concurrence entre agents dans les fédérations. Cet aspect de la relation d'agence revêt donc une importance toute particulière.

3. L'organisation de la concurrence entre agents dans les systèmes constitutionnels fédéraux

Parce qu'il formalise une compétition juridictionnelle parfaite, le modèle de Tiebout [1956] fournit une base essentielle pour penser le fédéralisme (3.1). Toutefois ses limites nécessitent d'aller au-delà pour concevoir des modes d'organisation de la concurrence entre agents qui soient plus réalistes (3.2).

3.1. Une base commune aux différentes formes de fédéralisme : le modèle de Tiebout

On verra que la nature de la concurrence entre agents change selon le type de système fédéral, et c'est bien le propre de chaque type de contrat d'agence constitutionnel que de proposer un mode d'organisation de la concurrence différent. On peut cependant considérer que le fédéralisme, s'il peut prendre différentes formes, repose malgré tout sur la même base que celle fournie par le modèle de concurrence entre juridictions, proposé pour la première fois par les Caméralistes (Backhaus and Wagner [1987]), puis systématisé par Tiebout [1956] et Bewley [1981].

Ce modèle désigne un fédéralisme qui peut être qualifié de « pur ». Les différentes juridictions locales ou « clubs » (Buchanan [1965]) entrent en compétition pour produire différents « paniers », comprenant des services collectifs localisés, ainsi que le système de taxes qui permet de financer ces services. La mobilité des citoyens permet en effet à ces derniers de se déplacer d'une juridiction à une autre en fonction de leurs préférences pour les paniers et de la contribution financière qui leur est demandée pour « rentrer dans le club ». L'argument économique sous-jacent à ce type de fédéralisme est bien connu : chaque juridiction est supposée avoir les capacités de réaliser les tâches qui lui ont été confiées et ce parce qu'existe « une adéquation étroite entre les fonctions [de cette juridiction] et les moyens et responsabilités qui permettent de les remplir » (Backhaus [1999 : 136], notre traduction). Cette concurrence empêche la collusion entre producteurs de biens publics (Breton et Scott [1978]). La mobilité des citoyens réduit également le pouvoir discrétionnaire et les risques de comportements prédateurs de la part des gouvernements (Weingast [1995]).

Du point de vue de la relation d'agence les citoyens, en tant que principaux, délèguent un certain nombre de tâches aux gouvernements locaux, qui sont leurs agents directs. La relation de mandat caractérisant un contrat constitutionnel à la Tiebout comporte donc un seul niveau.

Afin d'illustrer ce fédéralisme pur, on peut se reporter à l'analyse de l'ouest américain au 19^e siècle par Anderson et Hill [1977], de même qu'à l'expérience allemande après la guerre de Trente Ans (Backhaus et Wagner [1987]). Les exemples restent toutefois peu nombreux. Ceci n'est guère étonnant dans la mesure où ce modèle, tout fondamental qu'il soit, ne peut à lui seul définir le fédéralisme. En premier lieu, Tiebout lui-même a précisément établi les conditions dans lesquelles son modèle est valable. Les biens publics dont le concernement est national plutôt que local ne sont pas pris en considération, de même, les effets de débordement, les externalités d'un club à l'autre. Enfin, le modèle de Tiebout suppose une offre parfaitement élastique de juridictions – une hypothèse dont on sait qu'elle est tout aussi parfaitement irréaliste. De la même manière, les différences de mobilité, et d'une manière générale, la mobilité imparfaite, réduisent la capacité de sanction par le changement de club. A ces difficultés internes au modèle, on trouve aussi des limites externes, en particulier celle de l'application de la métaphore marchande à une concurrence entre des juridictions censées servir des intérêts collectifs (Donahue [1997]). Musgrave [1997] insiste d'ailleurs sur les risques de « *race-to-the-bottom* » pouvant découler d'une telle concurrence, même si d'un point de vue pratique, il n'est pas certain que ces risques soient effectifs (Scott [2000]).

De la sorte, même si le modèle de Tiebout fournit une base incontournable, il n'est pas possible de considérer qu'il fournisse à lui seul le modèle d'une organisation fédérale. Il convient de le dépasser et de compléter la relation de mandat initiale (citoyens-principaux et juridictions locales-agents). On peut l'étendre dans trois directions.

3.2. Au-delà du modèle de Tiebout : fédéralisme et subsidiarité

Quand un club, ou une juridiction, ne peut remplir seul l'objectif qui lui est assigné (produire tel bien public, par exemple) par les principaux, elle peut chercher des possibilités de coopération, en d'autres termes faire jouer des mécanismes de subsidiarité. De ce fait, on constate que fédéralisme et subsidiarité sont étroitement liés : l'un comme l'autre s'intéressent à l'assignation des pouvoirs entre différents niveaux institutionnels. En l'occurrence, l'efficacité de la relation d'agence fédérale est une question de subsidiarité : ce n'est pas tant le nombre de niveaux qu'il faut considérer que le sens dans lequel jouent les mécanismes de subsidiarité.

3.2.1. Les confédérations ou la subsidiarité latérale

Une juridiction qui ne pourrait remplir seule l'objectif qui lui a été assigné peut se tourner vers une juridiction de même niveau et négocier avec elle

des possibilités de coopération ; il s'agit du modèle confédéral. Le principe d'une confédération est que les juridictions locales négocient entre elles pour définir quels biens publics seront produits au niveau fédéral, comment ces biens seront financés et quelles seront les prérogatives conférées à ce niveau. Dans les termes d'une relation de mandat, les juridictions locales délèguent un certain nombre de tâches à un agent, l'État confédéral central, créant ainsi un second niveau de relation de mandat. Les citoyens sont supposés exercer le contrôle sur les gouvernements locaux, lesquels contrôlent le gouvernement central (cf. figure 1). En d'autres termes, nous avons à faire à un type de régime dans lequel la négociation, le marchandage entre les juridictions locales, États membres de la confédération, remplace la concurrence pour l'assignation et la réassignation des compétences.

Figure 1. Relation de mandat avec subsidiarité latérale

Premier niveau de mandat

Principaux primaires : les citoyens



Agents primaires : les juridictions
(États membres)

Second niveau de mandat

Principaux secondaires : les juridictions
(États membres)



Agent secondaire : le gouvernement fédéral

Cette situation fut par exemple celle des États américains lorsque la constitution américaine était définie par les Articles de la Confédération, de 1781 à 1789. Selon la terminologie de Wolff (Backhaus [1999], Dreschler [1999]), la subsidiarité y est latérale puisqu'elle joue entre collectivités de même rang ; elles sont dans la relation d'agence des mandataires de même niveau.

En termes d'efficacité, quelles sont les propriétés d'une organisation confédérale ? Les gains d'une confédération sont liés à sa flexibilité et sa plasticité, gages de capacité de réaction aux modifications de l'environnement que le processus de négociation permanente permet d'atteindre. De plus, dans la mesure où les États membres décident de se confédérer (donc de se coaliser), la révélation de leurs préférences n'est pas censée poser problèmes, et les comportements de passagers clandestins ne devraient pas exister - ceci étant renforcé par le fait que les prises de décision à l'unanimité renforcent le respect des préférences de chaque État membre. En pratique, ces problèmes apparaissent pourtant bien. Par exemple, et pour reprendre le cas de la confédération américaine, la fourniture par le gouvernement confédéral d'un service collectif aussi fondamental que la défense sera très vite mise à mal (Dougherty et Cain [1997]). Et les membres de la confédération ne sont alors que treize ! De fait, même avec un petit nombre de joueurs, du moins par rapport à ce que deviendra la fédération américaine, le processus de négociation est instable par nature car même

s'il y a accord sur ce qui va être financé par le gouvernement fédéral, il n'existe aucun moyen d'obliger les États membres à respecter leurs engagements. En effet, dans une confédération, le pouvoir fédéral n'est par définition pas doté de pouvoir de contrainte (en particulier en conséquence de l'article 8, le Congrès ne peut lever l'impôt). Seuls les États membres de la confédération ont ce droit. De ce fait, on se trouve en pratique face à des problèmes classiques de passagers clandestins. Ainsi, paradoxalement, la flexibilité et la plasticité d'une organisation confédérale est payée au prix de coûts de prise de décision et d'action collective forts. Certes, les États membres peuvent inciter le niveau confédéral à adopter un comportement qui correspond à leurs préférences mais sans être certain que leurs partenaires respectent leurs engagements. Une confédération fonctionne efficacement mais lorsqu'elle fonctionne seulement !

Des mécanismes coercitifs peuvent certes être utilisés, mais cela entraînerait la modification du régime. Évidemment, la répétition du jeu peut permettre de créer une réciprocité suffisante pour établir un climat de confiance. Cependant, rien n'est moins sûr. Comme Hume nous en averti, établir une « firm league of friendship » est loin d'être simple. S'ouvre alors la voie d'un pouvoir plus fort, plus coercitif, ce qui en termes économiques implique une modification substantielle des relations d'agence au sein de la structure de gouvernement.

3.2.2. Le fédéralisme centralisateur et la subsidiarité ascendante

Afin de pallier les limites du modèle de Tiebout, les juridictions peuvent envisager de s'adresser au niveau supérieur, celui du gouvernement fédéral. Cette perspective est celle de la subsidiarité ascendante et du fédéralisme centralisateur, tel que le connaissent, par exemple, les États-Unis d'Amérique aujourd'hui. Dans ce cas, en lieu et place d'un processus de négociation entre agents, l'assignation des responsabilités se fait sur la base d'une délimitation constitutionnelle des compétences de chacun des agents, de chaque niveau de gouvernement. Là encore, par rapport au modèle de Tiebout, le fédéralisme ascendant introduit un second niveau de relation de mandat. Toutefois, par rapport à une confédération, l'ordonnancement est inversé. En effet, dans ce cas, les citoyens délèguent, par une constitution, des compétences au gouvernement fédéral puis, dans un second temps, le gouvernement fédéral attribue un certain nombre de prérogatives aux juridictions locales (aux États membres) (cf. figure 2). C'est bien le sens de l'évolution du système américain à partir de la convention de Philadelphie [1787], laquelle conduira à la naissance de la constitution de 1789.

L'argument sous-jacent à cette démarche ascendante est que le niveau fédéral est supposé plus efficace que les niveaux inférieurs pour l'exécution d'un certain nombre de tâches, en particulier lors de la fourniture de biens collectifs dont le concernement est global, telle la défense. Cette hypothèse, bien qu'elle puisse se révéler exacte, doit néanmoins être discutée. En effet, puisqu'il n'y a plus de concurrence pour savoir qui doit produire tel ou tel bien, les comportements de recherche de rente et les risques de dérives

Figure 2. Relation de mandat avec subsidiarité ascendante**Premier niveau de mandat**Principaux primaires : les citoyensAgents secondaires : les juridictions (États membres)**Second niveau de mandat**Agent primaire et principal secondaire : le gouvernement fédéral

bureaucratiques sont possibles. Les coûts d'agence (de fonctionnement et de perte de contrôle) réapparaissent, par rapport à la confédération. Les risques de collusion entre agents, dont nous avons noté l'existence plus haut, peuvent aussi engendrer des coûts inexistant dans un système confédéral : la collusion non seulement permet à l'État fédéral de maîtriser le pouvoir et d'échapper aux contrôles des citoyens mais aussi provoque une centralisation croissante du système - ainsi que les États-Unis d'Amérique en fournissent l'exemple. Enfin, la nature des biens dont il s'agit d'attribuer la fourniture au niveau fédéral n'est pas systématiquement tranchée. L'éducation par exemple, si elle est de responsabilité locale, exerce pour autant des effets sur l'ensemble des territoires lorsque les individus se déplacent. De même, la distribution des revenus doit-elle être faite sur une base nationale ou locale dès lors que les individus les plus riches peuvent se déplacer et éviter les juridictions avec les taux d'imposition les plus élevés ? Ainsi, dans le passage de la confédération à la fédération, ce qui peut être gagné en termes d'efficacité productive des biens doit être comparé avec ce qui est perdu en termes de flexibilité et de risques de perte de contrôle.

Le fédéralisme ascendant ne vaut pas qu'à l'échelle des nations. Les gouvernements métropolitains (Hochman, Pines and Thisse [1995]) en sont un autre exemple, en ce qu'ils centralisent toutes les fonctions de fourniture de services publics locaux au sein d'une aire géographique large regroupant plusieurs collectivités locales. En pratique, le mouvement d'intercommunalité en France relève lui aussi de cette subsidiarité ascendante. Ce « centralisme local » peut d'une certaine manière se conjuguer avec une dévolution géographique à l'échelle nationale.

3.2.3. Le fédéralisme de dévolution et la subsidiarité descendante

La troisième voie, si l'on peut dire, consiste à déléguer les tâches à un niveau inférieur. La dévolution s'entend alors de deux façons. La première

est géographique : le transfert de délégation s'opère sur un espace, selon le principe de territorialité. La seconde est fonctionnelle : le nouveau mandat porte sur une fonction précise, sur un service collectif désigné. Le transfert s'appuie sur le principe de personnalité.

Les phénomènes de dévolution géographique qui ont pris place aux États-Unis d'Amérique ou, plus près de nous, en Écosse, se caractérisent par un transfert constitutionnel, et non administratif, de compétences d'un niveau supérieur vers un niveau inférieur (Tannenwald [1998]). Il s'agit donc de doter les régions, pour reprendre la terminologie française, de compétences constitutionnelles. Ces compétences portent certes sur des fonctions précises (et précisées) mais cette subsidiarité descendante s'appuie bien avant tout sur un territoire. L'un des arguments de fond consiste à mettre en avant la dimension de bien public local du droit, dont la fourniture et le respect sont liés à la répétition des interactions locales ; de ce fait, les compétences doivent être définies pour des juridictions correspondant au domaine d'application de ces normes spontanées locales. Les régions peuvent alors être considérées comme des clubs spatiaux. Leur hétérogénéité fait que leur maintien dans leur État unitaire d'origine peut être coûteux. Il peut être nécessaire de redéfinir le centre, national ou Européen, auquel rattacher ces régions (Drèze [1993] Josselin et Marciano [1999c]).

Une autre forme de fédéralisme descendant est représenté par la dévolution fonctionnelle (Casella and Frey [1992]). Le concept de « *Federal Overlapping and Competing Jurisdictions* » (Frey and Eichenberger [1996]) permet de répondre aux questions de l'imparfaite mobilité des individus et de la relative inélasticité de l'offre géographique de juridictions. Les FOCJ sont des juridictions qui sont en concurrence sur la base d'un modèle fonctionnel et non plus territorial. Il n'est donc plus nécessaire de lier la fourniture d'un bien public et l'appartenance géographique à un club. Ainsi, avec le fédéralisme fonctionnel, le principe de territorialité cède-t-il le pas à celui de personnalité. En termes de relation de mandat, nous revenons à un contrat constitutionnel à un seul niveau : les citoyens, en tant que principaux, délèguent un certain nombre de tâches à des juridictions locales mais fonctionnelles, leurs agents. Ce mode de fédéralisme n'est peut-être pas une utopie (Frey [2001]) puisqu'il en existe de nombreux exemples aux USA ou en Suisse (Frey, *ibid.* p. 171-173). Toutefois, même s'il repose sur des fondements microéconomiques pertinents, il n'en demeure pas moins pour l'heure une avancée plus théorique que pratique.

Duquel de ces modèles l'Europe relève-t-elle ? C'est ce que nous allons voir dans la section suivante.

4. L'architecture de l'Europe à l'aune des relations de mandat constitutionnelles

Afin d'envisager les possibles évolutions constitutionnelles de l'Europe, il convient d'analyser la genèse de son statut actuel, de préciser ce que sont

les prérogatives des différents acteurs dans les termes d'une relation de mandat. L'ambiguïté qui caractérise le système constitutionnel de l'Union Européenne apparaît fort bien au travers du prisme principal-agent (4.1). C'est le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) que de gérer cette ambiguïté (4.2).

4.1. Un statut ambigu dès les origines

Il semble possible de considérer, suivant en cela certains juristes (Schilling [1996] Weiler [1991] par exemple), que l'Union Européenne est née comme un ordre juridique international. Cette affirmation signifie alors que les premiers Traités (CECA, CEE, Euratom) qui la constituent n'ont en effet pas été conçus comme une constitution élaborée par un pouvoir constituant. Certes, une interprétation alternative et concurrente présente les ratifications par les législatures nationales comme des actes constitutionnels : les traités sont vus comme la base de la constitution de l'Union et, par conséquent, les citoyens européens considérés comme la source du pouvoir. En termes économiques, cette interprétation met les individus dans la position de principaux, les institutions de l'Union étant leurs agents et non pas ceux des États membres. Plus précisément, pour reprendre le cadre analytique défini dans la section précédente, les citoyens seraient les principaux primaires. Les institutions de l'Union seraient l'agent primaire en même temps que le principal secondaire. Les États membres auraient alors le statut d'agents secondaires. Dit autrement, l'Union serait née comme une fédération, reposant sur une assignation des pouvoirs avec subsidiarité ascendante.

En réalité, rien n'indique que ces actes de ratification puissent être interprétés comme l'exercice d'un véritable pouvoir constitutionnel. Ce sont plutôt les conférences intergouvernementales qui ont finalisé les documents, lesquels avaient d'ailleurs été élaborés au cours de négociations diplomatiques. De ce fait, ce sont bien les États membres, agents de leurs citoyens nationaux respectifs, qui sont les principaux des institutions qui composent l'Union Européenne, lesquelles se trouvent en position d'agents secondaires. L'Union Européenne s'analyse donc dans le cadre du schéma de la relation d'agence confédérale, avec subsidiarité latérale. En 1957, une opinion de l'avocat général Lagrange confirme cette interprétation indiquant que « le Traité est basé sur la délégation, avec le consentement des États membres, de leur souveraineté aux autorités supranationales pour des objectifs bien définis (...) Le principe juridique sous-jacent au Traité reste celui d'une autorité limitée » (*cas Dineke Algea et al. v. Common Assembly of the European Coal and Steel Community*, 7/56 & 3-7/57, ECR 69). Ce point sera répété à de multiples reprises : l'Union Européenne n'est dotée que de compétences limitées, lesquelles sont déterminées lors des négociations menées en particulier pendant les conférences intergouvernementales et ensuite formalisées dans les différents traités. L'importance du marchandage entre États membres comme le fait que les compétences de l'Union restent soumises aux choix de chacun de ces États indique bien que nous nous trouvons dans une relation de mandat de nature confédérale. Que ces États

membres aient un droit de veto – jusqu'en 1986, lors des conférences inter-gouvernementales, les décisions sont prises à l'unanimité – renforce l'aspect confédéral de cet ordre juridique international qu'est l'Union Européenne dans ses premières époques. Enfin, à titre d'illustration complémentaire, on peut citer l'échec de la mise en œuvre d'une Communauté Européenne de Défense en 1952 (l'Italie et la France rejettent le Traité destiné à l'établir). Ce problème d'action collective fait écho à la même difficulté, évoquée plus haut, concernant le financement de la défense dans la confédération Américaine.

Toutefois, il serait trop rapide de conclure à la pureté du modèle européen. A la différence des États-Unis d'Amérique, les institutions européennes révèlent une ambiguïté originale. Ainsi, l'Union n'est pas totalement et uniquement analysable comme un mandat confédéral appuyé sur la subsidiarité latérale. Dès l'origine, et c'est bien là source d'ambiguïté, peuvent être identifiés les traits d'une subsidiarité ascendante et du fédéralisme centralisateur qui lui est associé. En particulier, ainsi que nous l'avons souligné plus haut, dans une confédération, le pouvoir confédéral n'est pas doté de prérogatives de contraintes ; le contrôle est exercé collégalement par les États membres et rendu effectif par le droit de veto dont dispose chacun d'entre eux. En termes économiques, les principaux sont en situation de marchandage afin de déterminer les tâches déléguées à leur agent, la structure fédérale. En revanche, dès le Traité de Rome, l'Union est dotée de telles prérogatives de contrainte, en dépit de son statut d'agent. L'article 189 du Traité crée une catégorie de règles qui n'ont pas besoin d'être reconnues par les États membres pour devenir effectives. Le seul fait qu'elles aient été décidées par l'Union les rend applicables. Dans la même perspective, est créée la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE). La création d'une telle Cour revient à considérer le droit européen comme un bien public pur, transnational, devant donc être produit par le gouvernement fédéral. Dans une confédération, une telle institution n'a aucune vocation, sauf à être vue comme une cour de justice internationale appliquant le droit international, ce qui n'est effectivement pas le cas puisque la CJCE a pour tâche de produire un droit spécifique à l'Union. Pour prendre une expression imagée, l'Union balance entre la figure 1 et la figure 2. Par certains de ses aspects, elle relève de la confédération et, par d'autres, de la fédération. Peut-être ses pères fondateurs ont-ils pressenti l'intérêt de laisser porte ouverte à la pluralité des formes de subsidiarité. Il n'en reste pas moins que l'ambiguïté quant à l'architecture des relations de mandat au sein de l'Union a largement été entretenue par l'intermédiaire du rôle de la Cour.

4.2. L'ambiguïté poursuivie : le rôle de la CJCE

Le rôle de la CJCE dans le processus d'intégration et dans l'évolution des institutions européennes est décisif. En effet, l'ensemble des Traités a très rapidement été interprété par la CJCE comme étant la constitution de l'Union. Le fameux cas *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (cas 26/62, 1963, E.C.R. 1) a donné lieu à une décision dans

laquelle la Cour affirme que le Traité est plus qu'un simple accord qui créerait des obligations mutuelles entre États membres. En d'autres termes, l'Union ne serait pas une confédération mais une fédération, le droit réglant ses relations n'étant alors pas le droit international mais un droit spécifique, lequel doit être interprété par la Cour elle-même. De fait, l'agent qu'est la CJCE manifeste bien une indépendance certaine, un pouvoir discrétionnaire puisque la transformation des traités ne peut être considérée comme une tâche lui ayant été effectivement déléguée. Ce qui pourrait être interprété comme un abus de pouvoir n'est en fait que la conséquence logique de l'ambiguïté initiale identifiée dans le paragraphe précédent. De manière plus précise, il faut invoquer l'incomplétude du contrat pour comprendre ces comportements stratégiques (Josselin et Marciano [2001b]). De plus, la Cour se sent d'autant plus légitime dans sa démarche qu'elle déclare interpréter les Traités selon ce qui étaient les intentions supposées des pères fondateurs de l'Europe. Toutefois, les conséquences de cette interprétation et de cette décision sont assez importantes. L'activisme juridique (cf. Burley and Mattli [1993] Garret [1992] Stone Sweet et Brunell [1998] Stone Sweet and Caporaso [1998]) de la CJCE va en effet transformer l'ordre juridique international des débuts de l'Union en un ordre constitutionnel. Celui-ci s'appuie sur une relation de mandat qui relève de plus en plus du fédéralisme centralisateur et de la subsidiarité ascendante. La décision *Parti écologiste « les verts » v. parlement européen (cas 294/83, 1986, E.C.R. 1339)* affirme alors que le Traité de Rome est la charte constitutionnelle fondamentale de l'Union.

Le passage d'un ordre international, d'une confédération, à un ordre constitutionnel de nature fédérale suppose la modification du contrat d'agence. Dans la perspective confédérale, en vertu de la mise en œuvre d'une subsidiarité latérale, les États membres demeurent les principaux et les institutions centrales, en leur qualité d'agent, leurs sont subordonnées. Les premiers détiennent l'autorité formelle et le pouvoir de renverser les décisions des seconds. En revanche, dans un système constitutionnel où la subsidiarité est ascendante, la situation inverse prévaut. Dans un double mouvement, les États membres perdent certaines de leurs prérogatives, transférées aux institutions fédérales et les citoyens se voient accordés un rôle beaucoup plus important. Du coup, la situation de mandant privilégié des États s'effiloche puisque ceux-ci deviennent progressivement les agents de l'Union, tandis que se voit réaffirmée leur qualité de mandataire des citoyens. Le glissement du mandat confédéral au mandat fédéral opère à la fois une centralisation (l'Union est le principal des États - agents) et l'affirmation des citoyens comme principaux. Là encore, le cas *Van Gend en Loos* est emblématique, montrant que la CJCE est à l'origine de la modification du statut constitutionnel de l'Union. La Cour indique en effet que la Communauté est un ordre juridique international dont les sujets ne sont pas seulement les États membres, mais également leurs citoyens. Les premiers reconnaissent ainsi que les seconds peuvent invoquer le droit communautaire, la cohérence d'interprétation étant assurée par la Cour.

La Cour confirme l'évolution de l'architecture des relations de mandat qui gouvernent l'Union. L'intégration économique est supposée ne pouvoir se faire sans l'intégration juridique. La CJCE affirme ainsi que l'objectif du traité

de Rome est « d'instaurer un marché commun entre les *justiciables* de la Communauté » (*Van Gend en Loos* ; souligné par nous). Ainsi, « transformant le traité en un catalogue de droits individuels, elle a du même coup ouvert aux particuliers les portes d'un arsenal argumentaire dont ils ont pu faire usage chaque fois que les autorités nationales leur paraissaient violer leurs droits » (Dehousse [2000, p. 22]). En termes économiques, la relation de mandat primaire tend à devenir celle de la figure 2, les États membres se voyant relégués au rang d'agents secondaires. C'est certes là une tendance forte, mais la subsidiarité latérale a-t-elle vraiment laissé la place à la subsidiarité ascendante du fédéralisme centralisateur ?

En réalité, l'ambiguïté demeure car, en la matière, force est de constater qu'il peut y avoir conflit entre les pouvoirs énumérés... et les autres (Kirchner [1997]). Pour utiliser le vocable de l'analyse économique du droit, il faut trouver l'équilibre entre trois prétendants au rôle de mandant : les citoyens, les États membres et la Communauté. La seconde section de l'article 3B du Traité sur l'Union Européenne exprime une vision fort allusive de la subsidiarité, en tout cas plus pauvre que celle que nous livre l'analyse économique du droit (van Den Bergh [1994, 1996]). En outre, elle se focalise sur la relation entre la communauté et les États. Les citoyens doivent alors se retourner vers le préambule du Traité pour se voir reconnaître un éventuel rôle de mandant.

Ainsi, de même que la Cour Suprême américaine eut à juger du conflit sur les droits des États (pour une interprétation économique, cf. Josselin et Marciano [2000b]) avant que les armes et la guerre de Sécession ne le tranche, la Cour européenne se voit en position d'arbitre. D'un côté, les citoyens peuvent réclamer compensation auprès des juges nationaux si un État ne met pas correctement en application une directive européenne (*cas Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres v. République italienne, C-6/90 et C-9/90, E.C.R 1991*). Leur rôle en tant que principal est de fait affirmé. D'autre part, la subsidiarité telle qu'elle est posée dans le Traité de Maastricht fait pencher la balance du côté des États. Selon les propres termes de la Cour fédérale constitutionnelle allemande, elle permet de préserver l'identité nationale des États membres ainsi que leur compétence juridique (*arrêt Brunner v. Traité sur l'Union européenne*, appelé encore « décision Maastricht » de la Cour fédérale). Rien n'est de ce fait définitivement tranché.

Il est tout à fait significatif de constater que la CJCE, dans ses comportements d'accroissement de ses propres prérogatives, a cherché (et trouvé) l'appui du Parlement. Plus précisément, la Cour comme le Parlement ont respectivement agi de façon à renforcer leurs prérogatives perspectives (Corbett [1994]). La collusion effective entre ces agents illustre un résultat de l'analyse économique : Cooter et Drexel [1994] montrent que tout accroissement du pouvoir du Parlement se traduit par une augmentation des prérogatives de la Cour. Il n'y a d'ailleurs rien de critiquable dans cette évolution : la démocratisation des processus de décision au sein de l'Union est gage d'efficacité et de justice. L'architecture des relations de mandat au sein du système constitutionnel européen ne s'en trouve pas moins modifié substantiellement. En particulier, elle contribue à accroître le pouvoir des princi-

poux primaires (dit autrement, renforce leur contrôle sur les agents) au détriment du pouvoir des agents secondaires.

Conclusion : quel avenir constitutionnel pour l'Europe ?

L'analyse économique des systèmes constitutionnels n'a bien sûr pas pour objectif de se substituer à l'analyse juridique mais de la compléter en portant un regard original sur les règles qui gouvernent l'action collective et les interactions, souvent stratégiques, entre les individus et leurs structures de gouvernement. A cet égard, le modèle principal – agent est précieux, car il exprime une vision économique de l'organisation du pouvoir. Il peut aussi éclairer les faits, comme cet article a tenté de le montrer dans le cas de l'Union européenne. Cette dernière semble progressivement passer d'un système où la relation de mandat prééminente se déclinait entre des États – principaux et une communauté - agent, à un système où citoyens et États revendiquent chacun leur statut de mandant. Plusieurs éléments apparaissent alors. Premièrement, nous montrons que l'Union Européenne, bien que formellement construite comme une confédération, contenait des éléments de fédéralisme dès ses origines. D'où, et c'est notre second point, l'évolution progressive, relativement rapide malgré tout, de l'Union Européenne vers une organisation fédérale, suivant en cela sa propre pente mais aussi confirmant une tendance centralisatrice des systèmes fédéraux. De fait, l'Europe, loin de choisir entre un modèle confédéral ou un modèle fédéral, développe sa propre conception du fédéralisme dans une structure « hybride » et « ambiguë » mais originale car mélangeant subsidiarité latérale et ascendante. Comparer les coûts respectifs des différents systèmes est d'autant plus difficile que la réalité nous donne à voir des structures imbriquées. Troisièmement, le rôle de la CJCE illustre parfaitement à la fois les risques de collusion entre agents dans un système fédéral (à l'instar de ses interactions avec le Parlement), les risques de comportements stratégiques des agents, ainsi que la perte de contrôle par les principaux. La complexité des doubles relations d'agence se manifeste ici de manière assez évidente. Cela laisse à penser qu'il pourrait y avoir un certain intérêt à revenir à des formes plus concurrentielles de fédéralisme, celles impliquées par la subsidiarité descendante. Dans ce cas, cela suppose d'accorder aux « régions » (définies dans un sens large comme des juridictions spatiales en concurrence) comme aux juridictions fonctionnelles et concurrentielles que sont les FOCJ, un statut constitutionnel tel qu'elles deviennent effectivement les unités de base de l'Union Européenne. C'est l'avenir qui nous dira si l'Europe est en mesure de mettre en œuvre cette utopie.

Références bibliographiques

- AGHION P. et TIROLE J. [1997], « Formal and Real Authority in Organizations », *Journal of Political Economy*, Vol. 105, p. 1-29.
- ALESINA A. et SPOLAORE E. [1997] « On the Number and Size of Nations », *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 112, p. 1027-56.
- ANDERSON T. L. et HILL P. J. [1977], « An American Experiment in Anarcho-Capitalism : The Not So Wild, Wild West », *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 3, p. 9-29.
- BACKHAUS J. G. [1999], « Subsidiarity », in Jürgen G. Backhaus (ed.) *The Elgar Companion to Law and Economics*, Aldershot, Edward Elgar, p. 136-43.
- BACKHAUS J. G. et WAGNER R. E. [1987], « The Cameralists : A Public Choice Perspective », *Public Choice*, Vol. 53, p. 3-20.
- BEWLEY T. F. [1981], « A Critique of Tiebout's Theory of Local Public Expenditures », *Econometrica*, Vol. 49, p. 713-40.
- BOLTON P. et ROLAND G. [1997], « The Break-up of Nations : A Political Economy Analysis », *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 112, p. 1057-90.
- BRENNAN G. et BUCHANAN J. M. [1985], *The Reason of Rules*, Cambridge University Press.
- BRETON A. et SCOTT A. [1978], *The Economic Constitution of Federal States*, Toronto, University of Toronto Press.
- BUCHANAN J. M. [1965], « An Economic Theory of Clubs », *Economica*, Vol. 32, p. 1-14.
- BUCHANAN J. M. [1996], « Europe as a Social Reality », *Constitutional Political Economy*, Vol. 7, p. 253-6.
- BURLEY A.-M. et MATTLI W. [1993], « Europe Before the Court : A Political Theory of Legal Integration », *International Organization*, Vol. 47, p. 41-76.
- CASELLA A. et FREY B. S. [1992], « Federalism and Clubs : Towards an Economic Theory of Overlapping Political Jurisdictions », *European Economic Review*, Vol. 36, p. 639-46.
- COOTER R. D. [2000], *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press.
- COOTER R. D. et DREXL J. [1994], « The Logic of Power in the Emerging European Constitution : Game Theory and the Division of Powers », *International Review of Law and Economics*, Vol. 14, p. 307-326.
- CORBETT R. [1994], « Representing the People », dans Andrew Duff, John Pinder et Roy Price (eds), *Maastricht and Beyond. Building the European Union*, Londres, Routledge, p. 207-228.
- DEFFAINS B. et KIRAT T. (eds.). [2001], *Law and Economics in Civil Law Countries*, Greenwich, JAI Press.
- DEHOUSSE R. [2000], « Naissance d'un constitutionalisme transnational », *Pouvoirs*, 96, p. 19-30.
- DONAHUE J. D. [1997], « Tiebout ? Or Not Tiebout ? The Market Metaphor and America's Devolution Debate », *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 11, p. 73-81.

- DOUGHERTY K. L. et CAIN M. J. G. [1997], « Marginal Cost Sharing and the Articles of Confederation », *Public Choice*, Vol. 90, p. 201-13.
- DRESCHLER W. [1999], « Christian Wolff (1679-1754) », in Jürgen G. Backhaus (ed.) *The Elgar Companion to Law and Economics*, Aldershot, Edward Elgar, p. 527-31.
- DREZE J. [1993], « Regions of Europe : A Feasible Status, to be Discussed », *Economic Policy*, Vol. 8, p. 265-87.
- Federalist Papers, edited by Isaac Kramnick [1987], New York, Penguin Books.
- FREY B. S. [2001], « A Utopia ? Government Without Territorial Monopoly », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 157, p. 162-175.
- FREY B. S. et EICHENBERGER R. [1996], « FOCJ : Competitive Governments for Europe », *International Review of Law and Economics*, Vol. 16, p. 315-27.
- GARRET G. [1992], « International Cooperation and Institutional Choice : The EC's Internal Market », *International Organization*, Vol. 46, p. 533-560.
- GLAIS M. [2001], « La problématique de l'entrée sur les marchés nouvellement ouvert à la concurrence : le cas des télécommunications », *Economie Publique*, numéro spécial « Droit et Economie », p. 59-82.
- GROSSMAN H. [2000], « The State : Agent or Proprietor ? », *Economics and Governance*, Vol. 1, p. 3-11.
- HARNAY S. et MARCIANO A. [2001], « Independence and Judicial Discretion in a Dualist Regime : The Case of French Administrative Judiciary », in Bruno Deffains et Thierry Kirat (eds.), *Law and Economics in Civil Law Countries*, Greenwich, Jai Press, p. 218-40.
- HOCHMAN O., PINES D. et THISSE J.-F. [1995], « On the Optimal Structure of Local Governments », *American Economic Review*, Vol. 85, p. 1224-40.
- INMAN R. P. et RUBINFELD D. L. [1997a], « Rethinking Federalism », *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 11, p. 43-64.
- INMAN R. P. et RUBINFELD D. L. [1997b], « The Political Economy of Federalism », in Dennis C. Mueller (ed.) *Perspectives on Public Choice*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 73-105.
- JOSSELIN J.-M. et MARCIANO A. [1995], « Constitutionalism and Common Knowledge : Assessment and Application to a Future European Constitution », *Public Choice*, Vol. 85, p. 173-88.
- JOSSELIN J.-M. et MARCIANO A. [1997], « The Paradox of Leviathan : How to Develop and Contain the Future European State », *European Journal of Law and Economics*, Vol. 4, p. 5-21.
- JOSSELIN J.-M. et MARCIANO A. [1999a], « Administrative Law and Economics », in Jürgen G. Backhaus (ed.) *The Elgar Companion to Law and Economics*, Aldershot, Edward Elgar, p. 115-20.
- JOSSELIN J.-M. et MARCIANO A. [1999b], « General Norms and Customs », in Jürgen G. Backhaus (ed.) *The Elgar Companion to Law and Economics*, Aldershot, Edward Elgar, p. 233-9.
- JOSSELIN J.-M. et MARCIANO A. [1999c], « Unitary States and Peripheral Regions : A Model of Heterogeneous Spatial Clubs », *International Review of Law and Economics*, Vol. 19, p. 501-11.
- JOSSELIN J.-M. et MARCIANO A. [1999d], « L'économie politique des décisions publiques », dans Alain Leroux et Alain Marciano (dir.), *Traité de philosophie économique*, Bruxelles, De Boeck, p. 63-83.

- JOSELIN J.-M. et MARCIANO A. [2000a], « Displacing Your Principal. Two Historical Case Studies of Some Interest for the Constitutional Future of Europe », *European Journal of Law and Economics*, Vol. 10, p. 217-33.
- JOSELIN J.-M. et MARCIANO A. [2000b], « Federalism and Subsidiarity, in National and International Contexts », Document de Travail CREREG-IDEF.
- JOSELIN J.-M. et MARCIANO A. [2001a], « Public decisions in the Scottish Enlightenment Tradition », *Journal of Economic Studies*, Vol. 28, p. 5-13.
- JOSELIN J.-M. et MARCIANO A. [2001b], « Comportements stratégiques et production de droit : Le cas du droit communautaire européen », *Economie Appliquée*, Vol. LIV, p. 211-31.
- KIRCHNER C. [1997], « Competencies Catalogues and the Principle of Subsidiarity in a European Constitution », *Constitutional Political Economy*, Vol. 8, p. 71-87.
- LAFFONT J.-J. [2001], *Incentives and Political Economy*, Oxford University Press.
- MUELLER D. C. [1995], « Fédéralisme et Union Européenne : une perspective constitutionnelle », *Revue d'Economie Politique*, Vol. 105, p. 779-805.
- MUSGRAVE R. A. [1997], « Devolution, Grants, and Fiscal Competition », *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 11, p. 65-72.
- ROSE-ACKERMAN S. [1994], « The Economic Analysis of Public Law », *European Journal of Law and Economics*, Vol. 1, p. 53-70.
- SALMON P. [1987], « Decentralisation as an Incentive Scheme », *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 3, p. 24-43.
- SALMON P. [2000], « Vertical Competition in a Unitary State », in G. Galeotti, P. Salmon and R. Wintrobe (eds), *Competition and Structure. The Political Economy of Collective Decisions : Essays in Honor of Albert Breton*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 239-56.
- SCHILLING T. [1996], « The Autonomy of the Community Legal Order : An analysis of Possible Foundations », *Harvard International Law Journal*, Vol. 37.
- SCHMIDTCHEN D. et COOTER R. (eds.) [1997], *Constitutional Law and the European Union*, Aldershot, Edward Elgar.
- SCOTT A. [2000], « Assigning Powers over the Canadian Environment », in G. Galeotti, P. Salmon and R. Wintrobe (eds), *Competition and Structure. The Political Economy of Collective Decisions : Essays in Honor of Albert Breton*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 174-219.
- SMITS J. [2002], « How to Predict the Differences in Uniformity between Different Areas of a Future European Private Law ? An Evolutionary Approach », in A. Marciano et J.-M. Josselin (eds.), *The Economics of Harmonising European Law*, Aldershot, Edward Elgar, p. 50-70.
- STONE SWEET A. et CAPORASO J. A. [1998], « La Cour de Justice et l'intégration Européenne », *Revue Française de Science Politique*, Vol. 48, p. 195-244.
- STONE SWEET A. et BRUNELL T. L. [1998], « The European Court and the National Courts : A Statistical Analysis of Preliminary References, 1961-95 », *Journal of European Public Policy*, Vol. 5, p. 66-97.
- TANNENWALD R. [1998], « Devolution : The New Federalism - An Overview », *Federal Reserve Bank of Boston - New England Economic Review*, May/June, p. 1-12.
- TIEBOUT C. M. [1956], « A Pure Theory of Public Expenditures », *Journal of Political Economy*, Vol. 64, p. 416-24.

- Van DEN BERGH R. [1994], « The Subsidiarity Principle in European Community Law : Some Insights from Law and Economics », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 00, p. 337-66.
- Van DEN BERGH R. [1996], « European Criteria for Aplying the Subsidiarity Principle in the European Community : the Case of Competition Policy », *International Review of Law and Economics*, Vol. 16, p. 363-83.
- VAUBEL R. [1997], « The Constitutional Reform of the European Union », *European Economic Review*, Vol. 41, p. 443-50.
- VAUBEL R. [1999], « Enforcing Competition among Governments : Theory and Application to the European Union », *Constitutional Political Economy*, Vol. 10, p. 327-38.
- WAGNER R. E. [1993], « *Parchment, Guns and the Maintenance of the Constitutional Contract* », *Shafestbury Papers 3*, Aldershot, Edward Elgar.
- WEILER J. H. [1991], « The Transformation of Europe », *Yale Law Journal*, Vol. 100, p. 2403-83.
- WEINGAST B. R. [1995], « The Economic Role of Political Institutions : Market-Preserving Federalism and Economic Growth », *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 11, p. 1-31.
- WITT U. [1992], « The Emergence of a Protective Agency and the Constitutional Dilemma », *Constitutional Political Economy*, Vol. 3, p. 255-66.
- WITTMAN D. [1991], « Nations and States : Mergers and Acquisitions ; Dissolution and Divorce », *American Economic Review*, Vol. 81, p. 126-9.