



Bodleian Libraries

UNIVERSITY OF OXFORD

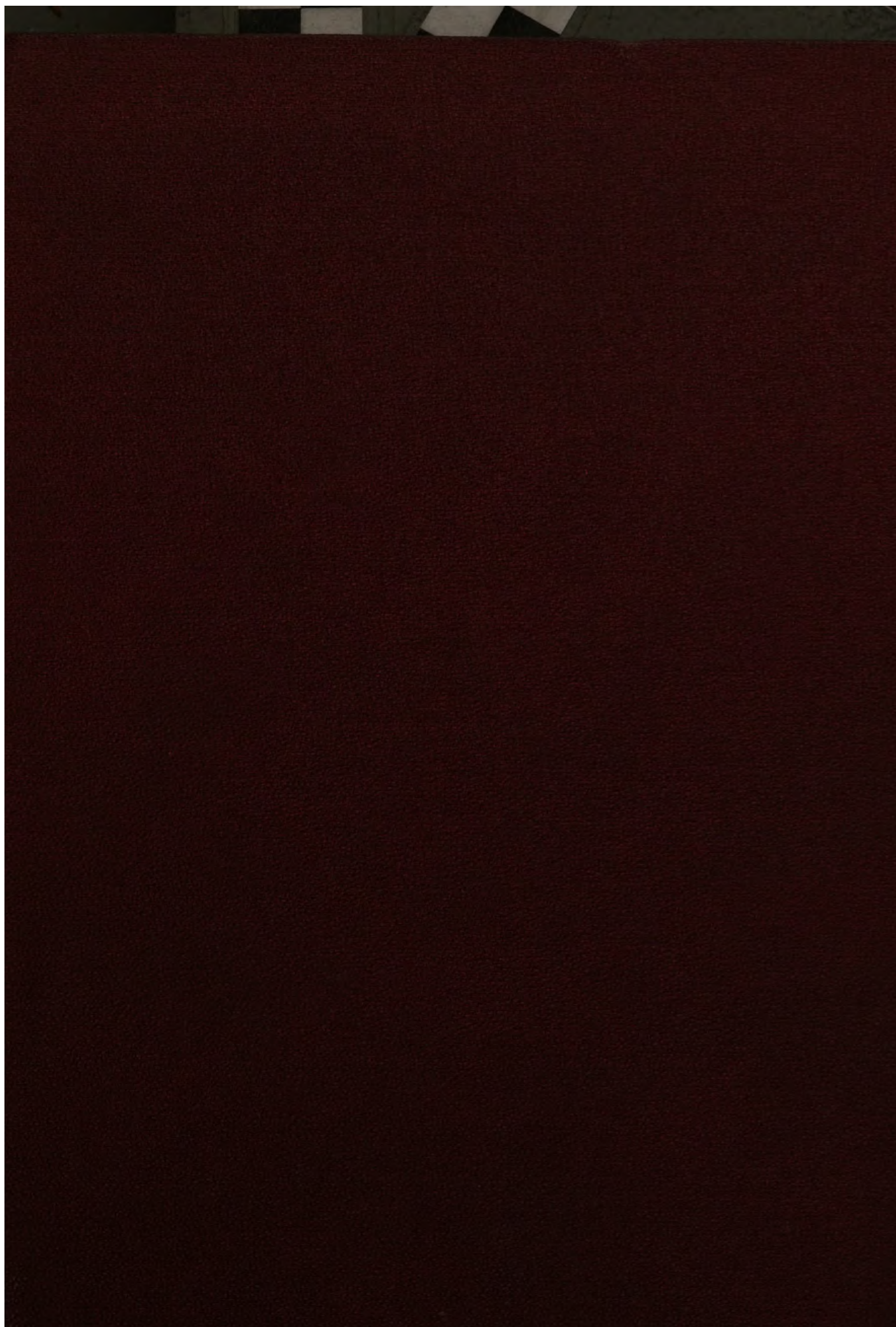
This book is part of the collection held by the Bodleian Libraries
and scanned by Google, Inc. for the Google Books Library Project.

For more information see:

<http://www.bodleian.ox.ac.uk/dbooks>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-
ShareAlike 2.0 UK: England & Wales (CC BY-NC-SA 2.0) licence.

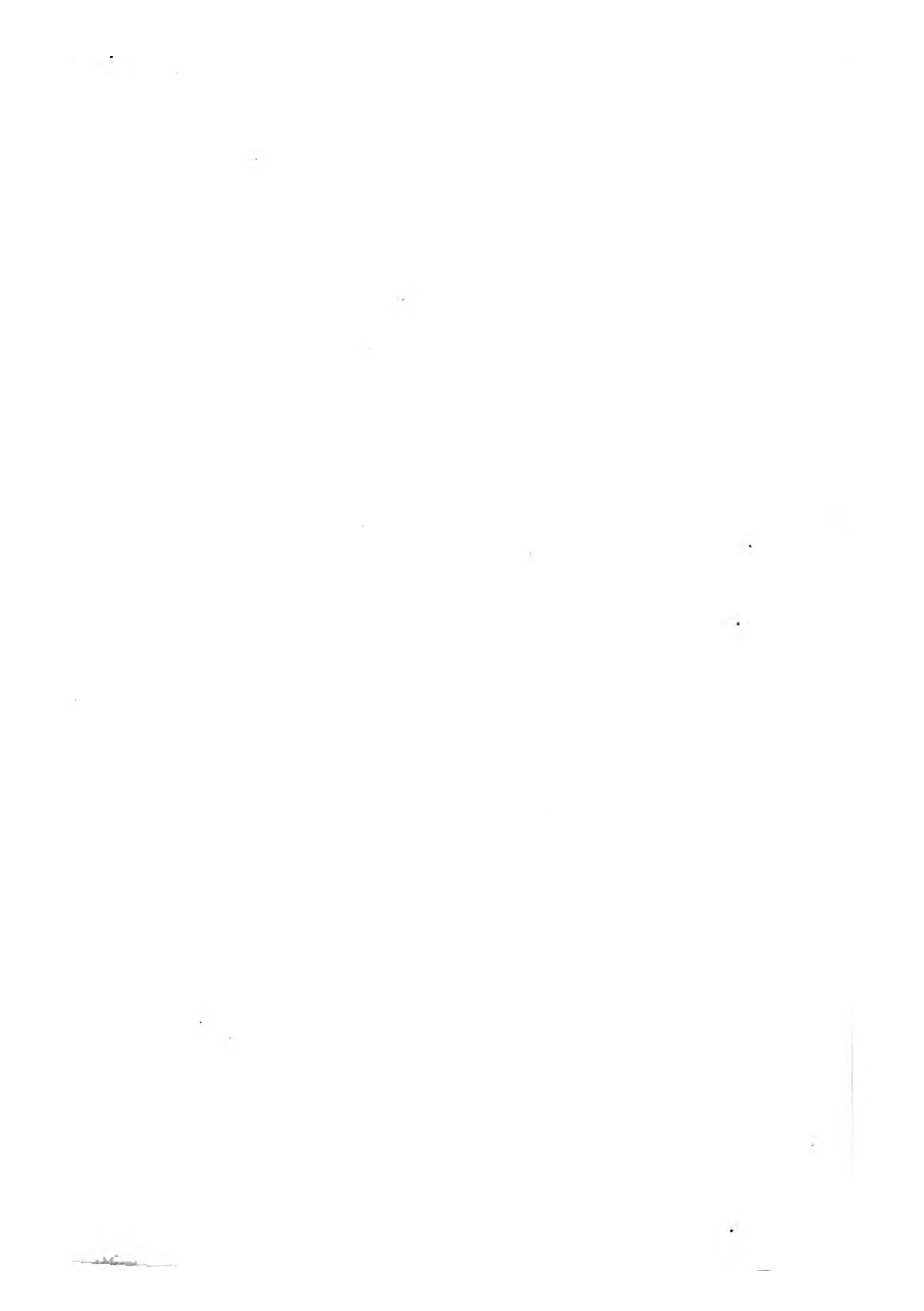


NSU.

C.R.

059. r 7





UNIVERSITÉ DE GENÈVE

ÉTUDE
SUR
LA SOUVERAINETÉ
ET
L'ÉTAT FÉDÉRATIF.

THÈSE PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT,
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR,

PAR

EUGÈNE BOREL

LICENCIÉ EN DROIT, AVOCAT.

BERNE
IMPRIMERIE STÄMPFLI
1886

24.77.e.7



A

MON PÈRE

EUGÈNE BOREL

ANCIEN MEMBRE DU CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE,
DIRECTEUR DU BUREAU INTERNATIONAL
DE L'UNION POSTALE UNIVERSELLE.

AVANT-PROPOS.

Depuis qu'il existe des Etats fédératifs, les rapports juridiques entre ces Etats et leurs membres, comme, en général, la nature de la souveraineté, ont été l'objet d'actives recherches et de discussions passionnées dans le monde des jurisconsultes. Aujourd'hui, après un travail presque séculaire, on est loin d'être arrivé à un résultat définitif. Les doctrines ont succédé aux doctrines, les matériaux ont été amassés en une quantité incommensurable, et pourtant la controverse dure encore, aussi vive que jamais. Il est vrai que des progrès considérables ont été réalisés, grâce à la fondation des deux Etats fédératifs européens, mais loin de mettre un terme à la lutte, ces créations ont ravivé l'ardeur des combattants, et le domaine du droit public fédéral est encore aujourd'hui la lice favorite où les auteurs viennent mesurer leurs forces.

Importance du sujet traité dans cette étude.

Chose curieuse, ce puissant mouvement intellectuel s'est à peu près exclusivement borné à deux des principaux Etats fédératifs actuels. Qu'il n'ait pas pénétré dans les Etats unitaires, où il n'avait aucun intérêt pratique, rien de plus naturel. Mais tandis que les juristes américains et allemands travaillaient sans relâche à rechercher la véritable nature juridique de la souveraineté et

Indifférence des jurisconsultes suisses à l'égard de ce sujet.

de l'Etat fédératif, tandis que la conception scientifique des rapports existant entre cet Etat et ses membres est encore pour eux la question brûlante du jour, nous autres Suisses, nous nous sommes tenus à l'écart de cette polémique ardente, nous sommes restés indifférents vis-à-vis de ce labeur gigantesque qui, encore maintenant, ne se ralentit ni en Allemagne ni aux Etats-Unis.

Lorsqu'après 1848 on s'est occupé de la nature juridique de la nouvelle Confédération suisse, nos auteurs principaux se sont contentés d'adopter la doctrine qui régnait alors, c'est-à-dire le dogme du partage de la souveraineté, tel qu'il avait été proclamé en Amérique par les auteurs du *Federalist*¹, importé en Europe par *Tocqueville* et développé en un système complet par *Waitz* et ses adhérents. Déjà alors les juristes suisses s'étaient aperçus que cette doctrine ne cadrerait pas parfaitement avec l'état de choses créé chez nous par la Constitution de 1848. Mais, au lieu de rechercher les causes de ce désaccord et de soumettre la théorie de *Tocqueville* à un examen approfondi, ils ont préféré reléguer les faits contraires à cette dernière dans une catégorie inférieure de faits exceptionnels, de hors d'œuvre dûs seulement à des considérations pratiques et non susceptibles d'infirmer en rien l'infailibilité de la doctrine. Ce qui les excusait, du reste, c'est qu'à leur époque cette doctrine régnait à peu près sans opposition. Mais voilà déjà nombre d'années qu'elle a été l'objet de critiques puissantes et approfondies, la guerre de sécession et la création de l'Empire allemand l'ont ébranlée jusque dans ses bases, et maintenant un auteur a pu dire « qu'aucun juriste notable ne tentera plus de défendre la demi-souveraineté comme notion de droit public. »²

Pendant ce temps, par contre, nous sommes restés stationnaires. *Blumer-Morel*, dans leur ouvrage qui constitue notre principale autorité en matière de droit public fédéral³, ont purement et simplement conservé la doctrine de la double souveraineté et

¹ Le *Federalist* est un journal qui a été publié en 1788 aux Etats-Unis d'Amérique par *Hamilton*, *Jay* et *Madison* et qui a puissamment contribué à faire adopter la Constitution fédérale de 1787. V. *Edouard Laboulaye*, Histoire des Etats-Unis. 3 vol. Paris 1866. Vol. 3, p. 223 et 224.

² Prof. Dr *Ph. Zorn*, Streitfragen des deutschen Staatsrechts, dans la Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften, volume XXXVII (1881), p. 307.

³ Dr *J. J. Blumer*, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes, 2^{me} édition, publiée par le Dr *J. Morel*. 2 vol. Schaffhouse. 1877—1880.

ne se sont pas inquiétés de l'opposition dans laquelle elle se trouve avec la logique et les faits. Il en est de même du « Droit public suisse » de *Dubs*⁴ et l'ouvrage le plus récent sur cette matière, celui d'*Orelli*⁵, laisse également de côté l'intéressante polémique qui se poursuit actuellement sur la nature de la souveraineté et de l'Etat fédératif⁶. Au lieu de défendre leur système contre les doctrines nouvelles, ces auteurs ont simplement passé sous silence la grande levée de boucliers qui a eu lieu en Allemagne et en Amérique contre l'ancienne théorie et ils se sont bornés à reproduire cette dernière comme un dogme généralement reçu et sur lequel il n'y a pas à revenir.

On objectera peut-être que ces questions de théorie pure sont trop abstraites pour présenter de l'intérêt et n'ont en pratique qu'une valeur très restreinte. Mais cela n'est juste que dans un certain sens. Il est parfaitement vrai que les opinions politiques sont indépendantes d'un système purement théorique. Le domaine du droit n'est pas celui de la politique: celle-ci s'occupe de la *lex ferenda*, celui-là ne s'occupe que de la *lex lata*. Pour cette raison, on aurait tort d'attribuer au présent travail un but et une portée qu'il n'a pas. En cherchant à établir la véritable situation juridique des Cantons vis-à-vis de la Confédération, nous ne tendons à diminuer en rien leur importance actuelle ni à porter atteinte à leurs droits. En particulier, nier la souveraineté cantonale n'est pas nécessairement faire œuvre de centralisation, la proclamer n'est pas nécessairement faire œuvre de fédéralisme. On peut reconnaître qu'en théorie pure les Cantons ne sont plus de véritables Etats, et être adversaire de tout agrandissement des compétences fédérales. De même, un fervent adepte de la souveraineté cantonale peut très bien être aussi un chaud partisan de la centralisation.

Mais s'il est vrai que les théories abstraites ne déterminent pas nécessairement les opinions politiques, il n'en résulte pas qu'elles n'aient pas leur raison d'être et leur valeur. Si l'on fait bien de ne pas façonner la politique au gré des systèmes juri-

Conception du droit public qui a présidé au présent travail. Le droit public et la politique.

⁴ Dr *J. Dubs*, Le Droit public de la Confédération suisse. 2 vol. Neuchâtel et Genève, 1878—1879.

⁵ Dr *A. d'Orelli*, Das Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, dans *Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts*. Vol. IV, 1^{re} partie, 2^e section. Fribourg en Brisgau, 1885.

⁶ *Orelli*, eod., p. 25, n. 2.

diques, il ne faut pas non plus la transporter dans le domaine du droit pur. Or c'est ce que l'on a fait chez nous. Nos auteurs sur le droit public sont à peu près tous partis d'opinions politiques arrêtées et ils ont façonné le droit public au gré de leurs sentiments personnels, sans s'inquiéter si leur système concordait avec les notions fondamentales de la science⁷. Cette manière de procéder n'est pas compatible avec le but que ces auteurs avaient à poursuivre. Si le droit public doit être une branche de la grande science du droit, c'est-à-dire une science lui-même, il doit reposer exclusivement sur des arguments juridiques, tirés d'une interprétation logique des faits. Or, la logique est inexorable, elle n'admet aucune infidélité, et le plus beau système est insuffisant s'il lui est contraire. C'est le cas des théories admises par les auteurs qui ont écrit sur le droit public suisse. Ces juristes ont adopté sans examen une notion de la souveraineté et de l'Etat fédératif qui est incompatible avec la logique et avec le droit positif. Il n'est donc pas sans intérêt d'étudier la question à un point de vue purement scientifique, et de tâcher d'établir le droit public suisse sur des bases juridiques conformes à la logique et aux faits, ainsi que cela a été fait en Amérique et en Allemagne.

Du reste, si la politique et le droit sont deux choses différentes, il n'en est pas moins vrai qu'une fausse conception de notre droit public peut avoir et qu'elle a, en réalité, de fâcheuses conséquences au point de vue politique. Sous l'influence de la doctrine du partage de la souveraineté, on a perdu de vue la nature organique et l'unité de l'Etat suisse. Au lieu de considérer les Cantons comme des collaborateurs de la Confédération travaillant avec elle aux mêmes buts, on s'est habitué à voir entre elle et eux un antagonisme nécessaire, à les considérer comme des adversaires toujours en lutte. On a tellement abusé du mot de souveraineté cantonale, que nombre de citoyens suisses se figurent en toute candeur que chaque acte de la Confédération est un empiètement sur le domaine des Etats qui la composent, une violation de leurs droits, une menace adressée à leur existence, et que toute la politique doit consister à défendre les Cantons contre cet ennemi qui cherche à les engloutir. — Comme si la Confédération et les Cantons étaient des adversaires dont l'un ne peut prospérer qu'au détriment des autres! Comme s'ils n'étaient

⁷ C'est surtout le cas de l'ouvrage de *Dubs*. V. infra I^{re} partie, chap. III et 2^e partie, chap. II et III.

pas, au contraire, le même être, et s'ils n'avaient pas les mêmes intérêts et les mêmes buts, de même qu'ils ont le même territoire et le même peuple! Comme si la protection qu'ils trouvent dans la Confédération et les avantages d'une législation et d'une administration communes pour tous les domaines qui leur sont communs, ne compensaient pas avec usure pour les Cantons la perte d'une partie de leurs attributions!

Cette fausse conception du rôle que les Cantons jouent dans la Confédération est aggravée encore par une confusion qui règne généralement dans les esprits. On se figure que l'Etat simple est nécessairement très centralisé, tandis que l'Etat fédératif seul représente l'idée de la décentralisation. Cette opinion pouvait être juste autrefois. Mais depuis que l'Angleterre nous a enseigné les grands principes du *self-government* et de la *self-administration*, elle ne correspond plus à la réalité. Aujourd'hui les faits nous montrent que les provinces d'un Etat unitaire peuvent avoir une organisation aussi complète et des compétences aussi étendues que les membres d'un Etat fédératif. Il en résulte que ce n'est pas dans l'étendue des compétences particulières, dans le degré de centralisation ou de décentralisation qu'il faut chercher la différence entre l'Etat fédératif et l'Etat simple, d'autant plus que ces conditions sont déterminées par les doctrines politiques et non par les données du droit pur, et qu'elles varient dans les Etats selon les opinions qui prédominent dans chacun d'eux.

Au lieu de reconnaître cette vérité qui nous est imposée par les faits, nous sommes encore habitués à croire que la souveraineté cantonale et l'existence juridique des Cantons dépendent nécessairement d'une somme déterminée de compétences, que chaque nouvelle loi fédérale leur porte un nouveau coup et que, dans son développement normal, la Confédération doit nécessairement les englober tôt ou tard. Aussi voyons-nous, dans chaque application du referendum populaire, nombre de citoyens rejeter la loi fédérale qui leur est soumise, non pas parce qu'ils la trouvent mauvaise en elle-même, mais parce qu'ils envisagent qu'il faut sauver à tout prix la souveraineté cantonale et l'existence des Cantons.

C'est là une erreur regrettable. Le principe excellent du *self-government* n'est pas incompatible avec les besoins de la vie nationale. Du reste, on a beau faire, le travail législatif fédéral se poursuit, lent mais irrésistible, et en lui fermant les domaines où il eût été très utile et fécond, on le pousse dans des voies

où la centralisation n'est pas désirable. Ainsi le parti qui, en 1872, a rejeté l'unification du droit, comme contraire à la souveraineté cantonale, et qui la combat encore aujourd'hui — alors que la diversité actuelle de nos législations civiles équivalait à une véritable *Rechtlosigkeit* (privation de droits) pour des classes considérables de citoyens suisses et nous place dans un état d'infériorité dommageable et humiliant vis-à-vis des Etats voisins⁸ — ce même parti nous pousse maintenant vers une centralisation administrative contraire aux principes de la self-administration et aussi peu en harmonie avec nos véritables besoins qu'elle est peu satisfaisante dans ses résultats.

Raison d'être de
cette étude.

Il y a là une situation anormale qui est due, en partie, à une conception erronée de la nature de la Confédération et des Cantons et de leur situation respective. Et c'est pourquoi la tentative d'établir les prolégomènes de notre droit public sur des bases solides, conformes à la logique et aux faits, ne doit pas paraître oiseuse et dépourvue de résultat pratique. Certes elle ne changera pas des opinions raisonnées sur les avantages et les inconvénients du fédéralisme ou de l'unitarisme. Ce n'est, du reste, pas son but. Mais si elle peut contribuer à dissiper certains préjugés qui se sont répandus parmi nous à l'égard de la véritable position des Cantons dans la Confédération, elle n'aura pas été entièrement inutile.

Mais, nous le répétons, la tendance de la présente étude n'est pas politique. Elle veut simplement rechercher la nature de la souveraineté et de l'Etat fédératif. Pour atteindre ce but, nous nous sommes efforcé de suivre une méthode strictement scientifique et de n'aboutir à des conclusions qu'au moyen d'une argumentation soutenue par la logique du droit et l'interprétation juridique des faits concrets.

Plan et règles de
conduite adoptés
par l'auteur.

Notre travail peut se résumer ainsi : Nous avons développé la notion de la souveraineté telle qu'elle s'impose à l'intelligence, comme une notion primordiale dictée par les faits. Nous en avons ensuite déduit toutes les conséquences que la logique comporte, et en appliquant les résultats ainsi obtenus aux collectivités que nous présente le monde réel, nous sommes arrivés à une définition de l'Etat fédératif qui, nous le croyons, interprète fidèlement la réalité, tout en restant d'accord avec la logique du droit. —

⁸ Cf. Dr. C. Lardy, Les Législations civiles des Cantons suisses. 2^e édition. Paris 1877, p. VII—XI.

Cette manière de procéder prête à de nombreuses critiques de détail; néanmoins nous n'avons pas hésité à l'adopter parce qu'elle seule pouvait nous conduire à un résultat satisfaisant. On reprochera avec raison à ce travail de contenir des répétitions qui l'allongent considérablement. Ayant, dans un but de clarté, bien séparé l'étude de la souveraineté et celle de l'Etat fédératif, nous avons été forcé de répéter plus d'une fois dans la seconde partie des arguments déjà présentés dans la première. Nous aurions pu nous borner à renvoyer le lecteur à cette première partie; mais cela eût rendu notre travail moins clair et nous préférons la longueur à l'obscurité. La question de la souveraineté et de l'Etat fédératif a jusqu'à présent été très peu traitée en France et dans la Suisse romande. Il ne nous était donc pas possible d'admettre comme sous-entendus des arguments qui, bien que monnaie courante parmi les juristes allemands, sont très peu connus chez nous. C'est pour cela que nous avons toujours cherché à baser nos thèses sur des argumentations aussi complètes que possible, au risque de nous répéter plus d'une fois.

On trouvera étrange que nous ayons consulté presque exclusivement des auteurs allemands et américains. La raison en est bien simple. Sauf le célèbre écrit de *Tocqueville*,⁹ la littérature française ne compte pas d'ouvrage sur la souveraineté et l'Etat fédératif, parce que ces deux notions ont un intérêt secondaire dans un pays qui a toujours été le modèle de la centralisation et de l'unitarisme. La doctrine exposée dans le livre sur la « Démocratie en Amérique » a été reçue en France sans opposition et y règne encore à l'heure qu'il est.

Nos auteurs suisses, eux aussi, ne sont pas allés plus loin que leur éminent devancier. Nous n'avons donc pas eu d'autres ouvrages à consulter que ceux des juristes américains et allemands. Les premiers ont inauguré l'étude scientifique de l'Etat fédératif, mais surtout à un point de vue pratique. Aussi n'ont-ils pas été capables d'opposer des arguments vraiment scientifiques à la logique inexorable de *Calhoun* et de son école. Les Allemands ont apporté à l'examen de cette question la profondeur de leur esprit éminemment juridique et, en la séparant de tous les éléments étrangers au droit dont elle était compliquée, ils ont élevé le débat à une hauteur qui permet de croire que l'on arrivera

⁹ *A. de Tocqueville, De la Démocratie en Amérique. 2 vol. 4^e édition. Paris 1836.*

sous peu à une solution satisfaisante du problème. — J'entends, du reste, par allemands tous les auteurs qui ont écrit en langue allemande. Ainsi un des juristes qui ont le plus contribué à établir la véritable nature de l'Etat fédératif est un Autrichien, *M. G. Jellinek*, professeur à l'Université de Vienne. — Mais tout en consultant ces auteurs, nous ne nous sommes pas borné à suivre docilement tel ou tel système. Nous avons soumis chacune de leurs doctrines à un examen consciencieux et nous n'en avons adopté que ce qui nous semblait être conforme aux faits et aux exigences de la logique. Ce qui nous a permis de maintenir un point de vue indépendant dans cette étude, c'est que nous avons cherché, autant que possible, à comparer les systèmes non avec un seul Etat fédératif concret, mais avec les trois principaux qui existent actuellement : la Suisse, l'Allemagne et les Etats-Unis de l'Amérique du Nord. (Quant aux autres Etats-Unis du Nouveau-Monde, le Mexique, la Colombie, le Vénézuéla et la République Argentine, les données que l'on possède à leur égard sont encore si peu détaillées et si peu précises, qu'il est difficile de prononcer un jugement définitif sur leur véritable nature juridique.)¹⁰

Arrivé au bout de notre travail, nous sentons combien il est resté incomplet. Aujourd'hui, les matériaux relatifs à la souveraineté et à l'Etat fédératif se sont tellement accumulés que des années ne suffiraient plus pour épuiser ce vaste sujet. On voudra donc bien excuser les lacunes inévitables dans une étude aussi restreinte.

Du reste, nous nous étions précisément proposé d'exposer aussi brièvement que possible l'état actuel de la question et la solution qui nous paraissait la plus satisfaisante. Une de nos principales préoccupations a été d'écarter tous les ouvrages d'importance secondaire — innombrables en cette matière, où les opinions personnelles jouent un grand rôle — pour nous rattacher exclusivement à ceux qui marquent une étape dans le développement de la doctrine. C'est ainsi que, laissant de côté nombre d'auteurs anglais, américains, allemands et suisses, nous n'avons passé en revue que les systèmes principaux représentés par *Tocqueville*, *Calhoun*, *Laband*, *Jellinek*, *Gierke*, et nous avons cherché à exposer nos propres opinions sur cette matière —

¹⁰ V. du reste l'exposé qui termine cette étude.

opinions qui s'accordent, en général, avec celles de M. le professeur *Zorn*, à Kœnigsberg.

En entreprenant l'examen et la critique de tant de doctrines soutenues par les premiers jurisconsultes de la Suisse, de la France, de l'Amérique et de l'Allemagne, notre désir principal a été d'éveiller chez nos concitoyens l'intérêt pour la science du droit public de notre chère patrie, et nous serons largement récompensés si, dans une mesure quelconque, nous y avons réussi.

Genève, le 1^{er} Septembre 1886.

I^{re} PARTIE.

LA SOUVERAINETÉ.

Chapitre I^{er}.

Historique.

L'idée de l'Etat
dans l'Antiquité
et au Moyen-Age.

La notion de la souveraineté, telle que nous l'entendons aujourd'hui, était inconnue aux Anciens. Les Grecs, considérant l'Etat à un point de vue philosophique et moral, lui avaient reconnu comme trait caractéristique l'Autarkie, la faculté de se suffire à lui-même. Selon eux, l'homme est un être incomplet, poussé nécessairement par sa nature à s'appuyer sur ses semblables et à rechercher leur société. L'homme est un animal sociable : *ἄνθρωπος ζῶν πολιτικόν*, et cette nature se retrouve dans les associations créées par lui. Par contre, l'Etat, qui se dégage de cette vie commune des hommes comme la conséquence nécessaire de leur sociabilité, l'Etat seul est la collectivité suprême, l'organisme complet. Il se suffit à lui-même et loin de rechercher la société et l'appui d'autres Etats, il tend à s'isoler d'eux. Cette idée de l'Autarkie appartient, du reste, plutôt à l'école philosophique qu'au droit public. Mais la notion juridique de l'Autonomie, elle aussi, ne correspond pas à notre souveraineté, en ce sens qu'elle

signifie avant tout l'indépendance extérieure et qu'elle ne touche pas la question du pouvoir à l'intérieur de l'Etat.

Les Romains ont bien développé l'idée de l'Etat en séparant le droit de la morale et en établissant une relation organique entre cette collectivité et le peuple ¹¹, mais leur politique ambitieuse, leur tendance à absorber le monde entier et leur mépris pour les droits des autres peuples devaient les éloigner encore plus d'une notion qui ne peut se dégager que de la coexistence de plusieurs Etats libres et indépendants. En droit, les Romains ne reconnaissaient qu'un seul Etat, l'Empire romain, dont les frontières ne s'arrêtaient — du moins en théorie — qu'aux limites du monde connu. La base de leur droit public n'était pas la souveraineté, qui signifie l'indépendance au-dehors en même temps que la plénitude du pouvoir au-dedans, mais bien l'Empire universel, et la domination sur tous les peuples du monde au moyen de la force des armes.

Cette idée de l'*imperium* se conserva, au point de vue extérieur, pendant le Moyen-Age, grâce à la restauration de l'empire par Charlemagne et plus tard par les empereurs allemands, bien que la dualité du pouvoir temporel et spirituel lui donnât une autre forme connue sous le nom de la doctrine des deux glaives. Mais à l'intérieur des Etats la notion de la souveraineté était plus méconnue que jamais. Au lieu d'être une unité organique, l'Etat n'était qu'une agglomération mécanique de plusieurs classes, dont chacune avait sa vie politique et son droit propres. Ce morcellement du droit et de la vie publique d'un peuple était la conséquence inévitable du régime féodal, pour lequel le droit et le pouvoir publics n'étaient que des dépendances de la propriété foncière et du domaine territorial.

Aussi voyons-nous la science réagir contre cet état de choses, en même temps que le droit féodal tombait sous les coups des monarques, appuyés par l'idée nationale qui s'éveillait chez les peuples. Tandis que, dans le domaine des faits, le pouvoir public arrivait à se débarrasser des entraves que le Moyen-Age lui avait imposées, les juristes cherchèrent à reconquérir, dans la science du droit, l'idée de l'unité de l'Etat et à élever ce dernier au-dessus de toutes les autres corporations en lui attribuant comme trait distinctif le pouvoir suprême, la souveraineté.

¹¹ Dr. J. C. *Bluntschli*, *Die Lehre vom modernen Staat*. 3 vol. I^{re} partie. *Allgemeine Staatslehre*. 5^{me} édition. Stuttgart 1875, p. 41—42.

Première définition de la souveraineté. Développement de cette notion.

C'est à *Jean Bodin* (1530—1596) que revient le mérite d'avoir trouvé la formule qui convenait au développement historique de son époque et caractérisait nettement le but auquel tendaient les idées nouvelles. Dans son livre «De la République»,¹² il définit l'Etat (ou, comme il l'appelle, la République) «un droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce qui leur est commun avec puissance *souveraine*»,¹³ et cette souveraineté, qu'il s'applique avec raison à faire ressortir, est selon lui l'unité du pouvoir public, la puissance suprême et durable sur terre, le *summum imperium*, la *summa potestas*.¹⁴ Il ne connaît pas encore l'idée de la nation, mais il donne pour base à l'Etat la *famille*, et cette opinion est encore admise de nos jours, après avoir surmonté les écueils de la doctrine du contrat social.

Depuis *Bodin*, la notion de la souveraineté est devenue le trait caractéristique de l'Etat, «la pierre fondamentale»¹⁵ de sa conception juridique, tant dans ses rapports avec son territoire et ses sujets que dans ses relations avec d'autres Etats. Ce développement ne subit pas les mêmes phases en France et en Allemagne — les deux pays qui nous intéressent particulièrement dans cette question — et y aboutit à un résultat différent. En France, la chute du régime féodal tourna au profit de la royauté, qui finit par atteindre le but qu'elle s'était proposé depuis des siècles: la centralisation de tous les pouvoirs entre les mains d'un monarque absolu. En Allemagne, au contraire, le même développement s'opéra aux dépens de l'institution impériale aussi bien que des droits féodaux: la réunion des pouvoirs publics se fit dans les divers pays allemands, et la suprématie de l'Empire finit par devenir une formule vide de sens. Cette différence dans les faits réagit aussi sur les opinions des juristes. *Bodin* n'avait pas hésité à attribuer la souveraineté au roi de France et son ouvrage a fourni aux monarques de ce pays un appui scientifique pour arriver à l'absolutisme. En Allemagne, par contre, la doctrine du juriste français servit à saper les dernières bases sur lesquelles l'Empire reposait encore, et à faire pro-

¹² Paris 1576.

¹³ I, 1.

¹⁴ *Bluntschli*, Geschichte der neueren Staatswissenschaften, allgemeines Staatsrecht und Politik, seit dem 16. Jahrhundert bis zur Gegenwart. 3. Auflage. Munich et Leipzig 1881, p. 32 et suivantes.

¹⁵ Dr. *G. Jellinek*, Die Lehre von den Staatenverbindungen. Vienne 1882, p. 16.

clamer la souveraineté des divers Etats allemands. Ainsi *Puffendorf*¹⁶, — répondant à *L. Hugo*¹⁷, qui attribuait à l'Empire une autorité suprême sur ses membres — déclare que l'unité et l'indépendance sont pour le pouvoir de l'Etat une nécessité absolue, qu'en conséquence un Etat ne peut se composer d'Etats et qu'il n'y a entre les Etats allemands qu'un lien fédératif qui ne diminue en rien leur souveraineté.

Cette influence ne s'est pas bornée au domaine de la théorie; l'idée de la souveraineté a pénétré rapidement dans les esprits et n'a pas tardé à être admise généralement comme un principe politique. Quelques exemples, tirés de l'histoire, suffiront pour le démontrer.

Influence de l'idée
de la souveraineté
sur les faits.

Le premier grand acte diplomatique conclu en Europe depuis la publication de la « République » de Bodin, fut la paix de Westphalie. Ce traité stipule entr'autres: « que tous les princes et Estats seront maintenus dans tous les autres droits de *souveraineté* qui leur appartiennent », et *Bluntschli* fait remarquer¹⁸ que cette expression française pour désigner le pouvoir territorial (die Landeshoheit) des princes et des villes libres de l'Allemagne, était alors nouvelle pour ce pays. Nous retrouvons le même phénomène en Suisse. Longtemps avant la paix de Westphalie, les Confédérés étaient en fait absolument indépendants de l'Empire; et cet état de choses avait déjà été sanctionné juridiquement par la paix de Bâle (22 septembre 1499), qui mit fin à la guerre de Souabe. Mais, tandis que précédemment les Confédérés s'étaient toujours basés sur leurs anciennes libertés et leurs privilèges, en 1647 ils invoquent expressément leur souveraineté pour obtenir du congrès de Westphalie la reconnaissance de leur indépendance vis-à-vis de l'Allemagne¹⁹. Cette notion de souveraineté, ils ne tardèrent pas à l'appliquer aussi à l'intérieur de la Confédération en l'attribuant aux Cantons. Ainsi lorsqu'en 1781 les Fribourgeois en appelèrent à l'arbitrage fédéral contre la tyrannie de leur gou-

¹⁶ „Dissertationes academicæ selectiores“ et „De Jure naturæ et Gentium.“ Cf. Dr. S. Brie, Der Bundesstaat. Eine historisch-dogmatische Abhandlung. I. Leipzig 1874, p. 17 et 22.

¹⁷ *Ludolphi Hugonis* Dissertatio de statu regionum Germaniæ et regimine principum summæ imperii reipublicæ æmulo, etc. 1661. Cf. Brie, loc. cit.

¹⁸ Lehre vom modernen Staat, I, p. 564, note 4.

¹⁹ *Bluntschli*, Geschichte des schweizerischen Bundesrechts. 2 vol. Zurich 1848—1859. I, p. 245, Note 9.

vernement, les Confédérés refusèrent de faire droit à leur demande en déclarant qu'une semblable intervention de leur part constituerait une violation des droits et de la souveraineté de celui-ci.²⁰ De même, lorsqu'en 1815 on rétablit l'ancienne Confédération, les mots « Cantons souverains » furent mis intentionnellement (et à juste titre, car les Cantons l'étaient véritablement alors) en tête du pacte fédéral, comme pour lui servir de frontispice²¹.

En Suisse, l'idée de la souveraineté des Cantons a si bien pénétré dans les esprits et les partis ont si souvent abusé de ce mot, que, quoique la souveraineté cantonale n'existe plus aux yeux de la science du droit²², elle est encore, pour me servir de l'expression de *Blumer-Morel*²³, citée « avec une certaine emphase » par la Constitution fédérale²⁴. En 1872, dans les débats qui eurent lieu au Conseil des Etats à propos de la révision de la Constitution fédérale, un député de Schaffhouse proposa de supprimer dans l'art. 1^{er} le mot « souverains » après le mot « Cantons ». Il se fondait sur ce que la souveraineté des Cantons n'était plus qu'illusoire, et qu'il ne serait pas convenable de débiter dans le 1^{er} article de la Constitution par une inexactitude. Cette proposition ne réunit que 3 voix, non qu'il ne se trouvât dans le Conseil un plus grand nombre de membres partageant ces idées, mais parce qu'on voulait éviter une discussion purement doctrinale qui aurait fourni des armes aux adversaires de la révision, en froissant, sans utilité, des idées reçues²⁵. Il est évident qu'en cette occasion, le Conseil des Etats a fait preuve d'un esprit pratique, mais comme dans cette thèse nous n'avons à examiner que le côté théorique de la question, on comprendra que nous ne soyons pas arrêté par les mêmes scrupules.

Importance de la
notion de la sou-
veraineté pour le
droit public.

La notion de la souveraineté a été aussi beaucoup discutée aux Etats-Unis lors de la guerre de sécession, et aujourd'hui, elle divise encore profondément les auteurs allemands. Elle est, du reste, à la base de la conception juridique de l'Etat fédératif, et c'est à ce titre qu'elle forme le sujet principal de cette étude.

²⁰ Eod. I, p. 447.

²¹ Art. I. Voir aussi le document qui constate l'entrée de Neuchâtel dans la Confédération, art. I. — Eod. II, p. 358 et 369.

²² V. infra p. 62 et suiv.

²³ *Blumer-Morel*, I, p. 179 V. infra p. 64, n. 129.

²⁴ Art. 1, 3 et 5.

²⁵ Cf. le Bulletin des délibérations de l'Assemblée fédérale relatives à la révision de la Constitution. 1872. 2 vol. II^e vol., 2^e partie, p. 4 et suiv.

On a longtemps débattu la question de savoir à qui appartient la souveraineté. Ce sujet est trop vaste pour pouvoir être épuisé dans un travail aussi restreint que celui-ci; nous ne pouvons que l'effleurer en passant. Quelques auteurs ont tout d'abord nié la personnalité de l'Etat. Pour eux, la personnalité n'appartient qu'à l'homme, l'être moral est une fiction à bannir du domaine de la science. L'Etat n'est pas une personne, c'est un objet dominé par une volonté souveraine qui est en dehors de lui. L'ensemble des dispositions par lesquelles ce pouvoir souverain règle la coexistence des hommes dans l'Etat est le droit, qui est donc une création du pouvoir.²⁶ Le pouvoir public est, non pas le pouvoir de l'Etat, mais le pouvoir sur l'Etat. Quant à la question de savoir à qui appartient ce pouvoir, ces auteurs ne sont pas d'accord. Les uns attribuent la souveraineté au monarque (*Bodin, Hobbes*, etc., et de nos jours *Seydel*, du moins dans les monarchies), les autres au peuple (*Rousseau* et son école).

La souveraineté dans l'Etat. Personnalité, souveraineté et nature organique de l'Etat.

Aujourd'hui ce système matérialiste est à peu près complètement abandonné et on s'accorde avec raison à reconnaître la personnalité de l'Etat comme la base du droit public moderne. Nier l'existence de l'Etat comme être moral collectif, et le résoudre en une série de pouvoirs appartenant à un individu ou à une masse, c'est absolument méconnaître l'état actuel de la civilisation et de la conscience juridique des peuples. C'est seulement dans les temps barbares qu'on a pu ne voir dans l'Etat que le pays et les habitants dominés par une volonté souveraine.²⁷ Depuis longtemps l'Etat est pour nous la plus haute et la plus complète des collectivités; il embrasse le peuple et le monarque, il n'est pas au-dessous d'eux, et l'expression juridique de cette idée est la personnalité de l'Etat comme sujet suprême du droit public.²⁸ Sans cette personnalité, l'Etat ne serait

²⁶ *Max Seydel*, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873, p. 172. Cf. le Commentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich, du même auteur, Würzburg 1873, p. 99: „L'Etat est l'objet de la souveraineté.“

²⁷ Voir *Otto Gierke*, Die Grundbegriffe des Staats und die neuesten Staatsrechtstheorien, dans la Tübinger Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften, Vol. XXX (1874), p. 152—198 et 265—335. Cf. spécialement p. 175 et suiv.

²⁸ *P. Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 3 vol., Tubingue 1876—1882, I, p. 85—86.

que le patrimoine d'un individu ou d'une masse. Le droit public n'aurait aucune raison d'être, car le souverain pourrait toujours agir dans son domaine selon son bon vouloir. Quelle règle pourrait bien le retenir, si l'Etat est sa propriété?

Cette manière de voir est trop primitive pour être soutenue encore aujourd'hui, mais on aurait tort de croire qu'il ne s'agit ici que d'une question de mots. Les faits sont là pour prouver le contraire.

Ainsi l'on a dit: « La souveraineté appartient au monarque. L'Etat n'est que la collectivité des individus réunis sous le sceptre d'un pouvoir suprême qui les domine. »²⁹ Ce n'est pas ici le lieu d'apprécier la valeur philosophique et morale d'un système qui ne voit dans les hommes que des sujets d'autres hommes. Il nous suffit de démontrer qu'il est contraire à l'histoire et aux faits. En effet, si le souverain est au-dessus de l'Etat, qu'est donc la constitution et qu'est le droit public? Simplement un acte de bon vouloir du souverain, une espèce de programme qu'il s'est fait à lui-même pour régler ses occupations.³⁰ De sorte que non seulement il peut changer ce programme selon son bon plaisir, mais qu'il peut s'en passer à tout instant. Qu'importe, en effet, que la volonté du souverain se manifeste par un ordre verbal ou par une loi adoptée en Parlement? — Mais en est-il ainsi? Un monarque constitutionnel peut-il actuellement décréter seul des lois valables? Non. Alors la théorie est fausse. On aura beau dire que cette restriction de son pouvoir résulte de ce que le monarque a octroyé une constitution à ses sujets. La réponse est bien simple: si le roi a octroyé une constitution à ses sujets, il n'est pas lié par elle, aussi peu que je suis lié juridiquement par une promesse faite à mon esclave.

Cette réfutation s'applique également au système qui attribue la souveraineté au peuple comme une propriété, comme un patrimoine. Si cette doctrine était vraie, la majorité des citoyens, assemblée où et comme elle veut, pourrait décider ce qu'elle veut et cela dans une forme quelconque. — Est-ce bien le cas? La majorité des citoyens réunie dans la rue peut-elle légalement ren-

²⁹ *Seydel*, loc. cit.

³⁰ Dans son système, *Seydel* n'arrive à traiter de la Constitution qu'après avoir terminé l'examen de l'organisation de l'Etat selon la volonté souveraine. A ses yeux, la législation est la source de la constitution, mais la constitution est la source de la vocation à la législation! Cf. *Gierke*, loc. cit., p. 186—189.

verser les autorités constituées et abolir des lois comme bon lui semble? Non. Donc la théorie n'est pas juste.

Pour résoudre la question, il faut argumenter ainsi :

Les corps chargés du pouvoir suprême dans ce que nous appelons l'Etat, ne peuvent pas vouloir et agir selon leur bon plaisir et dans les formes qui leur conviennent. Leur volonté et leur action n'ont de valeur légale que si elles se manifestent ou s'exercent dans certaines formes, sous certaines conditions et conformément à certaines règles précises. Il en résulte que dans cette volonté et dans cette action nous n'avons pas le fait personnel des individus, mais le fait d'un être supérieur qui, bien que n'ayant pas d'existence corporelle, s'impose à notre intelligence. Du moment que le monarque ne peut vouloir valablement que dans certaines formes (par exemple avec l'assentiment du Parlement) et que tout ce qu'il veut en dehors de ces formes n'a aucune valeur légale, nous devons dire qu'il ne manifeste pas sa volonté personnelle d'homme, mais qu'il veut pour un être supérieur dont il n'est que l'organe et le représentant. Voilà ce qui révèle l'existence de la personne juridique.³¹

Supposons, par exemple, qu'un roi constitutionnel promulgue une loi sans que le Parlement ait été consulté, cette loi, qui, si elle avait été régulièrement adoptée par les Chambres, eût été l'expression légale de la volonté de l'Etat, n'a, dans notre hypothèse, aucune valeur juridique. Ce n'est pas l'Etat qui a parlé par la bouche du monarque, c'est un individu qui a parlé et son acte n'a d'autre conséquence que d'engager la responsabilité du ministre qui lui a prêté sa contre-signature.

De même dans les démocraties où la souveraineté est exercée directement par le peuple, on ne reconnaît comme étant l'expression de la volonté de l'Etat que les décisions prises par l'ensemble des citoyens régulièrement assemblés et dans les formes prescrites par la constitution.

Le monarque ou le peuple ne peut disposer du pouvoir que

³¹ *Otto Gierke* (dans les „Jahrbücher für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich“ de *Schmoller*, 7^{me} année (1883), 4^e cahier, p. 1 et suiv.) s'élève contre cette notion de la personne juridique, qu'il trouve trop étroite surtout en droit public. Nous n'avons pas à examiner ici ce sujet. Pour nous il suffit d'entendre par personne juridique l'être moral sujet de droits et d'obligations. Cf. *Laband* dans *Marquardsen*, *Handbuch des öffentlichen Rechts*, 2^{me} vol., 1^{re} partie, p. 20.

pour l'Etat, dans le bien de l'Etat et au nom de l'Etat. L'Etat est donc la personne suprême, c'est à lui que revient la souveraineté. Voilà la base de tout droit public.

L'Etat, il est vrai, n'est pas un être physique, doué par la nature de volonté et d'action; c'est un être abstrait ne vivant qu'au moyen d'organes qui veulent et agissent pour lui. Ces organes sont des individus — pris isolément ou organisés en corps — et pour qu'ils soient réputés agir au nom de l'Etat, il faut qu'ils observent certaines formes sans lesquelles leurs actes n'auraient qu'une valeur toute personnelle. Ce sont donc ces formes qui distinguent la vie privée, l'action personnelle des individus chargés du pouvoir public, de ce qu'ils font comme organes de l'Etat. Ce sont les actes de cette dernière espèce qui sont seuls réputés actes de l'Etat. Le monarque, le peuple, les autorités constituées ne sont que des organes chargés de réaliser la volonté et l'action de l'Etat.³²

On a comparé les autorités à des représentants de l'Etat. L'assimilation n'est pas parfaitement exacte. En droit privé le représentant est un sujet de droit qui agit pour un autre sujet de droit. En droit public, au contraire, l'organe est un membre du corps de l'Etat, une partie de sa personne, qui agit pour le tout. Il n'y a pas deux sujets distincts, il y a unité de personne entre l'Etat et son organe.³³

Etant ainsi composé d'organes, l'Etat doit nécessairement avoir une organisation, une constitution dans le sens le plus large du mot. Il est impossible de concevoir un Etat sans une constitution quelconque écrite ou non — car nous n'entendons pas par constitution un morceau de parchemin, nous entendons l'organisation inhérente à l'Etat.

En même temps qu'elle détermine les organes de l'Etat, la constitution fixe aussi la compétence de chacun d'eux. Les autorités publiques ne peuvent donc vouloir et agir que dans

³² Cette qualité d'organe des citoyens se révèle aussi dans le fait que l'on punit la corruption électorale, ce qui ne serait pas admissible si, en votant, l'électeur ne faisait qu'exercer un droit tout personnel dans son intérêt personnel. En fait, le citoyen agit comme organe, comme autorité de l'Etat; il remplit un devoir et un mandat, autant qu'il exerce un droit.

³³ *Jellinek*, p. 25. Cf. *Gierke*, eod., p. 42 et suiv. Voir aussi les remarques de cet auteur sur la nature organique de l'Etat (dans la *Tübinger Zeitschrift*, citée plus haut, p. 152—198 et 265—335; spécialement p. 283 et suiv.).

les limites de leur compétence et selon les formes qui leur sont prescrites. Sans cela leurs actes ne sont pas des actes de l'Etat, ce sont des actes personnels de leurs auteurs et ces derniers en sont personnellement responsables. C'est ainsi que la constitution de l'Etat détermine l'organe chargé d'exercer le pouvoir suprême et c'est cet organe que l'on appelle souverain.³⁴ Mais, nous le répétons, la souveraineté n'appartient pas à cet organe; elle appartient à l'Etat, et l'organe ne peut l'exercer qu'au nom, pour le bien et dans l'intérêt de l'Etat.

Chapitre II.

La nature juridique et l'essence de la souveraineté.

Suivant *Bodin*, la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une république, c'est le *summum imperium*, la *summa potestas*. Il semble au premier coup d'œil que cette définition ne doive soulever aucune difficulté. En réalité il y a peu de matières sur lesquelles il règne autant de confusion. La qualification juridique de la souveraineté a donné lieu aux opinions les plus diverses et bien que de grands progrès aient été faits, surtout ces derniers temps, la lutte continue toujours et nous ne sommes pas encore arrivés à un résultat définitif. Cela tient essentiellement à ce que plus d'une fois on s'est payé de déclamations sans fond juridique et qu'on s'est contenté de phrases obscures au lieu de chercher à gagner des notions exactes et scientifiques.

Confusion sur la
nature juridique
de la souveraineté.

La confusion sur la nature juridique de la souveraineté s'est surtout manifestée à propos de la question de savoir à qui revient cet attribut dans un corps politique quelconque. Cette question a été résolue de diverses manières et la controverse qui s'est élevée à ce sujet ne s'est pas maintenue dans le domaine de la lutte théorique; elle a passé dans le domaine des faits et elle a donné lieu entr'autres à la guerre du Sonderbund en Suisse et à celle de sécession aux Etats-Unis de l'Amérique du Nord.

³⁴ C'est dans ce sens que l'on parle du souverain dans la monarchie et du peuple souverain dans la république.

En première ligne, il va sans dire que la définition de *Bodin* ne suffit pas pour permettre de reconnaître le caractère juridique de la souveraineté. Ce n'est pas assez de dire qu'elle est la *suprema potestas*, il faut savoir en quoi consiste cette *suprema potestas* et comment elle se manifeste dans chaque cas particulier.

Bodin lui-même a déjà cherché à déterminer la nature de la souveraineté d'une manière plus précise. Selon lui l'unité et la plénitude du pouvoir de l'Etat, qui forment sa souveraineté, se caractérisent surtout par son indépendance de toute autre puissance, sauf Dieu, et par sa durée irrévocable. En ce sens, ce pouvoir est absolu : la volonté souveraine est la plus haute volonté de l'Etat, celle qui décide en dernier ressort et d'une manière décisive. Elle n'est pas dépendante de la loi ; au contraire, c'est la loi qui vient d'elle et qui dérive d'elle sa propre autorité.

On sait que *Bodin* attribue la souveraineté au monarque, ce qui l'amène à un absolutisme devant lequel il recule lui-même, en faisant la réserve que le monarque est pourtant lié par la foi publique et le droit naturel qu'il doit protéger. Cet argument de sentiment n'est pas juridiquement très concluant. Comment concevoir en logique que le créateur, le protecteur du droit naturel, l'Etat, soit *lié* par sa propre création, donc au-dessous d'elle ? Du reste, *Bodin* se place aussi dans une situation anormale, en déclarant, pour sauver la souveraineté des monarques électifs, que leur pouvoir peut être dérivé d'un autre pouvoir, ce qui est logiquement impossible.³⁵ Le fait est que la souveraineté est une chose primordiale, absolue, mais qu'elle appartient à *l'Etat*. Ce dernier ne fait que la *déléguer* au monarque ou au peuple, qui l'exerce alors comme son organe suprême et selon la constitution. — Ajoutons à ce propos que *Bodin* a déjà établi une distinction très-heureuse que nous retrouverons dans la suite de cette étude. Il distingue entre la loi et le traité, en ce sens que la loi, simple expression de la volonté souveraine, peut être librement changée au gré de cette dernière, tandis que, dans le traité, le souverain s'oblige vis-à-vis d'un autre et ne peut être délié par son seul bon plaisir. Seulement le juriste français retombe aussitôt dans l'arbitraire parce qu'il attribue la souveraineté

³⁵ *Bodin* lui-même a dit, I, 10, pag. 159 : „Il n'y a que celui absolument souverain, qui ne tient rien d'autrui.“

au prince. Il sait bien que la volonté suprême ne peut être obligée que par elle-même, et pourtant il n'admet pas que le monarque soit dégagé de ses contrats et de ses serments, et il déclare qu'il est lié par eux aussi longtemps que les sujets avec lesquels il a contracté ont intérêt à l'exécution de la promesse, mais pas au-delà. Cette distinction est arbitraire. En réalité, c'est l'Etat qui impose des devoirs au monarque en lui déléguant l'exercice de la souveraineté. Mais l'Etat lui-même n'est jamais lié que par sa seule volonté.

A ce propos nous devons encore réfuter une opinion qui ne peut être introduite dans la science du droit sans en obscurcir les notions et nuire à sa précision. *Bluntschli*³⁶ dit : « L'Etat est la personnification de la puissance du peuple. Si l'on se représente cette puissance à son plus haut degré de dignité et de pouvoir, on parle de la souveraineté. » Cet auteur semble donc confondre plus ou moins la souveraineté avec le pouvoir public (*Staatsgewalt*). Il commet là une erreur d'autant plus étonnante de sa part qu'il reconnaît la personnalité de l'Etat, tandis que la confusion de la souveraineté avec le pouvoir public est précisément à la base de la doctrine qui nie cette personnalité et qui place le pouvoir public au-dessus de l'Etat et non dans l'Etat.³⁷ En réalité le pouvoir public est *l'ensemble des moyens* dont l'Etat se sert pour réaliser sa volonté et remplir ses buts. La souveraineté, par contre, est une *qualité* que nombre d'auteurs, comme nous le verrons plus tard, refusent de reconnaître à certains Etats. Elle n'est pas une institution juridique de l'Etat, une « *Rechtsinstitution des Staates* »³⁸, aussi peu qu'une institution en général, elle en est un attribut, le trait qui lui imprime sa nature juridique.³⁹

Partant de cette confusion, *Bluntschli* nie que la souveraineté soit illimitée : « L'Etat représentatif moderne ne connaît pas de pouvoir public absolu et il n'y a pas d'indépendance absolue sur

L'opinion de
Bluntschli.

³⁶ *Lehre vom modernen Staat*, I, p. 561.

³⁷ Ainsi *Seydel* déclare „que la volonté suprême en se manifestant à l'extérieur devient le pouvoir public. Le *pouvoir public* est la souveraineté.“ *Max Seydel*, *Der Bundesstaatsbegriff, eine staatsrechtliche Untersuchung*, dans la *Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften*, vol. XXVIII (1872), p. 187—256, surtout p. 187 et suiv.

³⁸ *Bluntschli*, eod., p. 565, n. 1.

³⁹ Cf. n. 2, où la même identification erronée se retrouve.

terre. Ni la liberté politique, ni le droit des autres organes et parties de l'Etat ne sont conciliables avec une souveraineté illimitée, et chaque fois que des individus ont tenté d'en établir une, l'histoire a condamné cette prétention. Même l'Etat comme tel n'a pas une pareille omnipotence, car lui aussi est limité à l'extérieur par le droit des autres Etats et à l'intérieur par sa propre nature et par le droit de ses membres et des individus qui vivent sur son territoire. » ⁴⁰

La première partie de cette citation repose sur une assimilation erronée de la souveraineté au pouvoir public et de la science du droit à la philosophie et à la politique. Il est vrai que le pouvoir public ne peut pas être absolu. Mais les arguments sur lesquels *Bluntschli* fonde cette assertion ne sont pas scientifiques. Le vrai motif juridique en est que l'Etat n'est pas un être corporel, mais bien un organisme qui n'existe que par la constitution qu'il s'est donnée et les organes créés par elle. Ce simple fait exclut l'absolutisme du pouvoir public. En effet, l'organisation de l'Etat, sans laquelle il ne peut exister, fixe nécessairement certaines conditions, certaines règles dans le cadre desquelles l'action des organes publics sera considérée comme volonté de l'Etat. Le pouvoir public est restreint et dominé par ces règles, parce que sans elles il n'existerait pas. Et même en admettant que l'Etat agrandisse toujours sa compétence et ses pouvoirs (ce qui est possible en théorie juridique, bien que peu probable en réalité), il restera toujours certaines barrières juridiques, certaines formes et conditions prévues qui le limiteront parce qu'elles sont la condition de son existence et que sans elles il ne serait plus une notion juridique, une institution quelconque. ⁴¹

La dernière phrase de *Bluntschli*, par contre, méconnaît la véritable tâche du droit public. Le droit public est une science

⁴⁰ Der moderne Repräsentativstaat weiss nichts von einer absoluten Staatsgewalt und eine absolute Unabhängigkeit gibt es überall nicht auf Erden. Weder die politische Freiheit, noch das Recht der übrigen Organe und Bestandtheile des Staats vertragen sich mit einer solchen schrankenlosen Souveränität, und wo immer Menschen versucht haben, dieselbe zu üben, da hat auch die Geschichte solche Anmassung verurtheilt. Selbst dem Staat als einem Ganzen kommt solche Allmacht nicht zu: denn auch er ist nach Aussen durch das Recht der übrigen Staaten und nach Innen durch die eigene Natur und durch das Recht seiner Glieder und der Individuen in ihm beschränkt. *Bluntschli*, eod. p. 563.

⁴¹ *Jellinek*, p. 33.

qui doit avant tout rester fidèle à la logique. Comme toutes les autres branches du droit, il doit trouver la formule juridique des faits extérieurs, les coordonner logiquement et arriver ainsi à une construction scientifique du système de l'Etat. Or le premier fait que nous rencontrons dans la vie publique, c'est la domination : l'Etat domine, les corporations de droit public dominant. Le droit public transforme ce fait en un droit, et prend comme base le droit légal du pouvoir, le « Herrschaftsrecht » du supérieur sur l'inférieur. Mais la notion de la puissance implique nécessairement l'idée qu'elle a un degré suprême. Dans ce système de pouvoirs superposés les uns aux autres, il faut bien qu'il y ait une *summa potestas*. C'est à cette puissance suprême que la science attribue la souveraineté. La logique se refuse à admettre qu'il n'y ait pas d'indépendance absolue sur terre (comme *Bluntschli* le prétend plus haut). L'Etat souverain, pour emprunter une vieille formule, « ne tient la couronne que de Dieu et de son épée. »⁴² Le fait qu'il est limité par la coexistence d'autres Etats, ne signifie rien ici. L'Etat existe pour manifester et développer la nation qu'il représente, et non pour conquérir d'autres Etats ou leur faire la guerre ; en empiétant sur leur domaine, il sort de lui-même, il sort des formes et des règles auxquelles il doit son existence.⁴³ En revanche, dans ses limites il est tout puissant, il peut agir comme s'il existait seul au monde, et c'est là que se révèle sa souveraineté absolue en théorie. Si, en matière internationale, il se lie envers d'autres Etats par des traités, ces liens reposent en définitive sur sa propre volonté ; ils ne lui sont pas imposés par un ordre juridique supérieur. (Ai-je besoin de rappeler ici que le droit public, en tant que science, ne peut tenir compte du fait qu'un Etat victorieux impose, par la force des armes, un traité à son adversaire vaincu ? Ce fait, la science l'ignore. *Coactus voluit*. C'est l'Etat lui-même qui s'est lié, et c'est là de nouveau que se révèle sa souveraineté.)

Quelques auteurs⁴⁴ ne voient dans la souveraineté « qu'un assemblage de divers droits ou pouvoirs distincts, une somme d'attributions sans cohésion intime ». ⁴⁵ C'est là une erreur manifeste qui, en dernière analyse, conduit à ne voir dans l'Etat qu'une vaste compagnie

La doctrine qui décompose la souveraineté en une série de pouvoirs.

⁴² Cf. *Jellinek*, p. 23.

⁴³ V. du reste *Bluntschli*, *Lehre vom modernen Staat*, I, p. 579—580.

⁴⁴ Il sont cités dans *Jellinek*, p. 19, n. 15.

⁴⁵ *Jellinek*, loc. cit.

d'assurance. D'abord on confond ici la souveraineté avec le pouvoir public. Or, s'il est vrai que le pouvoir public est un ensemble de pouvoirs, la souveraineté, qui est un attribut, ne saurait être une telle nomenclature. En outre, il est dans la nature même du superlatif d'être un et indivisible. C'est là une nécessité logique absolue.⁴⁶ La vie de l'Etat ne se laisse pas plus fractionner et déchirer que celle de l'individu.⁴⁷ L'Etat lui-même est un organisme et non un simple assemblage mécanique de plusieurs fonctions et de plusieurs pouvoirs; tous ses droits sont des émanations d'une même unité et remontent à cette unité comme à une source commune.

De même que l'Etat, la souveraineté est une et indivisible. Ainsi *Bluntschli*⁴⁸, tout en identifiant la souveraineté avec la puissance publique, et en la décomposant aussi en une série d'attributs, reconnaît pourtant qu'elle n'est pas une somme de droits isolés, mais *le* droit collectif de l'Etat, que c'est « une notion centrale, aussi énergique que la propriété en droit privé ». Toutefois, dans la phrase suivante, il identifie de nouveau la souveraineté avec le pouvoir public: « L'Etat étant un corps organique, l'unité de la souveraineté est nécessaire à sa prospérité. Le fractionnement de la souveraineté a pour conséquence de paralyser et de dissoudre l'Etat et n'est donc pas compatible avec sa prospérité. »⁴⁹

Baser ainsi la souveraineté sur des motifs d'opportunisme et d'hygiène politique, c'est en méconnaître complètement la nature juridique, c'est méconnaître que l'unité est dans la nature même de la plénitude de pouvoir, en opposition à la réunion de simples droits « partiels »,⁵⁰ et que, logiquement, la qualité en vertu de laquelle l'Etat a la puissance suprême et absolue, n'est pas susceptible de fractionnement.

Il nous reste à mentionner, en passant, une tentative de *Bluntschli* de fournir une analyse complète des éléments constitutifs de la souveraineté. Selon lui, la souveraineté comprend:⁵¹

⁴⁶ *Seydel*, Bundesstaatsbegriff, p. 190.

⁴⁷ *Laband*, Staatsrecht. I, p. 74.

⁴⁸ *Lehre vom modernen Staat*, p. 563—564.

⁴⁹ Da der Staat ein organischer Körper ist, so ist Einheit der Souveränität ein Erforderniss seiner Wohlfahrt. Die Spaltung der Souveränität führt in ihren Konsequenzen zur Lähmung oder Auflösung des Staats und ist daher mit der *Gesundheit des Staats* (!) nicht verträglich. Eod. p. 564.

⁵⁰ Eod. p. 564.

⁵¹ P. 575.

1° le droit du peuple organisé en Etat à la reconnaissance et au respect de sa dignité et de sa souveraineté; 2° l'indépendance vis-à-vis de tout autre Etat; 3° le pouvoir constituant; 4° le pouvoir législatif; 5° la source de *tout autre*⁵² pouvoir public; 6° l'irresponsabilité; 7° le droit de demander des comptes à tous les pouvoirs inférieurs de l'Etat.

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner la valeur de cette nomenclature; plus tard, du reste, nous aurons l'occasion de faire remarquer les inconséquences auxquelles l'éminent professeur s'est laissé entraîner. Pour le moment il suffira de constater qu'au fond cette énumération ne nous avance guère, qu'elle ne nous dit rien de plus que les termes *summum imperium*, *summa potestas*. Ce que nous voulons, c'est bien plutôt un critère juridique sûr qui nous permette de déterminer avec justesse dans chaque cas concret où réside la souveraineté, en d'autres termes de décider, dans un système de collectivités politiques, quel est le corps souverain et quels sont les corps non-souverains. Or il est évident que les données de *Bluntschli* ne fournissent pas la solution de cette question. Nous en sommes encore à nous demander: à quoi remarque-t-on l'indépendance de tout autre pouvoir; la possession du pouvoir constituant, etc.?

Une opinion qui se rattache à la précédente et que l'on trouve dans nombre d'auteurs de droit international,⁵³ consiste à distinguer deux souverainetés séparées: la souveraineté à l'intérieur de l'Etat (souveraineté de droit public) et la souveraineté dans ses rapports avec les autres Etats (souveraineté de droit international) — *staatsrechtliche und völkerrechtliche Souveränität*.

Cette doctrine part également du point de vue erroné de la décomposition de la souveraineté en une série de pouvoirs distincts. Elle aboutit à dire que ces deux souverainetés sont deux choses essentiellement différentes, l'une signifiant le pouvoir suprême qui revient à l'Etat, l'autre son indépendance vis-à-vis de tout autre Etat.

Ce dédoublement est inutile, et de plus, contraire à la logique et aux faits. Loin d'être distinctes, ces deux souverainetés ne sont que deux faces différentes d'une seule et même souveraineté. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que les deux attributs que l'on sépare ainsi sont si étroitement liés ensemble que l'un

La doctrine qui distingue deux espèces différentes de souveraineté.

⁵² Donc la souveraineté serait aussi un pouvoir public?

⁵³ Ils sont cités dans *Jellinek*, p. 22, n. 23.

ne peut exister sans l'autre. En effet, comment se figurer un pouvoir suprême qui soit dépendant d'un autre? C'est une contradiction dans les termes, car dans ce cas le pouvoir dépendant n'est pas suprême, même vis-à-vis de ses propres sujets. Pour ces derniers le pouvoir suprême, c'est celui qui est au-dessus de l'autre. De même, l'Etat indépendant est par cela même maître suprême chez lui. La souveraineté intérieure et la souveraineté internationale ne sont donc que deux côtés d'une seule et même chose; la seconde est le reflet de la première à l'extérieur et n'existe qu'où la première se trouve.⁵⁴

La doctrine qui fait dépendre la souveraineté d'une certaine somme de pouvoir réel.

Plusieurs auteurs⁵⁵ ne veulent reconnaître un Etat comme souverain qu'à la condition qu'il possède en fait une certaine puissance matérielle. Cette doctrine méconnaît le principe fondamental du droit international: l'égalité entre tous les Etats libres et indépendants. Les faits jouent, il est vrai, un grand rôle dans le droit, mais ils ne peuvent pourtant pas le dominer complètement; car alors le droit n'aurait plus de raison d'être. Ainsi, en droit privé, il est évident que le petit propriétaire dont le modeste héritage est entouré de grands domaines est bien, économiquement et physiquement parlant, dépendant de ses puissants voisins. Mais le droit ne s'inquiète pas de ce fait. Pour lui, le plus petit propriétaire a autant de droits sur sa chose que le riche seigneur qui possède des provinces. Le droit de propriété est identiquement le même pour l'un comme pour l'autre. C'est ainsi que, pour le droit international, tous les Etats indépendants sont également souverains, quelle que soit leur force ou leur faiblesse réelle, et c'est bien à tort qu'on vient mêler aux notions strictes et précises de la science juridique des considérations politiques et historiques qui n'ont aucune valeur en droit. C'est un peu cette confusion de deux points de vue essentiellement différents qui a amené *Bluntschli* à nier l'existence d'une souveraineté absolue et à ne voir partout que des souverainetés relatives. En fait, cela peut être vrai. En droit, c'est inadmissible. Pour le droit public, l'Etat libre a la plénitude de pouvoir dans ses propres limites;

⁵⁴ V. infra, p. 39—40.

⁵⁵ P. ex. *R. Phillimore*, *Commentaries upon international Law*, vol. I, p. 91 et 92. *F. de Gerber*, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 2^{me} édition, Leipzig 1869, p. 24, n. 4. *H. Escher*, *Handbuch der praktischen Politik*, 2 vol., Leipzig 1863—1864, I, p. 53. Cf. *Jellinek*, p. 21, n. 20.

il est souverain, et cette souveraineté est formellement absolue, c'est-à-dire qu'elle n'est restreinte par aucune barrière légale autre que celles qui reposent sur la volonté ou la nature de l'Etat même.

D'autres juristes,⁵⁶ notamment les partisans de la nature organique et de la personnalité de l'Etat, donnent une définition de la souveraineté qui ne peut pas non plus être admise. Selon les uns la souveraineté est l'unité des forces de l'Etat,⁵⁷ selon d'autres — qui reconnaissent que cette notion philosophique des forces ne convient pas dans une définition basée exclusivement sur l'idée du pouvoir public — elle est l'unité des pouvoirs (Herrschaftsrechte) de l'Etat.⁵⁸ Cette définition a, en première ligne, le tort d'être sans valeur pratique: elle ne nous avance pas dans nos recherches, car elle ne nous fournit pas un critère grâce auquel nous puissions reconnaître où réside la souveraineté dans chaque collectivité concrète. Mais elle n'est pas non plus juste en théorie. La souveraineté n'est pas l'unité des pouvoirs publics par la simple raison qu'elle n'est pas le pouvoir public. L'unité des pouvoirs et des droits de l'Etat découle de sa nature organique et non de sa souveraineté. C'est parce que l'Etat est un être, donc une entité, que toutes ses forces remontent à une source commune et cette unité de droits et de pouvoirs se retrouve dans tous les êtres moraux, même non souverains, ainsi que dans la personne physique, l'homme.

La doctrine qui rattache la souveraineté à l'unité de l'Etat et de ses pouvoirs.

C'est au jurisconsulte *Haenel*⁵⁹ que revient le mérite d'avoir fourni un critère vraiment juridique pour reconnaître la souveraineté. Ses recherches ont eu pour but spécial l'étude de la nature juridique de l'Etat fédératif, mais son argumentation s'applique également à tous les Etats et peut ainsi prétendre à une autorité générale. Partant de l'examen des constitutions fédérales actuelles, *Haenel* est arrivé aux conclusions suivantes:

La doctrine de *Haenel*.

C'est le droit légal de l'Etat de déterminer lui-même librement sa propre compétence, qui est la condition suprême de son autarkie, l'élément distinctif de sa souveraineté. En d'autres

⁵⁶ Ils sont cités dans *Jellinek*, p. 26. n. 33—36.

⁵⁷ *Bodin, Grotius, Hobbes, Puffendorf, etc., Bluntschli*, eod., p. 564.

⁵⁸ *Ph. Zorn*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, Berlin et Leipzig 1880, I, p. 46.

⁵⁹ *A. Haenel*, *Studien zum deutschen Staatsrechte. I. Die vertragsmässigen Elemente der deutschen Reichsverfassung*, Leipzig 1873.

termes, tout Etat qui fixe seul sa compétence et qui peut imposer sa décision à des collectivités inférieures, est un Etat souverain; tout Etat ou tout corps politique qui peut voir sa compétence limitée, restreinte, ou même au besoin supprimée par une puissance supérieure est par là même dénué de la souveraineté. « La souveraineté est donc le pouvoir légal de l'Etat de déterminer lui-même sa compétence. » ⁶⁰

Cette définition, déjà indiquée vaguement et accessoirement par des auteurs comme *Waitz*, *de Mohl*, etc., ⁶¹ a fait de rapides progrès et ne tardera pas à acquérir une autorité générale. Elle a d'abord le grand mérite d'être éminemment juridique et de ne pas introduire dans la notion de la souveraineté des éléments étrangers qui ne feraient que l'obscurcir. Nous qualifions de souverain l'Etat qui a la puissance suprême. Cette notion comprend deux éléments : la puissance comme élément de droit (non de fait) — c'est-à-dire le droit d'un être de déterminer d'autres êtres par sa volonté — et la qualité de suprême, qui suppose une relation de supérieur à inférieur, une superposition aboutissant au superlatif. Pour arriver à un critère pratique de la souveraineté, il faut rester dans les limites de ces deux données. Si vous introduisez, pour la définir, des facteurs étrangers, tels que les pouvoirs de l'Etat, la puissance du peuple, la majesté, etc., vous retombez dans l'obscurité et dans la confusion. La définition de *Haenel* évite ce danger. Le droit de déterminer librement sa compétence rentre bien dans l'élément de puissance qui est à la base de la souveraineté et il nous donne également un moyen aussi sûr que facile de reconnaître quelles sont les collectivités souveraines et quelles sont celles qui ne le sont pas. Il est évident que le pouvoir qui n'a aucune barrière au-dessus et au-dessous de lui que sa propre et libre volonté, est la *summa potestas*, le pouvoir souverain. Il est non moins évident qu'un être quelconque, Etat, commune ou individu, qui n'est pas maître de déterminer selon son bon plaisir son cercle d'activité, mais qui, au contraire, est soumis aux restrictions et aux règles de conduite que le droit permet à un autre être de lui imposer, est par là même soumis à cette autre personne, qu'il doit

⁶⁰ „Die Souveränität ist also die Rechtsmacht des Staates über seine Kompetenz“, eod. p. 149.

⁶¹ *Jellinek*, p. 29, n. 37.

reconnaître sa suprématie et que, par conséquent, il n'est pas souverain.

Un exemple nous suffira pour montrer l'application pratique de cette définition, que nous retrouverons plus bas quand nous rechercherons le siège de la souveraineté dans l'Etat fédératif. Dans l'Etat simple qu'est-ce qui constitue les communes? C'est la loi. Donc l'existence des communes est basée sur un acte unilatéral de la volonté de l'Etat, c'est l'Etat qui les crée, qui fixe leurs droits et leurs pouvoirs et qui, par conséquent, demeure toujours le maître de modifier seul cette compétence contre la volonté des communes. Donc les communes n'ont aucune souveraineté, l'Etat est seul souverain.

On nous objectera que la loi de l'Etat peut prescrire qu'un pareil changement ne pourra avoir lieu qu'avec le consentement des intéressés. Mais une disposition de ce genre ne change en rien la valeur juridique de notre définition. Si la loi statue la nécessité d'une entente préalable, c'est que l'Etat l'a voulu ainsi. Comme nous le verrons plus tard, l'être souverain peut être restreint par certaines barrières légales, pourvu que ces barrières reposent sur son consentement. Ainsi par les traités internationaux, l'Etat s'impose souvent des astringences auxquelles il est dans l'obligation juridique de se soumettre. Mais cette obligation ne change en rien sa souveraineté, parce qu'elle découle de sa propre et libre volonté. L'Etat souverain n'est pas obligé par un autre Etat, il est obligé par lui-même. En s'engageant envers des collectivités inférieures à ne pas changer leur compétence sans leur consentement, l'Etat se restreint librement, ou plutôt il restreint les pouvoirs de ses organes, et encore dans ce cas c'est lui qui fixe seul la compétence de ces collectivités, ce ne sont pas elles qui la lui imposent.

Objection à laquelle cette doctrine semble se prêter. Réponse à cette objection.

Les mêmes principes s'appliquent également au cas où l'Etat traite avec un particulier. Le contrat ainsi conclu lie les deux parties, mais ne modifie en rien la souveraineté de l'Etat, puisque les obligations et restrictions qui en découlent reposent sur sa libre volonté. De ce que la conscience juridique des peuples modernes et le droit actuel ne reconnaissent plus en pratique le despotisme absolu et capricieux de l'Etat, de ce que l'Etat actuel, le « Rechtsstaat », est soumis, ou plutôt se soumet au droit en vigueur, comme les individus, il ne s'ensuit pas que sa souveraineté soit diminuée, du moins en théorie. Le « Rechtsstaat » est aussi

souverain que l'Etat despotique, les barrières qu'il s'est imposées reposent sur sa propre et libre volonté.

Critique adressée
par *Jellinek* à la
doctrine de
Haenel.

Un auteur autrichien, *Jellinek*,⁶² a reproché à cette définition de n'être pas toujours applicable et s'est fondé sur les Constitutions de certains pays qui semblent justifier cette objection. Ainsi la Porte n'a pas le droit de modifier seule la compétence de l'Etat bulgare, aussi peu que ce dernier peut agrandir son pouvoir sans l'assentiment de son suzerain. En 1868, tout en déclarant que la Croatie et la Slavonie étaient des dépendances de l'Etat souverain hongrois, on promit à ces deux pays de ne pas changer sans leur consentement l'état de choses fixé alors. Enfin nous trouvons une situation analogue dans le protectorat que l'Angleterre a exercé sur les îles ioniennes. Voilà trois exemples où la libre détermination de la compétence n'existe ni d'une part ni de l'autre. Et pourtant la souveraineté revient bien à la Porte,⁶³ à la Hongrie, à l'Angleterre. Donc, en conclut *Jellinek*, la souveraineté n'est pas caractérisée par la « compétence de la compétence ». ⁶⁴

Autre critique
formulée contre la
même doctrine.

A cette objection se rattache une autre critique qui vient de *Rosin*.⁶⁵ Cet auteur estime que la « compétence de la compétence » n'est pas le caractère distinctif de la souveraineté, qu'elle peut faire défaut et qu'en particulier si l'art. 78 de la Constitution allemande — qui donne à l'Empire le droit de réviser la Constitution par sa seule volonté et ses seuls organes — n'existait pas, ni l'Empire, ni les Etats allemands ne possèderaient ce droit.

Réfutation de ces
critiques.

Ces arguments ne soutiennent pas un examen approfondi. Il est impossible de concevoir un Etat souverain qui n'aurait pas le droit de déterminer sa compétence, un système d'Etats où ce droit n'existât nulle part. L'Etat n'est pas une rubrique abstraite, une agglomération de pouvoirs sans cohésion et sans unité. C'est un être organique plein de force et de vie. Sa tâche

⁶² Lehre von den Staatenverbindungen, p. 30.

⁶³ Sur ce point v. infra p. 38. Cf. *Zorn*, Staatsrecht, I, p. 47.

⁶⁴ Cette expression „compétence de la compétence“ est devenue très usitée depuis l'ouvrage du jurisconsulte *Böhlau*: „Kompetenzkompetenz?“ publié en 1869. Elle signifie le droit d'un être de déterminer librement sa compétence. Nous l'emploierons quelquefois à cause de sa brièveté.

⁶⁵ Dr. *H. Rosin*, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. Kritische Begriffsstudien, dans *Hirth's Annalen für das Deutsche Reich*, 1883, p. 265 et suiv.

change avec le temps et il doit toujours être en état de modifier sa compétence et ses pouvoirs selon ses besoins et les circonstances du moment. Aussi est-on depuis longtemps d'accord sur ce fait que la *lex in perpetuum valitura* est impossible en droit,⁶⁶ que l'Etat ne peut se trouver arrêté pour toute éternité par des restrictions qu'il ne serait pas capable de supprimer par sa seule volonté. L'Etat fédératif, tel que *Rosin* se le représente, et l'Etat suzerain de *Jellinek* ne se concilient pas avec la nature même de l'Etat. Un Etat fédératif dans lequel ni les membres, ni l'Etat central n'ont le droit de changer leurs compétences, un Etat suzerain dans lequel ni le suzerain, ni le vassal ne peuvent, pour toute éternité, modifier leurs attributions, ne sont pas des Etats; ce sont des rubriques pétrifiées, des formes incapables de vivre et d'agir.

Il faut, à ce propos, se garder d'une erreur qui, bien que reconnue et écartée généralement par les auteurs, se présente involontairement à l'esprit et suggère des notions fausses. L'Etat, on le sait, est un être moral, incapable de vouloir et d'agir sans des organes chargés par sa constitution même de vouloir et d'agir pour lui.⁶⁷ Or il est évident que ces organes ne sont pas l'Etat, que, par exemple, la volonté privée du monarque ou des membres du gouvernement n'est pas par cela même celle de l'Etat. La volonté de l'Etat ne peut se former, aucun acte ne peut émaner de lui que dans les conditions fixées d'avance et d'une manière complète par la loi, et, de même que pour les autres personnes morales, la volonté et les actes des pouvoirs publics ne peuvent être attribués à l'Etat que s'ils se sont réalisés selon les formes prévues et réglées par le droit public.

Or, en déterminant les organes chargés de vouloir pour l'Etat et le mode selon lequel ils doivent former et exprimer leur volonté, pour qu'elle soit reconnue comme volonté publique, la Constitution peut établir *différentes formes et même différents organes*, selon l'importance des décisions que l'Etat est appelé à prendre. Ainsi elle remettra au gouvernement le soin de faire les actes qui n'ont qu'une portée particulière, et c'est sur cette disposition de la Constitution que se basent le pouvoir exécutif et l'administra-

⁶⁶ Cf. *Jellinek*, p. 304—305. Ce qu'il dit dans ces pages renverse sa propre critique du critère de *Haenel*.

⁶⁷ V. *supra* p. 19—23.

tion en général. Elle confiera le soin de prendre les décisions ayant une portée générale à des organes spéciaux, que l'on appelle communément les corps législatifs. Enfin elle remettra à d'autres organes la tâche de régler les litiges et de trancher les différends en appliquant la volonté générale à chaque cas particulier (autorités judiciaires). Mais quelque soit la composition de ces organes, leur formation n'implique nullement une restriction du pouvoir de l'Etat lui-même. Nous n'avons là que la fixation des formes qui permettent à l'Etat de vouloir et d'agir par lui-même.

A ce point de vue là, les Etats sont tous égaux. La Confédération suisse a autant de pouvoir, en théorie, que l'Empire de Russie. La seule différence est qu'en Russie la volonté d'un homme est reconnue comme volonté de l'Etat, tandis que nous ne reconnaissons comme telle que les décisions prises par l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral, etc. suivant les formes prévues par la Constitution.

Nous le répétons donc: l'Etat peut parfaitement décider que dans certains cas, sa volonté sera exprimée par d'autres organes et selon d'autres formes que dans d'autres cas. Ainsi pour prendre un exemple particulier, la Confédération suisse a décidé qu'en cas de referendum législatif ordinaire le vote de la majorité des citoyens sur les lois adoptées par l'Assemblée fédérale serait considéré comme volonté de l'Etat, mais qu'en matière de révision constitutionnelle cette volonté ne serait exprimée que par l'accord de la majorité des citoyens avec celle des Cantons. Est-ce à dire que la Confédération soit moins libre de réviser sa Constitution — en d'autres termes, de modifier sa compétence — que de faire des lois dans les limites de cette compétence? Cette conclusion serait complètement fausse en droit public. Non, la Confédération est également libre et souveraine dans ces deux hypothèses: ce sont l'Assemblée fédérale et la majorité des citoyens suisses qui sont moins libres en matière de révision constitutionnelle qu'en matière législative ordinaire, parce que dans le premier cas leur volonté ne forme pas à elle seule, comme dans le second, la volonté de la Confédération. Pour la Confédération elle-même, il n'y a là aucune restriction de sa compétence, mais simplement une fixation de la manière de reconnaître sa volonté. Dans les votations sur la Constitution, ce ne sont pas les Cantons qui font la loi à la Confédération: c'est la Confédération elle-même qui, par leur organe, ainsi que par celui de la majorité

des citoyens suisses, accepte ou rejette l'ouvrage de ses mandataires.

Il en est de même dans les monarchies constitutionnelles. La nécessité de soumettre les lois aux représentants du peuple n'est pas une restriction de l'Etat lui-même; c'est une restriction de la volonté particulière, personnelle, du monarque, en ce sens que les lois votées par le Parlement sont seules considérées comme la volonté du souverain.

C'est par une confusion des pouvoirs publics avec l'Etat lui-même que *Bluntschli* en est venu à nier que la souveraineté soit absolue; en se basant sur des restrictions qui s'appliquent aux autorités publiques, mais nullement à l'Etat comme tel. C'est également ainsi que *Rosin* en est venu à admettre la possibilité d'un Etat fédératif dans lequel ni l'Etat collectif, ni les Etats particuliers n'auraient le droit de modifier leur compétence. L'Etat fédératif peut bien décider qu'en certaines matières la décision acceptée par la majorité de ses membres sera seule sa volonté, mais dans ces cas les Etats particuliers votent comme *organes* de l'Etat fédératif,⁶⁸ de sorte que c'est ce dernier qui vote, et qui détermine sa compétence. Admettre qu'un Etat fédératif puisse être arrêté par des barrières qu'il ne pourra jamais supprimer par sa propre volonté, c'est admettre la *lex in perpetuum valitura*, c'est-à-dire nier le caractère d'Etat de l'Etat fédératif.

La « compétence de la compétence » découle nécessairement de la souveraineté. Il faut bien que, dans un système d'Etats, la souveraineté se trouve quelque part, qu'elle réside soit dans l'organisme collectif, soit dans ses membres. Dans l'hypothèse proposée par *Rosin*, il n'y a pas d'autre alternative que la suivante: ou bien la « compétence de la compétence » appartient à l'Etat fédératif, ou bien elle revient aux Etats membres. Dans le premier cas l'Etat fédératif est un Etat souverain. Dans le second les membres sont restés souverains. Ce sont eux qui déterminent, d'un commun accord, les pouvoirs et les compétences qu'il leur convient d'exercer en commun.⁶⁹

Quant aux exemples invoqués par *Jellinek* pour prouver que la « compétence de la compétence » peut faire défaut dans un Etat

⁶⁸ V. infra p. 56—58; v. aussi 2^e partie, chap. VII.

⁶⁹ V. infra p. 65.

composé, loin d'être concluants, ils viennent à l'appui de la thèse contraire, à cause de leur caractère transitoire et exceptionnel.⁷⁰

La science ne saurait, en effet, tirer aucun argument valable des créations que la politique a produites dans les Balkans. Les Etats que la diplomatie européenne y a fait naître, pour concilier le principe naissant des nationalités avec les besoins de la paix et de l'équilibre en Turquie, se trouvent dans une situation trop anormale pour servir d'arguments juridiques en faveur d'un axiome qui doit pouvoir s'appliquer à tous les Etats du monde. En fait, deux de ces créations ont dépassé cette période de transition et sont devenues des Etats souverains: ce sont la Serbie et la Roumanie, qui possèdent actuellement la «compétence de la compétence» dans toute son intégrité. Quant à la Bulgarie, elle est dans une situation tout éphémère qui a été dictée par les besoins du moment et qui ne peut durer à la longue. En vérité cet Etat doit devenir souverain sous peu: ⁷¹ il ne paie pas son tribut à la Porte et les événements de l'année dernière suffisent pour démontrer combien la souveraineté formelle de ce dernier Etat a peu de portée pratique.

L'exemple de la Croatie n'est pas plus concluant. Chacun sait qu'en Allemagne aussi les privilèges que l'Empire a concédés à quelques-uns de ses membres ne peuvent leur être enlevés qu'avec leur consentement et personne ne songe à en tirer la conséquence que la «compétence de la compétence» n'appartient pas à l'Empire.⁷²

Nous repoussons donc la première objection faite à la doctrine de *Haenel*. La «compétence de la compétence» accompagne néces-

⁷⁰ Cf. *Zorn*, Neue Beiträge zur Lehre vom Bundesstaat, dans *Hirth's Annalen*, 1884, p. 453—483, spécialement p. 474.

⁷¹ *Zorn* dit, avec raison (loc. cit.): „En droit c'est la Turquie qui a la „compétence de la compétence“ vis-à-vis de la Bulgarie; mais, en fait, les puissances l'empêchent de s'en servir.“ — On peut dire maintenant, sinon que la Bulgarie est souveraine, du moins que la souveraineté de la Turquie est bien illusoire. Ce qui aurait dû engager *Jellinek* à ne pas invoquer cet exemple, c'est l'ingérence continuelle des puissances dans les affaires de la Turquie et de ses vassaux.

⁷² A ce taux-là il faudrait reconnaître que la Croatie est souveraine, de même que *G. Meyer* (*Grundzüge des norddeutschen Bundesrechts*, Leipzig 1868) admet que les Etats allemands sont souverains à l'égard de leurs „privilèges réservés“ (*Reservatrechte*). C'est confondre la „compétence de la compétence“ et la souveraineté avec la promesse donnée par l'être souverain à un être non souverain de ne pas lui enlever ses droits sans son consentement. Cf. *Laband*, *Staatsrecht* I, p. 75, n. 1.

sairement la souveraineté, elle en est inséparable. A ce point de vue, rien ne s'oppose à ce qu'elle en soit le critère sûr et scientifiquement juste.

*Jellinek*⁷³ reproche aussi à ce critère de ne représenter qu'un point de vue étroitement interne. Dire que l'Etat souverain est maître de sa compétence, c'est, selon cet auteur, se mettre en opposition avec le droit international, car dans le domaine de ce droit l'Etat ne peut pas modifier par sa seule volonté les traités qu'il a conclus avec d'autres Etats, ce qui revient à dire qu'il n'est pas maître de sa compétence.

Autre objection
formulée par
Jellinek contre la
doctrine de
Haenel.

Cet argument ne prouve rien, précisément parce qu'il prouve trop. Non, l'Etat n'est pas maître de sa compétence en droit international, mais pourquoi? Parce qu'il n'a aucune compétence dans cette matière. Bien plus, il n'a à l'extérieur aucune souveraineté dans le sens juridique du mot. La notion de la souveraineté appartient exclusivement au droit public interne. Elle est à la base de cette science,⁷⁴ car elle nous donne la formule des rapports juridiques entre l'Etat et ses sujets. L'Etat a la puissance suprême, il commande à ses membres par la loi, il n'est pas obligé de traiter avec eux au moyen du contrat, et il peut par sa seule volonté agrandir toujours plus sa propre compétence et restreindre toujours plus la leur. Retrouvons-nous cette situation en matière internationale? Un Etat possède-t-il, en droit international, la toute-puissance sur les autres? Non, il n'y a là aucune souveraineté; le principe de la souveraineté est remplacé en droit international comme en droit privé par celui de la liberté et de l'égalité.

Réfutation de
cette objection.

Les Etats n'ont au fond, de par eux-mêmes, aucune compétence internationale: ils ont vécu longtemps aussi isolés que s'ils étaient séparés par des barrières infranchissables. En concluant un traité international, les Etats *sortent de leur propre compétence* pour en fonder une nouvelle, basée non sur la souveraineté — il n'y en a pas en jeu — mais sur une entente commune. La compétence internationale ne repose donc pas sur l'existence et la volonté d'un seul Etat; elle suppose nécessairement une entente commune entre deux ou plusieurs Etats, et c'est à cause de cette base contractuelle qu'un Etat ne peut modifier le traité sans l'assentiment des autres, aussi peu qu'un particulier peut se retirer à son gré d'un contrat conclu par lui avec un autre particulier.

⁷³ p. 29.

⁷⁴ V. *supra* p. 16 et 18.

Au fond, il n'y a en matière internationale ni souveraineté (dans le sens juridique du mot) ni compétence. « Ce qu'on appelle la souveraineté internationale d'un Etat, » pour employer les propres expressions de *Jellinek* ⁷⁵, « n'est autre chose que le *reflet nécessaire* de son pouvoir suprême à l'intérieur », et « la souveraineté intérieure n'est pas seulement dans la règle, (comme le croit *Heffter*), ⁷⁶ mais toujours et sans exception la base de la souveraineté extérieure. »

Quant à la compétence internationale des collectivités non souveraines, elle est basée d'abord sur la volonté de l'Etat souveraine dont ces collectivités relèvent (cette volonté seule leur donne la personnalité internationale qui leur est nécessaire pour traiter avec une autorité étrangère), puis sur l'entente avec cette dernière autorité. ⁷⁷

Donc *Jellinek* se trouve être battu avec ses propres armes. Si le critère de *Haenel* nous indique où se trouve la souveraineté interne, nous découvrons en même temps la souveraineté internationale, qui n'est que la face extérieure de la précédente.

La justesse de la définition de *Haenel* se manifeste encore plus clairement si on la compare avec celles que *Jellinek* et *Rosin* ont cherché à lui substituer et qui reproduisent la même idée en d'autres termes. Toutefois ces deux jurisconsultes ont le mérite d'avoir su donner à la notion de la souveraineté une définition plus profonde et plus générale, dont celle de *Haenel* n'est que le critère extérieur et distinctif.

Définition de la
souveraineté pré-
sentée par
Jellinek.

Selon *Jellinek*, ⁷⁸ ce qui, au point de vue qui nous occupe, distingue *toto genere* l'Etat des autres êtres moraux ou physiques, c'est que ces derniers sont exclusivement obligés (*verpflichtet*) par lui, tandis que lui-même n'est lié que par sa propre volonté. Les citoyens sont obligés par l'Etat en toute matière et dans tous leurs actes. C'est lui qui, en fixant sa propre compétence, détermine indirectement la sphère de leur libre activité. C'est lui qui règle par ses lois leur situation juridique et leur position sociale, qui leur indique la conduite à suivre, etc. Même dans ses actes juridiques les plus libres, le citoyen est obligé par l'Etat, car c'est l'Etat qui prête à ces actes leur valeur juridique en donnant

⁷⁵ p. 23—24.

⁷⁶ 7^e édition du *Völkerrecht*, publiée par *Geffcken*. § 19.

⁷⁷ V. *infra* p. 96—100.

⁷⁸ p. 31 et suiv.

force obligatoire aux conséquences qu'ils entraînent, conformément au droit objectif.

Donc « ce qui caractérise la condition juridique du sujet, c'est le fait qu'il est obligé exclusivement par la volonté de l'Etat, c'est-à-dire par une volonté étrangère. » ⁷⁹

L'Etat, par contre, s'oblige par lui-même, ou, pour mieux dire, il *peut* être obligé par lui-même. Il doit s'obliger, il doit déterminer par des règles de droit fixes et précises la forme, la compétence, l'activité des organes chargés de le représenter. Mais, en s'imposant ces restrictions à lui-même, il agit sous l'impulsion de son propre et libre arbitre.

Nous avons donc, dans chaque action de l'Etat, deux éléments:

D'abord un élément d'*obligation*. Pour avoir une valeur légale quelconque, les actes du pouvoir public doivent respecter les règles et les formes prévues par la loi et l'Etat ne peut modifier cette loi que dans les formes fixées par elle.

Mais à côté de cet élément d'obligation, il y a l'élément de *liberté et d'indépendance*, en ce sens que ces restrictions sont volontaires, que c'est l'Etat lui-même qui se les est imposées.

Donc tous les actes de l'Etat renferment une *obligation volontaire*, une restriction imposée à lui-même par lui-même.

Si nous passons à l'Etat souverain, c'est-à-dire à l'Etat investi de la *summa potestas*, cette notion de restriction volontaire ne suffit pas. Elle laisse encore la possibilité d'une restriction dictée par une volonté étrangère, ce que la souveraineté n'admet pas. Il nous faut y ajouter le fait qu'aucune volonté ne peut obliger l'Etat souverain, qu'il n'est soumis qu'à lui-même.

Donc « ce qui caractérise l'Etat souverain, c'est qu'il n'est jamais obligé que par sa propre volonté. » ⁸⁰

« La souveraineté est ainsi la qualité d'un Etat en vertu de laquelle il ne peut jamais être juridiquement obligé que par sa propre volonté. » ⁸¹

C'est de cette idée d'obligation toujours volontaire que

⁷⁹ Ausschliessliche Verpflichtbarkeit durch den Staatswillen, also durch fremden Willen, ist das juristische Merkmal des Unterthans. V. infra p. 85—86 la critique de cette formule.

⁸⁰ Ausschliessliche Verpflichtbarkeit durch eigenen Willen ist das juristische Merkmal des souveränen Staates.

⁸¹ p. 34.

découlent naturellement tous les éléments attribués à la souveraineté : la puissance suprême et indépendante, la « compétence de la compétence », la totalité des pouvoirs publics, l'indivisibilité, enfin l'éternité, puisqu'aucune autre puissance ne peut légalement mettre un terme à l'Etat souverain.⁸² C'est elle aussi qui explique et justifie toutes les restrictions imposées au pouvoir de l'Etat par le droit constitutionnel et le droit international. Si l'on voit dans la souveraineté l'absence de limites formelles pour ce pouvoir, on nie les deux branches du droit que nous venons de citer ; si, au contraire, on la considère comme la faculté de l'Etat de n'être obligé que par lui-même, on explique comment l'Etat est amené par sa nature à s'imposer des restrictions formelles dans tous ses actes, sans que ces restrictions soient contraires à sa souveraineté, puisqu'elles sont toutes volontaires.

Critique de cette
définition.

Nous aurons plus tard⁸³ l'occasion de critiquer la première des idées de *Jellinek* à savoir que l'individu est obligé, en tout et partout, par la volonté de l'Etat. Nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître que sa définition de la souveraineté est juste et bien formulée. Mais dès qu'on se demande à quoi reconnaître le fait qu'un Etat n'est obligé que par lui-même, on s'aperçoit que le seul critère en est le droit de déterminer librement sa propre compétence, de sorte que c'est à tort que *Jellinek* s'est élevé si vivement contre la doctrine défendue par *Haenel*.

Définition de la
souveraineté pré-
sentée par *Rosin*.

On peut en dire autant de *Rosin*, qui, tout en critiquant ces deux auteurs, arrive au même résultat qu'eux. *Rosin* nous dit :⁸⁴

La notion de souveraineté contient deux éléments : elle caractérise une puissance de droit et une puissance qui est suprême. En droit, un être a pouvoir sur un autre quand sa volonté peut légalement déterminer la volonté et les actions de ce dernier. Le mot « suprême » indique, en outre, que la personne qui exerce ce pouvoir est au-dessus des autres et que celles-ci lui sont subordonnées. Donc la souveraineté est la qualité d'un être qui, en vertu du droit, ne peut être déterminé dans ses actions par aucune

⁸² L'éternité de l'Etat souverain est, comme on le sait, le principe fondamental de son droit public. Si un Etat cesse d'exister, ce n'est qu'un simple fait impossible à qualifier juridiquement et qui donne naissance à un nouveau droit public. C'est ainsi que l'on peut dire que la souveraineté est, en droit, éternelle. V. du reste, infra p. 88—89.

⁸³ V. infra p. 85—86.

⁸⁴ P. 268 et suiv.

autre personne que par lui-même ; c'est « le droit exclusif de libre détermination par sa propre volonté. »⁸⁵

Dubs donne une définition analogue de la souveraineté.⁸⁶ « C'est, dit-il, le droit d'une personnalité politique de se déterminer librement *dans le domaine qui lui est propre.* » Mais ces derniers mots enlèvent toute portée à sa définition. En effet, chacun se détermine librement dans le domaine qui lui est propre, et le domaine où il est déterminé par autrui n'est pas son domaine propre.

Définition proposée par *Dubs.*

Il est évident qu'une pareille notion n'explique pas la nature de la souveraineté. Nous le répétons : « il doit y avoir dans chaque collectivité nationale un pouvoir collectif suprême sur le terrain du droit. »⁸⁷ Du moment que le droit public est basé sur l'idée de puissance, il faut bien que cette puissance se rattache à un point suprême qui forme, pour ainsi dire, la clef de voûte de l'édifice de l'Etat.⁸⁸ Ce point suprême est caractérisé par la souveraineté qui ne peut être vraiment la souveraineté que si elle est exclusive et absolue. Il faut donc dire comme *Rosin* : « la souveraineté est la faculté de n'être déterminé que par sa propre volonté, et cela d'une manière absolue et exclusive. »

Critique de la définition de *Dubs.*

C'est ce que *Rosin* oublie quelques instants plus tard, ainsi que nous allons le voir. Avant toutefois d'arriver à cette inconséquence, ajoutons une remarque fort juste de cet auteur⁸⁹ : Si une personne, dit-il, peut m'obliger parce que je lui en ai donné le droit, je suis obligé, au fond et en dernier état de cause, par moi-même ; donc nous restons sur le pied d'égalité. Ainsi la sou-

Critique de la définition de *Rosin.*

⁸⁵ P. 269. Cf. *Laband*, Staatsrecht I, p. 73.

⁸⁶ Droit public suisse I, p. 48.

⁸⁷ Cf. *Gierke* dans *Schmoller*, p. 72. V. aussi infra p. 77—79.

⁸⁸ Du reste on arrive au même résultat si l'on part de la notion du but pour déterminer l'Etat et les autres corps politiques. A ce point de vue il y a deux catégories de collectivités publiques, celles dont le but est universel et illimité en principe, et celles dont le but est limité d'une manière quelconque par le droit. Les premières sont des êtres complets ; les secondes sont des êtres incomplets. Mais les compétences tiennent aux buts et les pouvoirs aux compétences. Les êtres qui ont un but universel ont aussi des compétences et des pouvoirs illimités en principe ; et c'est à eux seuls que revient la souveraineté. Les êtres incomplets n'ont, par contre, que des pouvoirs restreints ; ils ne sont pas souverains. V., du reste, infra p. 91 et suiv. le développement de cette idée.

⁸⁹ Loc. cit.

veraineté n'est pas exclue par le fait que l'Etat souverain est obligé, pourvu qu'il se soit obligé volontairement, et c'est ce que nous trouvons dans tous les traités que l'Etat souverain conclut soit avec d'autres Etats, soit avec des particuliers.⁹⁰ De même, bien que la souveraineté n'admette pas l'obligation d'être déterminé par autrui dans sa propre volonté, cette obligation peut très bien exister pour l'Etat souverain dès qu'elle repose en dernier lieu sur une décision de sa part. Il n'y a véritable domination de droit d'une personne sur une autre que si la première peut déterminer la seconde en vertu d'un droit qui n'a pas été concédé par cette dernière, mais qui est propre à la première. En revanche, il suffit d'être soumis ainsi à la volonté d'autrui sur un seul point pour n'être pas ou n'être plus souverain, même si la personne soumise est libre sur tous les autres points; — car la souveraineté, en étant le droit exclusif de libre détermination, n'admet ni degrés ni partage: elle est entière ou elle n'est pas.

Cette définition est également juste et bien formulée, mais au fond elle ne va pas plus loin que celle de *Haenel*, et nous pouvons lui appliquer la même remarque que nous avons faite à propos de la définition de *Jellinek*. Aussi quand *Rosin*, séparant complètement la « compétence de la compétence », de la notion de la souveraineté, déclare que la première peut faire défaut⁹¹ et que ce n'est que par hasard qu'elle se trouve inscrite dans les Constitutions fédérales existantes, fait-il absolument fausse route. Il reconnaît bien qu'une restriction de la compétence de l'Etat souverain par un pouvoir étranger est incompatible avec la souveraineté. Mais il admet que « la compétence d'une personne sur sa propre volonté dépend, comme cette personne elle-même, de sa nature objective, des forces que la nature ou la volonté des constituants ont mises en elle. »⁹²

La personne que *Rosin* se représente est un être incomplet par sa nature. Or la nature de l'Etat souverain est d'être complet, de se suffire à lui-même, de pouvoir embrasser tous les côtés de la vie publique et de n'être restreint dans sa compétence que par sa propre volonté. Le corps politique auquel notre

⁹⁰ C'est la même idée que *Jellinek* a si bien fait ressortir, p. 35—36.

⁹¹ V. supra p. 34.

⁹² P. 272.

auteur attribue la souveraineté n'est donc pas souverain, et toute son argumentation est en dehors de la vérité.

Rosin ajoute⁹³ : « Si l'Etat souverain est restreint par la volonté de ses constituants, ce n'est pas cette volonté qui continue à dominer la nouvelle personne en lui interdisant tout agrandissement de sa compétence, c'est sa nature même, c'est le fait qu'elle est venue au monde avec cette restriction. » — Cette distinction est arbitraire, et confond la cause avec l'effet. Si la nouvelle personne est restreinte par sa nature et sans pouvoir supprimer elle-même cette restriction, c'est que la volonté des constituants subsiste et c'est elle qui impose encore des restrictions au nouvel être juridique.

En fait il n'y a pas d'autre alternative que celle-ci : Ou bien la collectivité nouvelle est complète ; alors elle est souveraine et aucune volonté contraire ne lui est opposable — ou bien elle est restreinte, donc non souveraine, et alors cette restriction ne peut reposer que sur la volonté d'un ou de plusieurs êtres souverains qui sont au-dessus d'elle. En d'autres termes : Ou bien la volonté des constituants de l'Etat fédératif n'existe plus en droit (ce que *Rosin* semble bien admettre), alors rien ne s'oppose à ce que cet Etat agrandisse librement sa compétence — ou bien elle subsiste encore en droit ; alors la nouvelle personne est déterminée sur un point important de son être, sa compétence, par la volonté d'autrui, sans que cette détermination repose sur un droit concédé par elle-même.

Cela revient à dire que, selon la propre définition de *Rosin*, cette personne n'est pas souveraine et toute l'argumentation de cet auteur tombe à faux.⁹⁴

Le fait est que l'opinion qui veut séparer la souveraineté de la « compétence de la compétence » est logiquement et juridiquement

⁹³ Loc. cit.

⁹⁴ *Rosin* ajoute : „Du reste, les Etats membres d'un Etat fédératif peuvent toujours agrandir leurs compétences, *sans toucher à celles de ce dernier*, en introduisant de nouveaux domaines dans la sphère de l'Etat“ (p. 272—273). — Il n'y a là rien de spécial à l'Etat fédératif. Les compétences des collectivités non souveraines dépendent de la volonté de l'être souverain et elles peuvent être étendues avec l'assentiment exprès ou tacite de ce dernier. A ce taux-là les provinces autrichiennes ou les colonies anglaises ont exactement la même situation que les membres d'un Etat fédératif. Tout dépend de l'étendue de l'autonomie accordée aux collectivités non souveraines par l'Etat souverain qui est au-dessus d'elles.

insoutenable. Dire que l'absence de ce droit peut résulter de la nature de l'être politique (nature qui est déterminée par son but) et en conclure que dans l'Etat fédératif, en particulier, il peut bien arriver que ni l'Etat central, ni les Etats confédérés n'aient la « compétence de la compétence », c'est arriver en fin de compte à la négation de l'Etat lui-même. Car il est dans la nature des choses que l'Etat, qui est la forme suprême de la vie collective, ne soit pas limité dans ses buts. Il est une collectivité complète⁹⁵ avec un but universel et illimité en principe.

On peut différer d'opinion sur la question de savoir s'il y a des Etats non souverains⁹⁶; mais si on admet cette possibilité, là où il y a un Etat non souverain, il faut bien reconnaître un Etat souverain au-dessus de lui. La doctrine de *Rosin* nous conduirait à ne voir dans l'Etat fédératif que des Etats incomplets les uns à côté des autres. Or l'incomplet n'est pas le dernier mot du droit public. Partout où un peuple est organisé en Etat, il y a au sommet de cette organisation une collectivité complète et souveraine à laquelle tous les buts appartiennent en principe et qui n'est limitée que par sa propre volonté, parce que son premier attribut est de pouvoir fixer elle-même sa compétence. Si cette collectivité n'a pas ce droit, c'est qu'elle est restreinte par des volontés qui se trouvent par là même lui être supérieures, et alors elle n'est pas souveraine.

Rosin ne voit pas que la « compétence de la compétence » est le seul fait qui nous permette de distinguer l'Etat fédératif de la Confédération d'Etats, ainsi que nous le verrons plus bas. Il dit:⁹⁷ « L'Etat fédératif détermine ses membres dans plusieurs domaines, sans être, par contre, déterminé par eux. Donc il est souverain, et eux ne le sont pas. Et il n'y a pas à distinguer s'il a ou non la « compétence de la compétence », pourvu qu'eux aussi ne l'aient pas. »

Cela est une erreur. L'absence complète de ce droit est, comme nous venons de le voir, incompatible avec l'universalité du but de l'Etat et avec la nature de la souveraineté, même si l'on applique à cette dernière la définition de *Rosin*. En effet, si l'Etat fédératif est restreint dans ses compétences, sans pouvoir

⁹⁵ Monsieur le Prof. *Gentet*, dans son cours de droit public, professé à l'Université de Genève. V. aussi supra, p. 43, n. 88.

⁹⁶ V. infra, p. 75 et suiv.

⁹⁷ P. 271—272.

supprimer cette restriction, c'est qu'elle lui est imposée, non par sa nature, mais par une volonté étrangère, celle des Etats qui le composent. Cela revient à dire que, sur cette question, sa volonté de ne pas modifier sa compétence est déterminée par celle des Etats particuliers, en d'autres termes et selon la définition de *Rosin* lui-même, qu'il n'est pas souverain. Or s'il en est ainsi, c'est aux Etats particuliers que revient la souveraineté, et la compétence accordée à l'Etat fédératif n'est autre chose que la mise en commun de certaines fonctions et de certains droits destinés à être exercés collectivement. Alors nous avons une société d'Etats, mais non pas un nouvel Etat et surtout pas un Etat souverain.

Les conclusions auxquelles nous aboutissons à la fin de cette revue critique peuvent donc se résumer de la manière suivante :

Conclusions de ce chapitre.

- 1° La souveraineté est la qualité d'un Etat en vertu de laquelle il n'est jamais déterminé que par sa propre et libre volonté.
- 2° Cette qualité est absolue et exclusive.
- 3° Elle implique le pouvoir suprême au dedans, l'indépendance complète au dehors.
- 4° La souveraineté correspond à l'universalité du but et à l'éternité de la collectivité complète à laquelle elle appartient.
- 5° Elle se manifeste par le droit de l'Etat souverain de fixer librement sa propre compétence et de l'agrandir au détriment des collectivités et des individus qui lui sont subordonnés, sans que le consentement de ces derniers lui soit nécessaire.

Chapitre III.

Unité et indivisibilité de la souveraineté. Partage de la souveraineté dans l'Etat fédératif.

La souveraineté est une qualité de l'Etat qui a la puissance suprême et absolue, qui ne reconnaît aucun pouvoir au-dessus de lui et qui n'est obligé que par sa propre et libre volonté. — Il résulte déjà de cette définition que la souveraineté est indivisible et que toutes les doctrines basées sur le partage de la souveraineté doivent être condamnées au point de vue de la

Principe de l'indivisibilité de la souveraineté.

logique et de la science du droit. C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

Prémisses sur lesquelles repose ce principe.

Posons d'abord certaines prémisses sur lesquelles tout le monde est d'accord :

Les hommes sont libres et égaux, ils ne dépendent pas les uns des autres, ils se déterminent librement par l'effet de leur propre volonté. Voilà les bases du droit privé, spécialement du droit des obligations.

Déjà dans le droit de famille, cette base se modifie. Nous y trouvons une certaine domination de l'époux sur sa femme, du père sur ses enfants; et à défaut du père, nous voyons apparaître le tuteur et le conseil de famille.

Cette inégalité fondée sur la nature des choses et qui tend en première ligne au bien de l'individu lui-même, lequel se trouve ainsi diminué dans sa capacité et dans sa liberté, apparaît à un bien plus haut degré dans l'Etat, qui n'est que l'agrandissement de la famille et qui est aussi nécessaire qu'elle. La nature des choses veut que, partout où les peuples sont organisés, cette organisation se réalise dans un pouvoir national chargé de représenter la collectivité, de veiller à ses intérêts et de poursuivre ses buts. Ce pouvoir ne peut agir qu'en exerçant une certaine domination sur les individus qu'il embrasse et qu'il protège : de là l'idée de puissance, non pas le fait brutal de la force, mais l'idée juridique du droit légitime de domination, du « Herrschaftsrecht », pour le bien de tous.

Application de ces prémisses à l'Etat simple.

Or, dès que nous admettons le droit de domination, la logique veut que nous arrivions à un point culminant. L'idée de superposition et de subordination doit avoir son zénith et son nadir. Pour nous servir d'une expression familière, il faut bien que l'échelle ait un premier et un dernier échelon, elle ne se perd pas dans l'infini. L'idée de domination de plusieurs êtres juridiques les uns sur les autres implique donc nécessairement et logiquement l'idée d'une puissance qui se trouve au sommet de l'échelle et c'est à cette puissance que nous attribuons la souveraineté.

Jusqu'ici tout le monde est d'accord, ainsi que sur l'application de ces principes à l'Etat simple. Chacun reconnaît que dans ce dernier la souveraineté appartient à l'Etat, que les droits des provinces, des municipalités, des communes, etc., sont dérivés de l'Etat, qui les règle par ses lois et qui peut les modifier, les

agrandir ou les restreindre selon les circonstances. Personne n'hésite donc à reconnaître que le but de l'Etat est universel et que tous les moyens propres à le réaliser sont à sa disposition. L'Etat est l'organisme complet par excellence; autarque lui-même, il est la base et l'appui nécessaire de toutes les autres collectivités et de la vie sociale entière.

La situation change complètement quand nous abordons le domaine de l'Etat composé, spécialement de l'Etat fédératif. L'unanimité des auteurs fait place à la discorde, la clarté des notions juridiques à une confusion complète. Quand la nouvelle République américaine attira l'attention des jurisconsultes, on était encore sous l'impression exclusive de l'Etat simple et on ne pouvait concevoir d'Etat sans souveraineté (ce qui, du reste, est juste, en définitive, ainsi que nous le verrons plus tard).⁹⁸ Au lieu de rester fidèle à la notion de la souveraineté, telle qu'elle résulte nécessairement de la logique et du droit public, et de la mettre à la base de la qualification juridique du nouvel Etat, on fabriqua d'abord une théorie sur l'Etat fédératif, et on y fit entrer de force la notion de la souveraineté en la modifiant et la remaniant jusqu'à ce qu'elle se prêtât à cette combinaison. En se rattachant exclusivement à l'organisation des Etats-Unis, on basa toute la doctrine de l'Etat fédératif sur le fait qui, dans cette organisation, sautait le plus aux yeux, c'est-à-dire la séparation des compétences, le partage des fonctions publiques entre les anciens Etats américains et l'Union. Partant de là, on a créé la doctrine du partage de la souveraineté, de la coordination de deux Etats, l'Etat central et l'Etat particulier, dans le même domaine; et on a changé les notions de la souveraineté, de l'Etat et du pouvoir public pour les adapter tant bien que mal au nouveau système.

Genèse de la théorie du partage de la souveraineté dans l'Etat fédératif.

Cette manière de procéder n'était pas très philosophique. Si, en général, l'induction est une méthode juste et féconde, en revanche il y a certaines notions qui sont données par la nature même des choses, qui résultent de la logique sans qu'on ait besoin d'invoquer des faits concrets pour les prouver, qui existent parce que l'intelligence ne peut pas ne pas les concevoir. C'est ainsi que la notion d'un pouvoir suprême est une nécessité logique absolument inévitable et dont notre esprit ne peut pas se passer.

Appréciation de cette genèse.

⁹⁸ V. infra p. 75 et suiv.

Or, quand on possède de pareilles données, il faut les respecter et extraire des faits une formule juridique qui puisse se concilier avec elles. Il ne sert à rien de se révolter contre la logique ou d'en faire abstraction pour arriver à un résultat préconçu, à un système échafaudé sur l'examen tout à fait extérieur et superficiel de faits concrets. La logique n'en subsiste pas moins, elle n'en continue pas moins à dire : c'est ainsi, parce que cela ne peut pas être autrement ; ce n'est pas ainsi, parce que cela ne peut pas être ainsi, — et le plus beau système perd sa valeur juridique et scientifique, s'il est en contradiction avec la logique et avec lui-même.

Exposé de la doctrine du partage de la souveraineté dans l'Etat fédératif.

Il suffit d'examiner la doctrine du partage de la souveraineté pour se convaincre de la justesse de ces remarques. Cette doctrine a régné pendant longtemps à peu près exclusivement dans le monde des jurisconsultes, elle a été traduite dans les constitutions, et elle domine encore en Amérique et chez nous. Mais depuis quelque temps elle perd bien du terrain. En Allemagne, les attaques de *Seydel*⁹⁹ et de *Laband*¹⁰⁰ lui ont enlevé son prestige, et la grande majorité des auteurs s'est prononcée aujourd'hui contre elle.

La doctrine du partage de la souveraineté a été introduite dans la science du droit par *A. de Tocqueville*, qui l'a trouvée dans le *Federalist*.¹⁰¹ — Ce n'est pas le lieu d'entrer dans les détails de cette doctrine que nous retrouverons à propos de l'Etat fédératif ;¹⁰² nous n'avons à nous en occuper qu'au point de vue de la souveraineté. *Tocqueville* déduit¹⁰³ le fractionnement de la souveraineté du partage des compétences entre l'Union et ses membres. Les Etats américains et l'Union sont complètement séparés et indépendants les premiers comme cette dernière, chacun ayant sa propre souveraineté et se mouvant librement dans sa sphère propre. — Ces idées ont été généralisées et érigées en

⁹⁹ V. spécialement son *Bundesstaatsbegriff*, p. 185—195.

¹⁰⁰ Cf. surtout son *Staatsrecht*, I, p. 73—75. Cf. *Jellinek*, p. 35.

¹⁰¹ The *Federalist* on the new Constitution written in the year 1788 by *Hamilton*, *Madison*, and *Jay*. Edition de *H. B. Dawson*. *Morrisiana* 1862. V. supra p. 6, n. 1 et p. 11, n. 9.

¹⁰² V. infra 2^e partie, chap. II.

¹⁰³ Nous employons ici le terme usité dans le langage ordinaire, quoique l'auteur que nous citons procède plutôt par induction que par déduction, si l'on veut se servir du langage philosophique.

un système scientifique par *Waitz*,¹⁰⁴ qui a basé sur le partage de la souveraineté toute la doctrine de l'Etat fédératif. Son ouvrage, paru en 1853, jouit dès le début d'une immense popularité, parce que, au point de vue politique, il contentait tout le monde. Les partisans de l'unité nationale avaient leur souveraineté, les défenseurs des Etats particuliers conservaient la leur. Aussi ne faut-il pas s'étonner que la doctrine de *Waitz* se soit rapidement répandue en Allemagne et en Suisse. Ses principaux adeptes furent *Bluntschli*,¹⁰⁵ *Rüttimann*,¹⁰⁶ *Schulze*,¹⁰⁷ *Ahrens*,¹⁰⁸ *de Gerber*,¹⁰⁹ *de Mohl*,¹¹⁰ etc. Encore aujourd'hui elle est à la base des ouvrages de *Dubs* et de *Blumer-Morel*,¹¹¹ quoique ce dernier y ait apporté des restrictions qui en diminuent singulièrement la portée. Chose curieuse, ce sont les plus ardents défenseurs de l'unité logique de la souveraineté qui admettent en même temps le partage de la souveraineté, sans se rendre compte de la contradiction flagrante dans laquelle ils se mettent avec eux-mêmes.¹¹² Ainsi ils disent : « La souveraineté est une, elle est absolue et indépendante. » — « Toutefois », ajoutent-ils immédiatement, « les Etats souverains sont soumis dans certaines limites à l'Etat fédératif lui-même. »

En réalité, cette doctrine est logiquement impossible. Elle repose sur une confusion de la souveraineté avec les pouvoirs publics et les compétences concrètes de l'Etat. La souveraineté est la qualité qui revient à l'organisation suprême de chaque peuple. C'est un superlatif, et comme tel, elle est indivisible. Une souveraineté divisée, une souveraineté fragmentaire n'est

Critique de cette doctrine.

¹⁰⁴ *George Waitz*, Ueber das Wesen des Bundesstaats, dans la „Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur“, 1853, puis : *Grundzüge der Politik*, 1862.

¹⁰⁵ Dans les ouvrages cités plus haut.

¹⁰⁶ *Rüttimann*, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz. 3 vol. Zurich 1867—1876.

¹⁰⁷ *H. Schulze*, Einleitung in das Deutsche Staatsrecht. Leipzig 1867.

¹⁰⁸ *H. Ahrens*, Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates. Vienne 1870 et 1871.

¹⁰⁹ *Grundzüge*.

¹¹⁰ *R. de Mohl*, Encyclopädie der Staatswissenschaften. 2^{me} édition. Tubingue 1881. — *Das deutsche Reichsstaatsrecht*. Tubingue 1873.

¹¹¹ V. spécialement *Dubs*, II, p. 59 et suiv., *Blumer-Morel*, I, p. 176 et 179.

¹¹² V. infra, 2^e partie, chap. II, l'étude de cette doctrine.

plus la souveraineté.¹¹³ De même que la souveraineté, le pouvoir public, c'est-à-dire l'ensemble collectif, l'unité des droits, des pouvoirs et des moyens de l'Etat, est indivisible, car, comme on l'a dit très justement, «il ne peut y avoir deux unités, l'essence de l'unité étant d'être une.»¹¹⁴ Mais il ne faut pas confondre avec la souveraineté ni avec le pouvoir public les pouvoirs publics et leur exercice, c'est-à-dire les différentes fonctions de l'Etat et les différents organes chargés de les remplir. Ici la division est nécessaire et se trouve non seulement dans l'Etat fédératif, mais dans tout Etat sorti de la barbarie.

La question qui nous occupe est analogue à celle du partage des pouvoirs, préconisé par *Montesquieu*. Les juristes sont depuis longtemps d'accord pour reconnaître que cette formule n'est pas exacte, que les pouvoirs ne sont pas étrangers l'un à l'autre, qu'ils appartiennent tous à l'être organique, l'Etat, donc à une source commune; mais que, pour le bien général, l'exercice de ces pouvoirs est confié à différents organes, qui ont différentes attributions, qui agissent d'après différents principes, tout en n'étant que les organes de l'être collectif.

Il en est de même dans l'Etat fédératif. Grâce aux traditions historiques et aux besoins spéciaux des parties qui le composent, grâce à la nécessité de poursuivre en commun certains buts nationaux, on est arrivé à charger divers organes de ces différents buts; l'Etat national en a pris sa part, et en a laissé une autre aux Etats particuliers. Mais il ne s'ensuit pas du tout que la souveraineté soit partagée. Le même partage des compétences se retrouve, comme nous venons de le dire, dans chaque Etat simple qui a une organisation décentralisée, dans chaque pays dont les parties ont un degré quelconque de self-government, et personne ne songe à y voir un partage de la souveraineté entre l'Etat et les communes. Le fait est qu'un tel partage, une coexistence de deux Etats souverains sur le même territoire, est simplement impossible. La souveraineté est une notion complète et exclusive, comme la propriété, et il ne peut pas plus y avoir

¹¹³ V. les remarques de *Rousseau* dans son *Contrat social*, livre II, chapitre II. (*Oeuvres de J. J. Rousseau*, 18 vol., Paris 1826, tome V, p. 138—141.) Cet auteur a parfaitement reconnu que la souveraineté n'est pas un assemblage de pouvoirs, qu'elle est nécessairement une et indivisible.

¹¹⁴ *Léon*, *La Convention monétaire*, 1863. Cf. *Seydel*, *Bundesstaatsbegriff*, p. 202.

deux pouvoirs souverains sur le même pays qu'il ne peut y avoir deux droits de propriété exclusive sur la même chose. Quant à une copropriété, elle n'est pas possible non plus parce que les Etats membres ne peuvent pas être copropriétaires d'une chose dont ils ne sont pas propriétaires. Ainsi les Cantons suisses n'ont pas la souveraineté en condominium avec la Confédération, parce que cette souveraineté dépasse de beaucoup leurs propres limites. En admettant que le Canton de Berne soit souverain, toujours est-il que sa souveraineté ne dépasse pas ses propres limites, tandis que la souveraineté fédérale embrasse, en outre, les 21 autres Cantons. — Non, il n'y a pas d'autre alternative que celle-ci : dans chaque système d'Etat la souveraineté doit résider quelque part dans toute son entité. Elle n'est pas divisible, parce qu'elle est suprême et qu'un superlatif n'est pas susceptible de division. Elle doit résider tout entière dans l'Etat composé ou tout entière dans les Etats qui le composent. Mais il n'y a pas de milieu entre ces deux alternatives.

La doctrine que nous venons d'exposer a d'abord été soutenue avec beaucoup d'habileté et de logique par *Calhoun*, elle a été depuis transportée en Allemagne par *Seydel*, résumée d'une manière irréfutable par *Laband*, et elle a maintenant pour elle la grande majorité des auteurs allemands et nombre d'auteurs américains. Elle se trouve admirablement condensée dans les paroles prononcées par *M. White* à la Chambre des Représentants des Etats-Unis (séance du 11 janvier 1865) : « You might as well make me believe that a man can be the subject of two omnipotent Gods, as the subject of two sovereignties ! » « Vous pourriez aussi bien me faire croire qu'un homme peut être soumis à deux divinités omnipotentes qu'à deux souverainetés ! »

Et qu'a-t-il été répondu à ces arguments qui s'imposent avec toute la force d'une logique inévitable ?

Selon *Rüttimann*,¹¹⁵ l'idée que le partage de la souveraineté est impossible « n'est qu'une phrase vide, dénuée de tout fondement et *contredite par les faits*. » De même, *Robert de Mohl* trouve que les arguments de *Seydel* ne méritent pas une réfutation sérieuse, que les faits sont là pour les démentir.¹¹⁶

Cette réfutation serait bien simple, mais elle n'a aucune valeur. Et la preuve qu'il ne s'agit pas seulement d'une querelle

¹¹⁵ I, p. 71.

¹¹⁶ Cf. *Jellinek*, p. 7.

de mots, comme ces partisans de la doctrine de *Tocqueville* semblent le croire, c'est que cette question a une immense portée pratique. On aura beau faire, jamais on n'arrivera à délimiter les compétences respectives de l'Etat collectif et des Etats-membres d'une manière si complète, qu'il ne reste aucun domaine, aucun point de la vie publique en dehors de cette démarcation. Or, dans un cas donné, qui décide si ce domaine intermédiaire appartient au pouvoir central ou aux pouvoirs particuliers? Si l'on admet la coexistence de deux souverainetés égales et indépendantes l'une de l'autre, la question ne peut être résolue que par un arbitrage entre les parties. Bien plus, si l'on devait reconnaître comme juste le principe que l'on a déduit à tort de l'art. 3 de la Constitution fédérale suisse — à savoir que la souveraineté cantonale est la règle, et la souveraineté fédérale l'exception, il faudrait dire que tout ce qui n'est pas expressément attribué à la compétence de la Confédération rentre par cela même dans celle des Cantons. Or, cette conséquence logique de la doctrine régnante est contredite par les faits. Dans les trois principaux Etats fédératifs, les Etats-Unis, la Suisse et l'Allemagne, les conflits de compétence qui s'élèvent entre le pouvoir central et les pouvoirs particuliers sont tranchés par des organes fédéraux. Aux Etats-Unis, c'est la Cour fédérale suprême qui les juge; en Suisse, ils relèvent en partie du Tribunal fédéral, en partie de l'Assemblée fédérale; en Allemagne, ils sont tranchés par le Conseil fédéral. Ce fait est décisif: il n'y a pas d'arbitrage entre les souverainetés, mais l'une dicte sa volonté à l'autre; car les corps qui prononcent en définitive sur les conflits de compétence agissent comme organes de l'Etat fédératif et c'est ce dernier qui parle par leur bouche. — Et quant au principe déduit de l'art. 3 de la Constitution fédérale suisse, les plus chauds partisans de la doctrine du partage de la souveraineté reconnaissent que l'Etat fédératif a des pouvoirs qui lui sont remis tacitement¹¹⁷ et c'est ainsi qu'ils expliquent le droit que la Confédération suisse a exercé depuis 1848 de légiférer sur nombre de matières qui ne lui étaient pas attribuées par la Constitution.¹¹⁸ Cette explication

¹¹⁷ *Rüttimann*, I. p. 28. — *Blumer-Morel*, I, p. 177—178. — Cf. *d'Orelli* dans *Marquardsen*, p. 26.

¹¹⁸ C'est ainsi que la Confédération a légiféré sur les mariages mixtes, les chemins de fer, etc., sans y être expressément autorisée par la Constitution.

est bien artificielle; en tout cas, elle est en contradiction complète avec la doctrine de la souveraineté partagée.

Ce n'est pas tout. Nous avons vu qu'il n'était pas possible d'établir pour l'Etat une *lex in perpetuum valitura*, de l'enfermer dans des limites éternelles. On arriverait ainsi à pétrifier complètement la vie publique. Une fois sa compétence épuisée, l'Etat n'aurait plus qu'à donner congé à ses corps législatifs et autres et à se croiser les bras. Cela est inadmissible. L'Etat est un organisme, un être vivant comme l'individu, il naît, vit et meurt comme lui; comme lui, ses besoins changent selon les circonstances et il doit pouvoir les satisfaire, sous peine de n'être pas viable. On a dit avec raison : L'Etat est l'organisme complet.¹¹⁹ Cela signifie que ses buts et sa compétence n'ont en principe pas d'autres limites que les siennes propres et qu'il peut les étendre, les restreindre, les modifier à son gré. — Ces principes s'appliquent non seulement à l'Etat simple, mais aux Etats composés, en particulier à l'Etat fédératif. L'Etat fédératif qui correspondrait à la doctrine du partage de la souveraineté et dont *Rosin* admet la possibilité tout en rejetant cette doctrine, est un Etat impossible qui n'a jamais existé. Ce serait un Etat composé d'Etats, dans lequel ni l'Etat central ni les Etats-membres n'auraient le droit de modifier leurs compétences sans un assentiment réciproque. Comme nous l'avons vu plus haut, il n'y aurait dans ce système d'Etats aucune souveraineté, ni d'une part ni de l'autre, ce qui est logiquement inadmissible.

Un exemple illustrera notre pensée. Dans la Confédération suisse comme dans tout autre système d'Etats, deux cas peuvent seuls se présenter, en ce qui concerne la modification des compétences respectives. Ou bien cette modification ne peut être décidée qu'à l'unanimité; alors les Cantons restent souverains, la Confédération n'est qu'une association sans personnalité distincte, et sa volonté n'est que l'expression commune de celles des membres

¹¹⁹ M. *Hornung* dans son Cours de droit public, professé à Genève. C'est en confondant la souveraineté avec les différents pouvoirs publics que ce savant jurisconsulte a pu dire : „En général, on est d'accord pour dire que la souveraineté doit être divisée, afin que le poids énorme de l'Etat ne porte pas tout entier sur le même point.“ (*Joseph Hornung*, Comment la Révision nous ferait passer de l'Etat fédératif à l'Etat unitaire. Genève 1872, p. 1.) En effet, les fonctions et les pouvoirs de l'Etat doivent être divisés et attribués à différents organes. La souveraineté, par contre, est indivisible.

(or chacun sait que ce n'est pas le cas). Ou bien la majorité peut imposer à la minorité un changement des compétences. Alors nous avons une volonté et une personnalité distinctes de celles des membres, nous avons un Etat fédératif souverain, qui commande à des membres non souverains. Mais quant à l'hypothèse d'une Constitution qui déciderait que ni l'unanimité des Cantons, ni la Confédération ne peuvent modifier la fixation des compétences, cette hypothèse est impossible à concevoir et aussi inadmissible en pratique qu'en théorie. Une combinaison pareille n'engendrerait que des êtres incomplets, des rubriques de pouvoirs dépourvues de vie et d'unité.

Or ce que la logique repousse, ne se trouve pas non plus dans la pratique. Ici encore les faits donnent un démenti formel à la doctrine que nous critiquons. Car enfin, selon cette doctrine, une modification de la compétence ne pourrait se faire que par voie de traité, avec le consentement réciproque de toutes les parties. Un pareil mode de procéder n'est prévu nulle part. Dans les trois principaux Etats fédératifs actuels, la modification des compétences fédérales et par cela même de celles des Etats particuliers se fait par voie de révision constitutionnelle; c'est l'Etat fédératif qui décide lui-même et seul de la fixation des compétences. Il est vrai que pour une révision semblable il faut une majorité plus considérable que pour les lois ordinaires; mais cela ne change rien au fait que cette majorité parle au nom de l'Etat fédératif, ou plutôt que c'est l'Etat fédératif qui parle par sa bouche. Ainsi, en Suisse, c'est comme organes de la Confédération que les Cantons délèguent des députés au Conseil des Etats, c'est comme organes de la Confédération qu'ils votent en matière de révision constitutionnelle; c'est la Confédération seule qui dit oui ou qui dit non, selon que la majorité requise est ou non obtenue. Il en est de même du Conseil fédéral allemand et du Sénat américain.

Pour bien se rendre compte de la signification juridique du vote des Cantons en matière de révision constitutionnelle, il faut toujours se rappeler les principes suivants: L'Etat est un être juridique, et comme tel, il ne se manifeste pas aux sens de l'homme, il ne se révèle qu'à son esprit. Comment l'esprit est-il arrivé — je ne dirai pas à créer cette fiction, car l'Etat n'est pas une fiction — mais à reconnaître cet être moral supérieur? En voyant qu'il a une volonté distincte de celle des individus. Mais comment s'apercevoir de cette volonté, puisque la volonté ne peut venir

que de l'homme, qui seul est, par sa nature, capable de vouloir et d'agir? C'est que, dans l'Etat, la volonté des hommes ou des collectivités d'hommes chargés de vouloir pour l'Etat ne peut se manifester que dans certaines formes et selon certaines règles précises. C'est là le point décisif. Toute volonté, toute action des organes de l'Etat doit, pour être reconnue comme volonté et action de l'Etat lui-même, se former et se réaliser selon des règles précises qui distinguent absolument l'action individuelle, particulière des organes en tant qu'individus, de leur action publique comme organes de l'Etat.

Cela ne s'applique pas seulement aux Etats que l'on nomme spécialement constitutionnels; cela s'applique à tout Etat constitué, car l'Etat ne peut vivre et se manifester que par son organisation. Sans une constitution quelconque — en prenant ce mot dans un sens général — il n'y a pas d'Etat. Il en résulte que les organes publics ne peuvent agir pour l'Etat que dans les formes prescrites, mais que chaque fois qu'ils agissent ainsi, ce n'est pas leur propre volonté, c'est celle de l'Etat lui-même qu'ils expriment. Ainsi, pour reprendre notre exemple, quand les Cantons suisses sont appelés à se prononcer sur une révision fédérale, ils ne votent pas comme des personnes indépendantes qui peuvent imposer leur volonté à une personne étrangère, la Confédération. Leur vote ne signifie pas que la Confédération ne peut se passer de leur consentement et qu'elle traite avec eux sur un pied d'égalité. Loin de là. Les Cantons agissent ici comme organes de la Confédération; quand ils votent, c'est la Confédération qui parle par leur bouche; et ce qui le prouve, c'est qu'ils ne peuvent émettre leur vote que dans les formes prescrites par la Constitution fédérale.

Prenons un autre exemple. Le citoyen suisse a deux qualités: il est homme privé et il fait partie du peuple, c'est-à-dire de l'organe suprême de l'Etat suisse. Comme homme privé, il manifeste sa volonté librement, et pour la rechercher et l'interpréter, on se rattache plutôt à elle-même qu'aux formes dont il s'est servi pour l'exprimer.¹²⁰ Les actes solennels sont une exception en droit privé. En revanche, quand l'homme agit comme citoyen, c'est précisément le contraire qui a lieu. La forme domine tout. Le citoyen ne peut voter que selon les formes et les conditions

¹²⁰ Cf. Code civil français, art. 1156, et Code fédéral suisse des Obligations, art. 16.

prescrites, et sa volonté manifestée autrement que de cette manière n'a aucune valeur juridique. Il en est de même pour l'ensemble des citoyens. La volonté de la collectivité n'a de valeur juridique que si elle est exprimée dans les formes légales. Ainsi la volonté exprimée par une assemblée populaire, quelque nombreuse et importante qu'elle soit, n'a aucune portée juridique. Ce n'est pas la volonté de l'Etat, parce qu'il lui manque les formes et les conditions qui seules peuvent lui donner ce caractère. Que faut-il en conclure? C'est que le peuple est un organe de l'Etat, que sa volonté n'est réputée volonté de l'Etat que sous certaines conditions précises, mais que chaque fois qu'elle se manifeste selon ces conditions elle est reconnue comme volonté de l'Etat.

Il en est de même à l'égard du vote des Cantons en matière de révision constitutionnelle. La preuve, c'est qu'ils ne peuvent émettre leur volonté que dans les formes prescrites par la Constitution fédérale. Les Cantons auraient beau envoyer à Berne une note collective, comme quelques-uns d'entr'eux l'ont fait lors de la révision en 1872 et lors du vote sur la subvention du Gothard, cette manifestation, bien qu'importante au point de vue politique, n'a aucune valeur légale, parce qu'elle manque des formes voulues, et parce que ce n'est pas leur volonté particulière qui importe, mais leur volonté comme organes, j'allais dire comme citoyens de la Confédération. Il y a donc unité de personne juridique entre eux et la Confédération. Ils sont l'organe de cette dernière, comme le cerveau ou la main est l'organe de l'homme. Donc la révision fédérale ne se fait pas par voie de traité entre personnes séparées, égales et indépendantes les unes des autres.

En d'autres termes, la doctrine du partage de la souveraineté est encore ici condamnée par les faits autant que par la logique pure. Bien plus, dans le pays où elle est née, cette doctrine avait reçu le coup de mort par le jugement des faits déjà avant d'être attaquée bien sérieusement sur notre continent, où elle a été importée par *Tocqueville*. En effet, c'est en se basant sur leur souveraineté que les Etats du Sud ont nié le droit du Congrès américain d'abolir l'esclavage, et au point de vue de la souveraineté double et partagée, ils avaient parfaitement raison. Ils étaient en droit de dire: nous sommes égaux au pouvoir fédéral, il y a entre nous un rapport de coordination et non de subordination; donc le Congrès ne peut pas nous imposer malgré nous ses volontés sur des matières que la Constitution n'a pas mises

dans sa compétence. On sait quelle réponse les faits ont donnée à cette théorie sécessionniste. La guerre américaine, jointe aux dispositions des Constitutions suisse et allemande sur la révision fédérale, a détruit de fond en comble la notion de la coexistence de deux souverainetés sur le même territoire.

Les auteurs suisses et allemands ont bien reconnu que la souveraineté des Etats particuliers ne pouvait s'entendre d'une manière absolue, qu'elle était restreinte et subordonnée à la souveraineté fédérale dans plus d'un domaine. *Blumer-Morel* dit ¹²¹ : « Les Cantons conservent encore, il est vrai, une grande sphère d'activité dans laquelle ils peuvent se mouvoir librement, mais toutes les fois qu'ils se trouvent en présence des prescriptions constitutionnelles de la Confédération et de leur exécution par les autorités fédérales, ils doivent se soumettre à la suprématie de l'Etat collectif. » Mais il se hâte d'ajouter : « Toutefois ce qui distingue essentiellement notre Etat fédératif de l'Etat unitaire, c'est l'article 3 de la Constitution, qui déclare les Cantons souverains, en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale. » De même, *Rüttimann* admet la suprématie fédérale sur les sept points suivants :

Inconséquences de plusieurs auteurs à l'égard de la doctrine du partage de la souveraineté.

- 1° La Confédération prescrit aux Cantons un certain nombre de règles que ceux-ci doivent observer dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont attribués ;
- 2° les recours pour violation des Constitutions cantonales et les conflits entre Cantons, ou entre la Confédération et les Cantons, sont jugés par les autorités fédérales ;
- 3° la Confédération peut dans certains cas intervenir dans les Cantons pour y rétablir l'ordre ;
- 4° elle a dans tous les domaines un droit de contrôle sur les Cantons et leurs autorités, pour empêcher des empiètements de leur part sur les compétences fédérales ;
- 5° en cas de doute sur la question de savoir si une attribution ou une compétence revient à la Confédération ou aux Cantons, ce sont les autorités fédérales qui décident ;
- 6° en cas de collision entre les droits de souveraineté (*Hoheitsrechte*) de la Confédération et ceux des Cantons, ce sont les premiers qui l'emportent ;

¹²¹ I, p. 176—177.

7^o *La législation fédérale peut, avec l'assentiment de la majorité du peuple et des Cantons, étendre la centralisation.*¹²²

Cela ne l'empêche pas d'ajouter à la page suivante: « Il en résulte qu'il n'existe pas pour les gouvernements des Cantons de devoir d'obéissance envers la Confédération et qu'ils ne sont pas vis-à-vis d'elle dans un rapport de sujétion. »¹²³

Critique de leur manière de procéder, contraire aux vrais principes quidominent le droit public.

Cette singulière manière de raisonner ne sert pas à grande chose. Elle ne sauve pas la doctrine qu'elle est censée réconcilier avec la logique et les faits, et elle est contraire aux exigences élémentaires de la science. On comprend à la rigueur que des orateurs politiques se servent de cette formule de la souveraineté double et partagée, selon les besoins de leur cause; mais le jurisconsulte qui cherche à ériger le droit public en un système scientifique doit poursuivre une méthode purement scientifique et ne pas se laisser dérouter par des considérations politiques ou historiques. Or la science veut avant tout des données exactes, précises et absolues. Elle exige des notions assez larges pour comprendre tous les faits qui rentrent dans leurs catégories, mais, en revanche, assez nettes et bien tranchées pour qu'il n'y ait entr'elles aucune place pour des conceptions obscures et hybrides, qui seraient « la mort de la science ». ¹²⁴

Il ne viendra à l'idée d'aucun auteur d'expliquer un phénomène en disant qu'il est un mélange de propriété, de servitude et d'obligation. Il faut que les catégories soient bien séparées et que chaque fait rentre dans l'une ou l'autre d'entr'elles, quitte à en créer de nouvelles si un phénomène nouveau ne trouve pas sa place dans les anciennes rubriques. Ces principes sont reconnus en droit privé,¹²⁵ pourquoi ne pas les appliquer en

¹²² I, p. 57.

¹²³ Et il adopte cette opinion, qui est en contradiction complète avec les faits qu'il vient de reconnaître, simplement parce que c'est celle de *Jefferson* (Mémoires, 4 vol. London 1829. IV, p. 405).

¹²⁴ *Jellinek*, p. 15. Voir les excellentes remarques de cet auteur dans le 1^{er} chapitre de son ouvrage sur les associations d'Etats.

¹²⁵ Autrefois, il est vrai, on divisait aussi la propriété en un *dominium directum* et un *dominium utile*, tout en reconnaissant la subordination du second au premier. Aujourd'hui chacun est d'accord que le droit de propriété, comme notion juridique, n'admet pas un tel dédoublement et que si, en fait, son exercice peut être restreint par l'effet de droits réels ou d'obligations, en théorie ce droit entier subsiste et se distingue complètement des droits que nous venons de mentionner.

droit public? Pourquoi admettre dans ce dernier domaine des contradictions aussi flagrantes qu'une souveraineté absolue qui est relative, une souveraineté indépendante qui est soumise à une autre, une souveraineté complète et cependant restreinte en grande partie, une souveraineté une et pourtant double et partagée, tout cela pour sauver un système préconçu et basé exclusivement sur des considérations politiques et un examen tout à fait extérieur et superficiel de l'état réel des choses? Il est temps, pour le jurisconsulte, d'abandonner ce point de vue insoutenable, de séparer le domaine du droit de celui de la politique, de se rappeler qu'en restant fidèle aux lois inévitables de la logique, il n'a besoin de sacrifier aucune de ses idées politiques, car il ne s'agit pas de changer d'un iota l'état actuel des choses dans l'Etat fédératif, mais simplement de lui donner une formule conforme aux faits et à la logique.

Nous arrivons donc aux conclusions suivantes:

Conclusions de ce
chapitre.

- 1^o La souveraineté, en tant que la faculté pour un Etat d'être déterminé exclusivement par sa propre volonté, est absolue et exclusive; donc elle est une et indivisible.
- 2^o La doctrine qui fonde l'Etat fédératif sur le partage de la souveraineté est en contradiction avec les lois de la logique, ainsi qu'avec les faits.
- 3^o Dans l'Etat composé, ainsi que dans toutes les formations que peut adopter une association d'Etats, il n'y a pas d'autre alternative que celle-ci: ou bien la souveraineté appartient en entier aux membres, et alors la collectivité n'est pas souveraine, ou bien elle appartient en entier à l'ensemble, et alors les membres ne sont pas souverains.

La question qui se pose donc pour nous maintenant est celle de savoir si, dans l'Etat fédératif, la souveraineté appartient à ce dernier ou à ses membres. C'est ce que nous allons étudier dans le chapitre suivant.

Chapitre IV.

La souveraineté dans l'Etat fédératif. — Différence entre l'Etat fédératif et la Confédération d'Etats.

Controverse sur la question de savoir où réside la souveraineté dans l'Etat fédératif.

D'après tout ce qui précède, il semblerait que cette question ne dût pas donner lieu à la moindre difficulté, et il est vrai que la presque unanimité des auteurs qui ont écrit sur l'Etat fédératif se sont prononcés dans le sens de la souveraineté fédérale. Mais il y a controverse et cette controverse est très intéressante parce qu'elle sert à bien faire ressortir la différence juridique entre l'Etat fédératif et la Confédération d'Etats, en montrant combien dans les faits concrets ces deux formes politiques peuvent se rapprocher l'une de l'autre et avec quelle logique conséquente et serrée il faut les interpréter pour arriver à les séparer nettement.

Doctrines de la souveraineté fédérale. Arguments sur lesquels elle se fonde.

Les auteurs allemands, presque sans exception, attribuent la souveraineté à l'Etat fédératif et non à ses membres.¹²⁶ Les arguments produits en faveur de cette thèse sont les suivants :

Selon notre définition de la souveraineté, le point décisif est celui de savoir si l'Etat fédératif a la faculté exclusive de détermination, en d'autres termes, s'il a le droit de fixer librement et par sa seule volonté sa compétence et par là même celle de ses membres, ou bien si c'est l'inverse qui a lieu. Cette question ne peut faire l'objet d'un doute. En Allemagne, en Suisse et dans l'Amérique du Nord la Constitution ne peut être modifiée que par voie de révision constitutionnelle, c'est-à-dire par une

¹²⁶ Voir les nombreuses citations dans *Brie* et *Jellinek*. Cf. aussi *Gierke* dans *Schmoller*, p. 63 et suiv.

loi de l'Etat fédératif.¹²⁷ Donc l'Etat fédératif n'a pas seulement les attributions qui lui ont été données dès l'origine; sa compétence n'est pas définitivement fixée et il a le droit de l'agrandir autant que le permettent son étendue physique et sa volonté raisonnée. — Cet agrandissement de la compétence fédérale est *matériellement* et *formellement* indépendant de la volonté des Etats. — Matériellement, car l'unanimité des Etats n'est pas requise pour une révision constitutionnelle, la simple majorité suffit. L'Etat particulier peut rester en minorité et se voir dépouiller malgré lui de toutes ses compétences: donc il est bien le sujet d'une puissance et d'une volonté supérieures. — Au point de vue formel, la révision constitutionnelle est un acte unilatéral de l'Etat fédératif, ce n'est pas un traité entre les Etats-membres, c'est une loi sur laquelle ils sont bien appelés à voter comme organes de l'Etat collectif, mais qui, une fois adoptée, les lie comme l'expression de la volonté d'un pouvoir supérieur.

Il en résulte que l'Etat fédératif a non seulement les attributions qui lui reviennent en vertu de sa Constitution actuelle, mais que cette même Constitution met à sa disposition la compétence entière de ses membres en lui donnant le droit de l'absorber éventuellement, selon sa libre volonté. Cela revient à dire que, si les Etats particuliers possèdent encore des compétences, ils ne les conservent que grâce à la permission expresse ou tacite, à titre de précaire, de l'Etat collectif. Il suffit de comparer ces faits avec ce que nous avons dit plus haut sur le critère juridique de la souveraineté¹²⁸ pour être convaincu que la souveraineté revient

¹²⁷ Constitution impériale allemande, art. 78: Veränderungen der Verfassung erfolgen im Wege der Gesetzgebung. — Constitution fédérale suisse, art. 119: La révision a lieu dans les formes statuées pour la législation fédérale, et art. 121: La Constitution fédérale révisée entre en vigueur lorsqu'elle a été acceptée par la majorité des citoyens suisses prenant part à la votation et par la majorité des Etats. — Constitution fédérale des Etats-Unis, art. V: The Congress, whenever two-thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution, or on the application of the Legislatures of two-thirds of the several States, shall call a Convention for proposing amendments, which, in either case, shall be valid to all intents and purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three-fourths of the several States, or by Conventions in three-fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress.

¹²⁸ V. supra p. 32 et 47.

seule et entière à l'Etat fédératif et que les Etats qui le composent ne sont plus souverains.¹²⁹

Objection faite par
Rosin à ces argu-
ments.

Tout en reconnaissant la souveraineté de l'Etat fédératif, *Rosin*¹³⁰ ne la fonde pas sur la « compétence de la compétence ». Selon lui, cette souveraineté découle du fait que l'Etat fédératif n'est jamais déterminé que par lui-même, tandis que dans le domaine qui leur appartient, il détermine les Etats particuliers. Mais la « compétence de la compétence » peut fort bien lui faire défaut, pourvu qu'elle n'appartienne pas non plus à ces derniers.

Critique de cette
objection.

Nous avons déjà eu l'occasion de réfuter cette assertion, qui renferme une contradiction en elle-même. — En effet, si l'Etat fédératif se trouve restreint par des limites qu'il ne peut franchir, c'est que cette restriction repose sur une volonté vivante et supérieure ou tout au moins égale à la sienne; et cette volonté ne peut être que celle des Etats particuliers. Cela revient à dire que ces derniers déterminent l'Etat fédératif dans une question des plus importantes, celle de sa compétence, et qu'ainsi il n'est pas souverain. *Rosin* cherche à éviter cette conséquence qui renverse sa propre définition par un artifice trop arbitraire pour avoir quelque valeur juridique. « L'Etat fédératif », dit-il, « n'est pas restreint par la volonté des Etats particuliers, il est restreint par son *but*, par sa nature même, il est venu au monde avec ces restrictions. » — Cela est simplement impossible en théorie et ne s'est jamais présenté dans la pratique. Ainsi conçu, l'Etat fédératif serait un être incomplet, relatif, donc non souverain. La commune, elle aussi, peut avoir le droit de se déterminer librement dans les limites de ses buts et de ses attributions; mais personne ne songe à en conclure qu'elle est souveraine.¹³¹ L'être incomplet est par cela même non souverain. Si la volonté des constituants de l'Etat fédératif ne subsiste plus, comme le dit *Rosin*, alors rien ne s'oppose à ce que ce dernier agrandisse sa

¹²⁹ *Blumer-Morel*, p. 179: „A teneur de l'art. 113 de la Constitution fédérale de 1874, les questions de compétence les plus importantes, celles de savoir si une loi fédérale ou un traité international dépasse ou non la compétence constitutionnelle de la Confédération, sont tranchées par le pouvoir législatif fédéral lui-même d'une manière inattaquable Cela rend bien problématique la vérité entière de la souveraineté cantonale proclamée avec une certaine emphase dans l'art. 3 de la Constitution.“ Cf. *d'Orelli*, p. 97.

¹³⁰ Dans *Hirth's Annalen*, p. 272—274; cf. *Gierke* dans *Schmoller*, p. 68, n. 1.

¹³¹ Cf. la définition insuffisante de *Dubs*, I, p. 48.

compétence; s'il ne le peut pas, c'est que cette volonté existe encore. Dans ce dernier cas, les Etats déterminent l'Etat fédératif, ce dernier n'est qu'une somme d'attributions et de pouvoirs reposant sur le libre accord des Etats particuliers et réunis pour être exercés en commun. C'est là que réside la différence entre la Confédération d'Etats et l'Etat fédératif. Le pouvoir central aura beau être doué des attributions les plus complètes; s'il est limité sans que cette limitation repose sur sa propre volonté, il repose lui-même sur l'accord des Etats qui l'ont constitué. En revanche, il suffit pour que l'Etat central soit souverain, qu'il ait la libre disposition de sa compétence, quelque modeste que soit l'usage qu'il fait actuellement de ce droit.¹³²

Ce trait suffit pour distinguer absolument l'Etat fédératif de toute association d'Etats dépourvue de la souveraineté. En nous basant sur cette souveraineté fédérale, nous pouvons établir une distinction précise et durable entre l'Etat fédératif et la Confédération d'Etats (nous verrons plus bas ce qui sépare l'Etat fédératif de l'Etat unitaire¹³³). Nous disons donc :

Conséquences de la souveraineté fédérale. Différence entre l'Etat fédératif et la Confédération d'Etats.

1^o Les Constitutions des trois principaux Etats fédératifs existants nous révèlent l'existence d'un pouvoir central souverain. Cela implique l'existence d'un être organique, d'un Etat auquel revient la souveraineté. L'Etat fédératif est donc un Etat souverain; donc ses membres ne le sont pas.

Dans la Confédération d'Etats, par contre, nous rencontrons les faits suivants :

La compétence centrale est déterminée par les membres; ceux-ci ont donc gardé leur souveraineté. Il n'y a pas de souveraineté fédérale, donc il n'y a pas d'être central, car il est inconcevable que des Etats souverains puissent être réunis en un être collectif qui leur serait inférieur. La Confédération n'est donc pas une personne juridique. Elle n'est pas non plus une personne de droit international, car la personnalité internationale n'est qu'une face de la personnalité interne. C'est pourquoi *Haenel* a tort d'admettre la personnalité internationale de la Confédération d'Etats, tout en reconnaissant qu'elle n'est qu'un *vinculum juris* entre les Etats souverains. Elle est simplement une *raison col-*

¹³² *Rosin* reconnaît lui-même, du reste, que le nombre d'attributions remises au pouvoir central n'exerce aucune influence sur la nature juridique de ce pouvoir, p. 273.

¹³³ V. infra 2^e partie, chap. VII, A.

lective de droit international, comme la raison sociale de la société en nom collectif du droit commercial. La fixation de la compétence collective se fait par voie d'entente contractuelle et requiert l'assentiment de tous les Etats confédérés. Ce sont ces Etats qui déterminent les attributions qu'ils mettent en commun, ce sont eux qui restent maîtres de la compétence fédérale.¹³⁴

2° Une conséquence de la souveraineté résultant de la « compétence de la compétence » est le fait que la loi fédérale abroge le droit des Etats particuliers dans toutes ses dispositions qui lui sont contraires. Cette conséquence principale est mentionnée en termes exprès dans les Constitutions fédérales.¹³⁵

Rosin considère ce point comme le signe décisif de la souveraineté fédérale. C'est une erreur. Il n'y a ici qu'une conséquence toute naturelle du principe qui remet à l'Etat fédératif le droit de fixer librement sa propre compétence. Dans la Confédération d'Etats, par contre, il ne peut pas y avoir d'autorité supérieure à celle de la loi des Etats particuliers. Les lois appelées fédérales ne sont autre chose que des lois des Etats particuliers qui concordent entr'elles. C'est la ratification par les Etats qui donne aux travaux de la Diète une vigueur légale, en en faisant des lois de ces Etats. On trouve un exemple de ce fait dans les Concordats intercantonaux conclus en Suisse avant 1848.

3° Enfin l'Etat fédératif comme être juridique a, pour former sa volonté et réaliser ses buts, des organes propres, qui diffèrent complètement d'une réunion des organes analogues des Etats particuliers ou d'organes communs créés par ces derniers. Ainsi une décision du Conseil des Etats suisse ne peut pas plus être remplacée par une entente collective des gouvernements cantonaux, que la volonté des Cantons unanimes ne pourrait, à elle seule, renverser une loi fédérale. Il en est de même du Conseil fédéral allemand et du Sénat américain. Les autorités fédérales ne sont

¹³⁴ Nous trouvons un exemple frappant d'une pareille Confédération dans les articles de Confédération qui ont été en vigueur aux Etats-Unis de 1778 à 1789.

¹³⁵ Constitution allemande, art. 2. — Constitution américaine, art. VI, § 2. — Constitution fédérale suisse, art. 113, et dispositions transitoires, art. 2. En application de ce dernier article, le Conseil fédéral a refusé d'admettre que de pareilles dispositions cantonales ne cessent d'être en vigueur que lorsqu'elles ont été révisées régulièrement par l'autorité compétente des Cantons. Cf. *Blumer-Morel* I, p. 287. *Ullmer*, Droit public suisse. 2 vol. Neuchâtel 1864—67, I, n° 36, II, n°s 715 et 716. *Brunner*, Antrag betreffend Revision des Gemeindestimmregisters der Stadt Bern. 1886.

donc pas de simples appareils mécaniques destinés à rassembler les volontés des Etats-membres; ce sont des organes indépendants d'eux et appartenant à un organisme supérieur, organes chargés de vouloir et d'agir pour cet être organique; organes pouvant, au besoin, se mettre en opposition avec la volonté des gouvernements particuliers et la primer.

Cette doctrine est maintenant reconnue par la grande majorité des auteurs de droit public. Mais nous ne serions pas complets, si nous ne parlions pas d'une thèse absolument opposée qui, longtemps auparavant, a été élevée contre la doctrine du partage de la souveraineté. Cette thèse a été appelée « la théorie de nullification », parce qu'elle conduit à reconnaître à chaque Etat particulier le droit de déclarer nuls les actes des autorités fédérales. Elle a été établie en Amérique par le célèbre jurisconsulte *Calhoun*¹³⁶ et importée en Europe par *Seydel*.¹³⁷

Doctrine qui nie la souveraineté fédérale. Arguments invoqués en sa faveur.

En l'appliquant logiquement à l'interprétation de la Constitution américaine, *Calhoun* a démontré pratiquement que la doctrine du contrat social est insoutenable. En opposition à l'opinion qui a longtemps régné sans rivale aux Etats-Unis et sous l'influence de laquelle les Américains se sont habitués à voir dans chaque Constitution un contrat entre facteurs égaux, il a prouvé d'une manière irréfutable qu'un Etat ne peut pas naître par contrat. Voici en résumé son argumentation :

En 1778, les Etats américains n'ont fondé entr'eux que des rapports contractuels, qu'ils peuvent interpréter et dissoudre comme bon leur semble, selon les principes du droit des contrats. La constitution de l'Union en 1787 n'a fait que changer l'organisation de l'ancienne Confédération sans en modifier la base, qui est toujours les treize Etats particuliers. L'Union a bien un gouvernement collectif, auquel on a délégué l'exercice de certaines compétences mises en commun; elle n'est pas un Etat national, car elle n'a pas pour base un peuple, mais plusieurs Etats avec leurs populations. Ce sont ces Etats qui ont fait la Constitution et non le peuple américain comme unité (Argument tiré du préam-

¹³⁶ The works of *John C. Calhoun*. 6 vol. New-York 1854—1856. Cf. spécialement le Speech on the Force's Bill 16 février 1853, tome 2, p. 251, et le Discourse on the Constitution and Government of the United States.

¹³⁷ *Seydel*, Der Bundesstaatsbegriff, dans la *Tübinger Zeitschrift*, et Die neuesten Gestaltungen des Bundesstaatsbegriffes, dans *Hirth's Annalen*, 1876.

bule de la Constitution américaine ¹³⁸); cette Constitution est leur œuvre, ils l'ont donnée aux pouvoirs centraux créés par eux, mais ils sont restés eux-mêmes au-dessus d'elle. (Interprétation de l'art. VII de la Constitution américaine. ¹³⁹) Les Etats exercent les pouvoirs collectifs: le Sénat représente leurs gouvernements, la Chambre des Représentants leurs populations, le Président leurs électeurs. Même les Juges sont nommés avec leur coopération au moyen du Sénat. Les Etats n'ont donc fait que déléguer des pouvoirs à des autorités centrales créées par eux et qui ne sont que leurs organes collectifs. Si l'on rapproche ces faits du principe que la souveraineté est indivisible (car c'est *Calhoun* qui le premier a rappelé ce principe oublié pendant longtemps), on arrive forcément à la conclusion que les Etats-Unis d'Amérique forment une Confédération d'Etats, comme avant 1787, et qu'ils sont restés entièrement souverains. Donc les Etats sont au-dessus de la Constitution, comme le créateur est au-dessus de la créature, et ils ont le droit de l'interpréter et de l'appliquer selon leur volonté particulière.

Cette doctrine, qui avait avant tout un but essentiellement pratique et ne visait que les Etats-Unis, fut généralisée par *Seydel*. Cet auteur part du principe que l'Etat est la forme suprême de toute collectivité humaine et que la souveraineté est indivisible; puis il argumente ainsi: La genèse historique des Etats fédératifs prouve qu'ils ont été créés par des traités conclus entre des Etats souverains. Or, un Etat ne peut pas être créé par un traité et il ne peut y avoir deux Etats sur le même territoire. Il en résulte que, du moment que l'Etat fédératif reconnaît dans sa Constitution ses membres comme Etats, ils n'est pas lui-même un Etat proprement dit, mais simplement une Confédération internationale.

Critique de cette
théorie.

Il semble au premier coup d'œil que cette doctrine est très facile à réfuter; mais ce n'est pas le cas et il a fallu nombre d'années pour arriver à la vaincre. On a d'abord combattu l'argument tiré du fait que les membres de l'Etat fédératif sont

¹³⁸ Suivant *Calhoun*, les mots: „We, the people of the United States“, de ce préambule, signifient: „Nous, les peuples des différents Etats unis ensemble“.

¹³⁹ Art. VII. The ratification of the Conventions of nine States shall be sufficient for the establishment of this Constitution between the States so ratifying the same.

des Etats et que l'Etat est nécessairement souverain, en invoquant le fait contraire que, dans le langage usuel, on n'hésite pas à accorder le nom d'Etat à des collectivités qui ne sont pas souveraines.¹⁴⁰ Nous aurons l'occasion de montrer que cette réponse n'est pas satisfaisante. Mais si les prémisses de *Seydel* sont justes, la conclusion qu'il en a tirée est parfaitement fausse, elle vient échouer devant les dispositions constitutionnelles qui donnent à l'Etat fédératif le droit de fixer librement sa propre compétence et, par là, celle de ses membres. De sorte qu'en rapprochant de ces faits indéniables le principe de l'indivisibilité de la souveraineté et la notion que l'Etat doit être souverain, *Seydel* n'aurait pas dû refuser de reconnaître à l'Etat fédératif la qualité d'Etat souverain, mais aurait dû arriver à la conclusion que ce sont les membres de cet Etat qui ont perdu leur souveraineté et par là même la qualité d'Etat.

L'autre argument de *Seydel* est plus sérieux. Il dit, en résumé, ceci : « Les collectivités que l'on appelle Etats fédératifs ont été créées par des contrats conclus entre des Etats souverains. Or, en première ligne, un Etat ne peut pas être créé par contrat. Ensuite, admettant même ce point, il est évident que le créateur est au-dessus de la créature. Les Etats qui sont l'élément primitif, qui existaient avant le nouvel Etat fédératif, ne peuvent être considérés maintenant comme reposant sur la volonté de ce dernier. C'est un ὄντιον πρότερον. Or, c'est la conséquence nécessaire de la doctrine qui admet que l'Etat fédératif est souverain. »

Ces objections sont justes au point de vue strictement formel. Suivant l'exemple de *Webster*,¹⁴¹ *Haenel*¹⁴² a essayé de les réfuter en ayant recours à une novation de droit public analogue à celle que nous rencontrons dans le domaine des obligations. Selon ces deux auteurs, la Constitution repose bien sur un traité, mais il n'en résulte pas qu'elle soit elle-même un traité, qu'elle fonde un lien contractuel. La convention ne vise que la création du nouvel Etat ; une fois cet Etat créé, elle est éteinte par *solutio*, par l'accomplissement des obligations qu'elle stipulait. Nous avons

¹⁴⁰ *Laband*, Staatsrecht, vol. I, p. 60.

¹⁴¹ The works of *Daniel Webster*, 6 vol., 1853—1856, spécialement le discours : The Constitution not a Compact, vol. III, p. 468.

¹⁴² Studien zum deutschen Staatsrecht, I, p. 38 et suiv. ; p. 61 et suiv.

à sa place la Constitution, comme acte de volonté unilatéral du nouvel Etat, et des rapports de subordination et de fidélité à la place des anciens rapports contractuels. — Cette réfutation, quoique séduisante au premier abord, ne résout pas la difficulté, car elle laisse intacte l'objection de *Seydel*, qu'en fait les Etats fédératifs ont été créés par traité et que cela n'est pas conciliable avec leur nature comme Etats et la souveraineté qu'on leur attribue. La novation de droit public est un artifice qui manque de tout fondement. Quand on veut suivre la logique, il ne faut pas s'arrêter à mi-chemin, il faut être logique jusqu'au bout. Si, comme nous l'avons vu, il ressort d'une interprétation juridique des faits concrets que l'Etat fédératif est un Etat souverain, il ne faut pas hésiter à tirer de ce résultat toutes les conséquences que le droit et la logique entraînent. Ainsi il résulte de la souveraineté de l'Etat fédératif que les droits et la compétence de ses membres reposent sur sa volonté. La conséquence de ce fait est que la base de ces droits et par là même l'existence des Etats particuliers se trouvent dans les mains de l'Etat fédératif, qui est leur source et leur fondement juridique. On aura beau dire que cela est contraire à l'histoire. N'importe ! Le juriste n'a pas la même tâche que l'historien. Il ne recherche pas comment l'Etat s'est développé, il l'étudie comme il est. Un exemple suffira pour prouver la vérité de ce que j'avance. La doctrine du contrat social avait été précisément inventée pour donner comme base au droit public une interprétation juridique des faits qui ont présidé à sa formation. L'école de Rousseau s'était dit : L'Etat a été créé par un acte de volonté de plusieurs. La forme juridique qui correspond à ce fait n'est autre que celle du contrat. Donc la base juridique de l'Etat est un contrat social. On sait que cette théorie a fait complètement fiasco, qu'elle est fausse en elle-même et qu'elle aboutit dans ses conséquences logiques à la négation de l'Etat et à l'anarchie. Cela vient de ce que, dans ce cas, le juriste a dépassé les limites de son domaine en empiétant sur celui de l'historien et en prenant pour base de son système des faits qui, bien que très importants au point de vue de l'histoire, ne se laissent pas renfermer dans une formule juridique.

Le même phénomène se reproduit dans le droit privé, en matière de propriété. Les économistes et les sociologistes peuvent disputer sur l'origine du droit de propriété. Le juriste ne doit

pas, sous peine de tomber dans l'arbitraire et d'aboutir à des conséquences condamnées par les faits et la logique, adopter comme fondement juridique du droit de propriété les bases proposées par ces savants. Pour lui, la propriété est parce qu'elle est : c'est là sa raison d'être, c'est le fait primordial dont il n'a qu'à tirer les conséquences dictées par la logique sans s'inquiéter de ce qui a bien pu exister avant lui.

De même, l'Etat est parce qu'il est. C'est en lui-même, c'est dans sa nécessité qu'il puise sa raison d'être et que repose sa base juridique. L'Etat est un fait primordial, il n'a pas de cause juridique. Aussi le juriste le prend-il tel quel sans rechercher en dehors de lui son fondement légal.¹⁴³

Cela s'applique à l'Etat fédératif aussi bien qu'à l'Etat simple. Il est vrai qu'historiquement les Etats particuliers existaient avant l'Etat fédératif. Mais ce qui importe aux juristes beaucoup plus que cette donnée historique, ce sont les principes suivants, dictés inévitablement par la logique et le droit public : La souveraineté est la source de tout pouvoir et partant de tout droit public.¹⁴⁴ L'Etat souverain est donc la base sur laquelle reposent les corps non souverains. Les droits ne peuvent être au-dessus de la source dont ils découlent. Les corps non-souverains ne peuvent être antérieurs au fondement sur lequel ils reposent. Bien plus, ils ne peuvent être les créateurs de l'Etat souverain, car le créateur est nécessairement supérieur et antérieur à la créature, tandis que l'Etat souverain est aussi nécessairement supérieur et antérieur aux collectivités non souveraines dont les droits et les compétences sont dérivés de sa volonté.

Ces considérations nous amènent inévitablement à la conclusion que nous avons déjà fait pressentir et qui s'impose avec toute l'autorité de la logique : c'est que les faits qui président à la formation de l'Etat fédératif, comme de l'Etat en général, ne se laissent pas qualifier par une formule juridique, parce que l'Etat, source de l'ordre légal, ne peut lui-même être mis au monde par cet ordre légal qui ne reçoit sa sanction que de lui. Le juriste ne peut donc pas chercher dans des faits antérieurs le fondement légal de l'Etat, qui existe parce qu'il est et qui porte

¹⁴³ Nous reviendrons sur cette idée. V. infra 2^e partie, chap. III, IV, V et VII.

¹⁴⁴ Cf., p. ex., *Bluntschli* : „La souveraineté est la source de tout autre pouvoir“. *Lehre vom modernen Staat*, p. 575. V. supra p. 28—29. V. aussi infra 2^e partie, chap. IV, V et VII, le développement de cette idée.

en lui-même sa raison d'être. Le fait qu'une collectivité humaine a le sentiment de son unité et manifeste ce sentiment en réalisant cette unité par une organisation extérieure, voilà la cause de l'Etat.¹⁴⁵ Les faits dont se compose cette genèse ne peuvent être qualifiés juridiquement, ils ne peuvent être expliqués que par l'histoire.

Cette argumentation réfute victorieusement les objections de *Seydel* et *Calhoun*. Elle avait déjà été pressentie par *Laband*, mais c'est à *Jellinek*¹⁴⁶ que nous la devons. Il suffit d'étudier les faits qui ont précédé la fondation de la nouvelle Confédération suisse pour s'assurer que cette doctrine est aussi vraie en pratique qu'en théorie.¹⁴⁷ Tous les actes qui se produisent lors de la création d'un Etat, et par là même de sa constitution (car l'Etat vient nécessairement au monde avec sa constitution), ne sont que des faits sans aucune portée véritablement juridique. Le juriste ne peut se mettre à l'œuvre que lorsque la genèse est terminée. Alors il examine l'état de choses existant sans s'inquiéter du passé, il l'interprète juridiquement et tire de cette interprétation les conséquences qu'elle comporte. C'est ainsi que la doctrine de la formation contractuelle de l'Etat fédératif est abandonnée et que la critique de *Seydel* tombe, faute d'objet.

Critère suprême
qui distingue
l'Etat fédératif de
la Confédération
d'Etats.

Mais ce n'est pas tout. Il nous reste à tirer de cette argumentation une conséquence qui est encore nécessaire pour établir une distinction absolue entre l'Etat fédératif et la Confédération d'Etats et mettre hors de doute la qualité d'Etat du premier. Nous avons vu que le critère juridique de la souveraineté fédérale réside dans la « compétence de la compétence » accordée à l'Etat fédératif. Cette attribution, qui implique l'existence d'un Etat souverain, est donnée dès que l'Etat fédératif peut modifier

¹⁴⁵ *Jellinek*, p. 263.

¹⁴⁶ *Loc. cit.*

¹⁴⁷ Cf. *Blumer-Morel*, I, p. 133. — En Amérique, les hommes d'Etat et les auteurs ont été à peu près unanimes pour reconnaître que le passage de la Confédération de 1778 à l'Union de 1789 avait constitué une véritable révolution. Cf. *Th. M. Cooley*, *The general principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston 1880, et *de Holst*, *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika*, dans *Marquardsen*, *Handbuch des öffentlichen Rechts*, vol. IV, tome I, 3^e partie, Fribourg en Brisgau, 1885, p. 14—16.

sa compétence sans avoir besoin de l'assentiment de tous les Etats dont il se compose. Tant qu'il faut l'unanimité des Etats pour modifier les compétences fédérales, nous n'avons qu'une Confédération, quelle que soit l'étendue de ces compétences, car en définitive tout repose sur le libre consentement, sur la volonté souveraine des Etats-membres. Mais dès qu'un Etat peut se voir dépouiller malgré lui de ses attributions, sans qu'il puisse s'y opposer, il y a là la manifestation d'une volonté supérieure à laquelle il est soumis. On pourrait croire ce critère absolument satisfaisant dans tous les cas. Il y a pourtant une hypothèse qui, en apparence, fait exception à cette règle : c'est celle où, en vertu du pacte fédéral, c'est-à-dire du libre accord des Etats souverains d'une Confédération, la majorité a le droit d'imposer un changement du traité à la minorité. Je dis « en apparence », car pour conserver à l'association, dans ce cas, le caractère de simple Confédération, il faut tempérer cette disposition par l'admission d'un droit de sécession pour les membres qui ne veulent pas se soumettre aux décisions de la majorité.¹⁴⁸ Au fond, c'est revenir à notre critère, car si l'Etat, libre de se retirer de la Confédération, préfère y rester, c'est qu'il veut bien accepter les décisions prises par la majorité, de sorte qu'en droit la révision du pacte fédéral repose bien sur le consentement unanime des contractants. Mais cette hypothèse est intéressante, parce qu'elle fait bien ressortir la différence entre l'Etat fédératif comme Etat et la Confédération comme association d'Etats. Dans cette dernière, l'Etat isolé n'est là que par sa volonté, son adhésion ; cela est vrai même dans le cas d'une union perpétuelle, puisque l'état actuel de cette union et toute modification qu'on lui apporte ultérieurement reposent sur le consentement unanime de ses

¹⁴⁸ La Constitution de la Confédération conclue en 1861 par les Etats sécessionnistes de l'Amérique du Nord statuait la possibilité de réviser le pacte fédéral à la majorité de deux tiers des Etats, donc à une majorité moins considérable que celle qui est exigée par l'art. V de la Constitution fédérale américaine. En revanche, elle reconnaissait absolument le droit de sécession de ses membres comme conséquence naturelle de leur souveraineté. — On peut, du reste, se demander si cette combinaison de deux principes aussi opposés l'un à l'autre que la souveraineté des Etats confédérés et le droit de la majorité d'imposer à la minorité une révision du pacte fédéral, aurait résisté à l'épreuve de la pratique. Cf. *Brie*, *Zur Lehre von den Staatenverbindungen*, dans *Grünhut*, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. XI (1884), p. 133.

membres. Et si ces derniers donnent à la majorité le pouvoir de réviser le pacte fédéral, ils se réservent par cela même le droit de se retirer de l'association si cette majorité veut leur imposer des innovations qu'ils jugent incompatibles avec leur propre souveraineté.

Dans l'Etat souverain, ce droit de sécession n'existe jamais. L'Etat peut formellement restreindre et anéantir la compétence de ses membres, les priver même de leur existence, sans qu'ils aient le droit de briser le lien qui les rattache à lui. Et ce fait n'est pas basé sur un traité. De même que l'Etat, il est au-dessus de toute argumentation juridique.¹⁴⁹ Il est parce qu'il est, parce que le fait contraire impliquerait la négation de l'Etat lui-même. Ceci n'est pas un vain mot, une hypothèse purement théorique. Tous les peuples organisés en Etats ont ce sentiment que, vis-à-vis de l'Etat, il n'y a pas de droit de sécession, et si ce sentiment n'existe pas, l'Etat n'est pas viable. Cela s'applique aux Etats fédératifs aussi bien qu'aux Etats unitaires : la guerre du Sonderbund en Suisse, la guerre de sécession en Amérique, le grand mouvement de 1870 en Allemagne sont là pour le prouver.

Conclusions de ce
chapitre.

Nous arrivons donc à la fin de ce chapitre aux conclusions suivantes :

- 1° L'Etat fédératif est un Etat souverain, dont les membres ne sont pas souverains. — La Confédération d'Etats n'est qu'une association entre Etats souverains.
- 2° La genèse de l'Etat fédératif est, ainsi que celle de chaque Etat, en dehors de toute argumentation juridique. Le juriste ne s'occupe que de l'Etat créé et parfait, les faits antérieurs appartiennent à l'histoire. — La Confédération d'Etats est un *vinculum juris*, dont la formation est un fait juridique.
- 3° L'Etat fédératif, de même que l'Etat en général, n'est pas fondé sur un traité. — La Confédération d'Etats repose sur une base contractuelle.
- 4° Les membres de l'Etat fédératif peuvent être, en vertu de la souveraineté de ce dernier, dépouillés de leurs compétences et supprimés entièrement sans avoir le droit de s'y opposer. — Dans la Confédération d'Etats, par contre, toute modification au pacte librement adopté par les Etats repose également sur leur libre volonté, car ou bien elle

¹⁴⁹ Jellinek, p. 298.

ne peut se faire qu'à l'unanimité des contractants, ou bien la minorité qui ne veut pas se soumettre à la majorité a un droit de sécession qui lui permet de se retirer de l'association.

Chapitre V.

La souveraineté et l'Etat.

La souveraineté est-elle une qualité essentielle de l'Etat, ou peut-il y avoir des Etats non souverains? Telle est la question qui se présente à nous maintenant.

Principes qui
doivent présider
à l'examen de la
question formant
l'objet du présent
chapitre.

Avant d'entreprendre l'étude de cette question, il ne sera pas inutile de rappeler en quelques mots le point de vue auquel nous nous plaçons ici; car dans cette matière plus que dans toute autre, on est enclin à se payer de mots et à se laisser guider par des considérations parfaitement étrangères au sujet.

Ce que nous recherchons ici, c'est la fixation de certaines notions purement juridiques, par une argumentation purement juridique. En cherchant à établir sur des bases juridiques solides les deux notions de souveraineté et d'Etat dont nous avons à nous occuper, nous devons, dans l'argumentation théorique aussi bien que dans l'interprétation positive des faits concrets, nous inspirer exclusivement d'une logique serrée, conséquente, inexorable, sous peine d'aboutir nécessairement à des contradictions et à des systèmes qui se condamnent eux-mêmes.

C'est ainsi que nous laisserons de côté en première ligne l'argument tiré du fait que certains termes sont employés dans le langage usuel pour désigner certaines notions. Cet argument n'a aucune valeur propre. On ne doit l'invoquer dans aucune science et surtout pas dans le droit public qui n'est déjà que trop entraîné, par sa connexité étroite avec la politique, à adopter des notions fausses et à se payer de phrases creuses.

Ainsi on est habitué à appeler le droit d'auteur la propriété littéraire. Cela prouve-t-il que ce droit est un véritable droit de propriété? Nullement. Les juristes sont aujourd'hui d'accord pour y voir tout autre chose qu'un droit de propriété et aucun auteur ne songera à invoquer cette expression du langage ordinaire pour en tirer un argument juridique.

Le même phénomène s'est présenté dans la question de savoir à qui attribuer la souveraineté dans l'Etat.¹⁵⁰ Là aussi les auteurs qui traitent cette question en juristes et non en politiciens laisseront de côté les termes : souveraineté du monarque, souveraineté populaire, souveraineté cantonale, souveraineté du jury, etc. Ils se rattacheront exclusivement à un examen des faits dégagé de toute notion préconçue, et ils reconnaîtront que la souveraineté revient à l'Etat et que le peuple ou le monarque, qui l'exerce, l'exerce au nom et pour les buts de l'Etat, et non comme un droit purement personnel. De même, nous n'admettons pas que la notion juridique de l'Etat puisse se passer de l'élément de souveraineté, par cette seule raison qu'en fait, dans le langage usuel, on appelle Etats des collectivités qu'il est impossible de reconnaître comme souveraines. Pour se convaincre de la faiblesse de cet argument,¹⁵¹ il suffit de se rappeler que les expressions dont on se sert pour désigner ces collectivités varient d'un pays à l'autre. Les Etats souverains qui formaient autrefois les Provinces-Unies ne s'appelaient que Provinces. Ce même terme sert aujourd'hui à désigner les membres de la Confédération argentine qui est un Etat fédératif. Enfin depuis le milieu du XV^me siècle nous sommes habitués à appeler Cantons les membres de la Confédération suisse.¹⁵²

Un autre danger dont il faut se garder quand on recherche la nature juridique d'institutions publiques, c'est de confondre le domaine du droit comme science avec le domaine de la politique, et de se laisser guider, dans la construction et la critique d'un système purement juridique, par des considérations tirées de sentiments et d'opinions politiques. Ces deux domaines doivent être absolument séparés, si l'on veut reconnaître au droit public la qualité d'une science, c'est-à-dire une raison d'être quelconque. Le droit public et la politique sont aussi distincts que le droit

¹⁵⁰ V. supra, p. 19 et suiv.

¹⁵¹ Cet argument est invoqué par *Laband*, I, p. 62.

¹⁵² On trouve pour la première fois le nom de Canton dans un traité conclu entre les Etats confédérés et le roi Charles VII de France (1452—1453). Les premiers y sont appelés „les Cantons de la vieille Ligue de la Haute Allemagne“. Cf. *Bluntschli*, *Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes*, I, p. 265, et *d'Orelli*, p. 13. Cf. aussi *Bake*, *Beschouwingen over den Statenbond en den Bondsstaat*, *Academisch Proefschrift*, Amsterdam 1881, p. 170—172.

privé et l'économie politique. L'économie politique démontre que dans certains cas la petite propriété vaut mieux que la grande, que c'est le contraire dans d'autres cas, etc. Le droit privé se tient à l'écart de ces dissertations: il ne s'inquiète pas de ce que la propriété devrait être, il recherche et constate ce qu'elle est dans sa nature juridique et il en tire les conséquences dictées par la logique et le droit positif. Le même phénomène se retrouve dans la vie de l'Etat. La politique préférera la république à la monarchie, elle préconisera les avantages de la décentralisation sur la bureaucratie centralisée, elle démontrera la supériorité du fédéralisme sur l'unitarisme, etc. Le jurisconsulte qui écrit pour la science se tient à l'écart de cette polémique. Il ne doit s'inspirer que du droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. Sa position ressemble à celle du Juge. Comme le Juge, il ne doit pas faire la loi, il doit l'interpréter. La politique est la science de la *lex ferenda*, le droit public celle de la *lex lata*.

Ce principe domine l'activité entière du jurisconsulte. Dans toutes ses déductions, il ne doit se laisser guider que par des arguments scientifiques et par des raisonnements conformes au droit. C'est pourquoi on a tort d'opposer aux notions juridiques des arguments tirés de la politique.

Ce préambule nécessaire pour fixer le point de vue auquel nous devons nous placer dans l'étude du présent sujet, nous en facilitera l'exposition. La question a été vivement controversée et aujourd'hui encore on est loin d'être arrivé à un résultat accepté par tout le monde. Malgré cela nous n'hésitons pas à dire — après un examen consciencieux de la polémique qui s'est élevée à ce sujet et après une interprétation juridique des faits concrets — que la souveraineté est un élément essentiel de la notion juridique de l'Etat et que l'Etat non souverain n'est pas un Etat dans le sens juridique de ce mot. Cette conclusion est dictée par le fait qu'à part la souveraineté il n'y a aucun critère pour distinguer absolument l'Etat des collectivités publiques inférieures, telles que les communes, les provinces, etc. La souveraineté n'étant pas une question de plus ou de moins, mais bien une notion juridique absolue, suffit pour distinguer complètement les collectivités souveraines des collectivités non souveraines. Mais entre ces dernières il n'y a aucun critère assez stable et assez précis pour fonder une distinction suffisante. Dès que l'on enlève la souveraineté à l'Etat, il n'y a plus de différence de principe entre lui et la com-

La souveraineté est un *essentielle* de la notion juridique de l'Etat. Démonstration de ce principe.

mune¹⁵³, de sorte que si l'on veut maintenir cette différence entre l'Etat et les corps inférieurs, si l'on veut conserver la juste notion juridique du premier comme organisme complet, il faut reconnaître que la souveraineté est son élément juridique principal, sa qualité essentielle.

Nous ne saurions mieux prouver la justesse de ce que nous avançons ici qu'en examinant rapidement les opinions qui ont été émises à ce sujet. Cette revue suffira pour prouver que les partisans de la notion de l'Etat non souverain n'ont pas pu la distinguer de celle de la commune et qu'aucun de leurs arguments n'est de nature à établir une différence entre l'Etat fédératif et l'Etat unitaire. Cela nous amène à la conclusion que l'Etat doit nécessairement être souverain, et que la collectivité non souveraine n'est pas un Etat.

Tout d'abord constatons que la notion de l'Etat non souverain était inconnue autrefois¹⁵⁴ et avait à peine été formulée avant le règne de la doctrine du partage de la souveraineté.

Le représentant autorisé de la littérature antérieure à notre siècle, *Puffendorf*¹⁵⁵, a défendu vigoureusement l'idée de l'Etat souverain contre l'opinion contraire de *Ludolphe Hugo*. Les auteurs qui adoptèrent le partage de la souveraineté restèrent aussi fidèles à l'ancienne doctrine, ce qui, du reste, leur était facile, puisqu'ils attribuaient la souveraineté et à l'Etat fédératif et à ses membres. Mais depuis que l'indivisibilité de la souveraineté a été de nouveau reconnue, on s'est trouvé en face du dilemme suivant: Ou bien les membres de l'Etat fédératif sont des Etats et alors la souveraineté n'est pas un *essentielle* de la notion de

¹⁵³ Dans toute cette étude, nous nous servirons du terme de „commune“ pour désigner les collectivités publiques autres que l'Etat.

¹⁵⁴ L'Etat qui, comme le Canton suisse, est redevable de son existence à la Constitution d'un autre Etat et doit demander aux autorités de ce dernier la ratification de sa propre Constitution, ne se suffit pas à lui-même, il n'est plus l'être complet et indépendant que les Anciens se figuraient sous le nom de l'Etat.

¹⁵⁵ Cet auteur a dit avec raison: „Si sit una civitas, non potest plures civitates aliter continere, quam ut illæ civitates esse desierint.“ Du reste, *L. Hugo*, lui aussi, rendait hommage à ce même principe quand il déclarait que la „*subjectio civilis*“ des Etats allemands vis-à-vis de l'Empire ne permettait de les considérer que comme des collectivités „analogues à des Etats“. Cf. *Brie*, *Der Bundesstaat*, p. 17. Cf. également *Grotius*: *Est civitas coetus perfectus liberorum hominum juris fruendi et communis utilitatis causa sociatus*.

l'Etat, ou bien la souveraineté est un *essentielle* de cette notion, et alors il ne peut pas y avoir d'Etat non souverain.

Un grand nombre d'auteurs ¹⁵⁶ se sont prononcés pour la dernière alternative. Selon eux, l'Etat est la forme suprême de toute organisation humaine. Il est l'organisme complet qui se suffit à lui-même, qui trouve en lui-même sa raison d'être et qui existe sans emprunter sa base et sa cause juridique à une collectivité supérieure. ¹⁵⁷

Toutefois ces considérations ne suffisent pas pour justifier nos conclusions, car on pourrait toujours élargir la notion de l'Etat de manière à ce qu'elle comprît aussi les Etats non souverains. Mais — et c'est là l'argument décisif — en procédant ainsi on détruit toute différence entre l'Etat et les communes, et toutes les distinctions qu'on a voulu établir pour maintenir cette différence ont jusqu'à présent complètement échoué. Nous allons voir, en effet, que dans tous les faits invoqués à l'appui de

Examen des critères proposés pour distinguer l'Etat non souverain de la commune.

¹⁵⁶ V. outre les anciens auteurs et les adeptes de *Tocqueville* et de *Calhoun*, de *Held*, *System des Verfassungsrechtes der monarchischen Staaten Deutschlands I*, p. 392 et suiv., et *Verfassung des deutschen Reichs vom staatsrechtlichen Standpunkt aus betrachtet*. Leipzig 1872. *Zorn*, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs I*, p. 48 et suiv. — Le même, *Einige Streitfragen des deutschen Staatsrechtes*, dans la *Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften*. Vol. 37, 1881, p. 292 et suiv., et *Neue Beiträge zur Lehre vom Bundesstaat*, dans *Hirth's Annalen* 1884, p. 453—483. *Haenel*, dans l'ouvrage déjà cité plus haut. *Gareis*, *Allgemeines Staatsrecht*, dans *Marquardsen*, 1^{er} vol. *Bake*, dans l'ouvrage cité plus haut, p. 36 et 163. *H. de Treischke*, *Bund und Reich*, dans les *Preussische Jahrbücher* de cet auteur. Vol. 34, p. 513—550. *Schüffle*, *Bau und Leben des sozialen Körpers IV*, p. 407. — L'opinion contraire (représentée surtout par *Laband*, *Jellinek* et *Rosin*) prédomine encore en Allemagne et règne exclusivement chez nous. Nous trouvons ici, du reste, une contradiction analogue à celle que nous avons signalée à propos de la doctrine de *Waitz*. Ainsi *Gerber* (*Grundzüge*) déclare que l'Etat est la personne juridique suprême, et *Heffter* (*europäisches Völkerrecht*) exige pour lui un pouvoir public complet et parfait. Ces deux auteurs admettent toutefois et le partage de la souveraineté et la possibilité d'Etats non souverains.

¹⁵⁷ *Gierke* dans *Schmoller*, p. 72. Es muss eine auf dem Rechtsgebiete höchste Verbandsgewalt über allen andern Verbandsgewalten in jedem selbstständigen nationalen Lebenskreise geben mithin kann man die Staatsgewalt der Souveränität nicht entkleiden, ohne das Spezifische in ihr aufzuheben. — Dans le domaine du droit il y a, pour chaque sphère de vie nationale indépendante, une puissance collective suprême au-dessus de toutes les autres puissances collectives On ne peut donc pas dépouiller le pouvoir public de la souveraineté sans anéantir son trait caractéristique.

ces distinctions, il n'y a rien qui sépare l'Etat non souverain de la province, l'Etat fédératif de l'Etat unitaire.

Critère du *jus proprium*.

1^o On a voulu proclamer une différence fondamentale entre l'Etat non souverain et la commune, en raison du fait que le premier a des *jura propria*, tandis que la seconde n'a que des droits délégués. Quant à la nature de ces droits propres, les auteurs ne sont pas d'accord.

Définition du *jus proprium* selon Laband.

Ainsi, tout en reconnaissant que les compétences et l'existence des membres de l'Etat fédératif sont à la disposition de ce dernier, Laband¹⁵⁸ déclare que les droits qui leur restent sont exercés par eux *jure proprio*, de par un droit qui leur est propre, et non pas *jure delegato*, en vertu d'une délégation de l'Etat souverain. C'est dans ce fait que réside, selon lui, le trait qui distingue les Etats allemands, par exemple, de simples organisations provinciales ou communales et qui leur conserve ainsi leur caractère juridique d'Etats.

Critique de cette définition.

Cet argument est arbitraire. Si l'existence des Cantons suisses, par exemple, dépend tacitement de la volonté de la Confédération — ce qui résulte inévitablement de la compétence de cette dernière — on ne peut pas dire qu'ils exercent leurs droits *jure proprio* dans le sens que Laband donne à cette expression. Il faut reconnaître, au contraire, que ces droits, ainsi que l'existence même des Cantons, reposent sur la volonté de la Confédération, qu'ils sont dérivés de cette volonté et qu'en ce sens ce sont des droits dérivés, comme ceux d'une commune ou d'une province. Je m'explique par un exemple frappant. Le rapport de droit privé, qui correspond à cette situation de droit public, est celui du précariste vis-à-vis du propriétaire.¹⁵⁹ Or, chacun est d'accord pour reconnaître que les droits du précariste ne sont pas des droits propres, qu'ils n'ont aucun fondement juridique dans sa personne, mais qu'ils sont exclusivement dérivés du propriétaire.

Et quand Laband nous dit que ces *jura propria* ne reposent pas sur la volonté fédérale, mais sur le fait positif que les Etats allemands ont existé avant l'Empire,¹⁶⁰ il oublie que le domaine de l'histoire n'est pas celui du droit.¹⁶¹ A ce taux-là les communes de nombre d'Etats simples auraient aussi des droits propres

¹⁵⁸ Staatsrecht I, p. 106 et 107.

¹⁵⁹ Cf. Laband, p. 106.

¹⁶⁰ Eod. p. 107.

¹⁶¹ V. supra p. 70—71 et infra 2^e partie, chap. III—V.

parce que, historiquement, elles ont précédé ces Etats. Mais pour le juriste il résulte de la souveraineté que les droits des êtres non souverains sont dérivés de l'être souverain et qu'à ce point de vue là ils ne sont pas des *jura propria*.

Laband reconnaît lui-même que sur ce point il n'y a aucune différence entre les Etats particuliers dans l'Etat fédératif et les individus dans l'Etat simple. C'est confirmer notre idée que le *jus proprium* n'est pas de nature à distinguer l'Etat non souverain de la simple commune. Les droits de ces deux espèces de collectivités sont des droits dérivés¹⁶² en ce sens qu'ils leur sont conférés par le droit public de l'Etat souverain et peuvent leur être repris au gré de ce dernier; ils sont propres en ce sens qu'ils appartiennent à ces collectivités et que, dans leur exercice, ces dernières ne sont pas seulement les mandataires d'autrui.

Cette faiblesse de l'argumentation de *Laband* n'a pas échappé à *Jellinek*.¹⁶³ Mais désireux, comme lui, de conserver à tout prix le caractère d'Etat aux membres de l'Etat fédératif, cet auteur a eu recours à une autre argumentation qui ne lui a pas mieux réussi. Pour lui le droit propre est celui qui n'est soumis à aucun contrôle. Les personnes et les collectivités qui vivent dans l'Etat sont toujours, dans l'exercice de leurs droits, soumises au *jus supremæ inspectionis* de ce dernier, quels que soient l'étendue de ces droits et le degré de liberté dont elles jouissent. Les droits de l'Etat souverain, par contre, ne sont soumis à aucun contrôle quelconque. — Sur ces deux points *Jellinek* a parfaitement raison. Mais il introduit une notion intermédiaire, en déclarant Etat tout être de droit public qui, dans un domaine quelconque, peut se donner des lois *jure proprio*, et en définissant le *jus proprium*: le droit dans l'exercice duquel on est irresponsable, indépendant de tout contrôle. « Le droit propre est un droit que personne ne peut contrôler juridiquement, parce que celui qui le possède n'a, en l'exerçant, à consulter que sa propre volonté. »¹⁶⁴

Définition du *jus proprium* proposée par *Jellinek*.

¹⁶² Quant à la véritable distinction entre le droit propre et le droit délégué, v. infra p. 85.

¹⁶³ *Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 41 et suiv.

¹⁶⁴ *Th. M. Cooley* (A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union. Boston 1871) a aussi développé la notion du „uncontrollable power“ comme trait caractéristique du pouvoir public, mais il attribue avec raison ce caractère au pouvoir souverain, tandis que *Jellinek* le sépare de la souveraineté.

Critique de cette
définition.

Cette argumentation peut être juste en théorie, quoiqu'elle repose sur une définition bien arbitraire du droit propre.¹⁶⁵ Mais elle ne nous dit rien de nouveau, car elle découle tout naturellement de la souveraineté. En revanche, *Jellinek* fait fausse route en l'appliquant aux membres d'un Etat fédératif. Ces membres n'ont pas plus de droits indépendants de tout contrôle que les individus et les corporations publiques dans l'Etat simple.

Pour l'Etat fédératif, comme pour l'Etat simple, la situation juridique est celle-ci : l'Etat souverain détermine les limites de sa compétence et de celle de ses membres et il fixe un certain nombre de règles pour la conduite de ces derniers. Or, chaque acte d'un être inférieur — Etat confédéré,¹⁶⁶ commune ou individu — rentre dans l'une des alternatives suivantes :

Ou bien la personne qui agit dépasse sa compétence. Alors l'être supérieur la fera rentrer dans les limites qui lui sont assignées, ce qui manifeste bien un contrôle de sa part.

Ou bien la personne inférieure agira dans les limites de sa propre sphère. Si dans ce cas elle enfreint une des règles qui lui sont imposées par le pouvoir supérieur, ce dernier interviendra également, *avec raison*, pour faire rentrer son subordonné dans le devoir. Si par contre l'inférieur agit conformément aux lois auxquelles il est soumis et sans dépasser les limites de sa compétence, le souverain s'abstiendra d'intervenir dans son action. Il s'abstiendra, non pas parce qu'il n'a pas le droit de contrôler les actes en question, mais bien parce que ces actes lui sont indifférents, du moment qu'ils restent dans la sphère où la volonté de l'être inférieur a le droit de se mouvoir librement.

Donc quand *Jellinek* invoque le fait que le pouvoir fédéral ne peut intervenir dans le domaine réservé aux Etats particuliers et casser les décisions prises par eux dans les limites de leur compétence, il n'y a là rien de spécial à l'Etat fédératif. Dans l'Etat simple aussi le gouvernement n'a pas le droit d'intervenir dans la marche des affaires communales, tant que les autorités communales se meuvent dans les limites tracées par la loi. Cela ne signifie nullement que l'Etat n'ait pas le droit de contrôle sur les matières déléguées à ces autorités. Cela vient du fait

¹⁶⁵ V. infra, p. 85.

¹⁶⁶ Nous employons le terme d'Etat confédéré pour désigner les membres d'un Etat fédératif et non pas ceux d'une simple Confédération d'Etats.

que l'Etat déclare lui-même que les décisions de ses subordonnés, prises dans les limites fixées par sa volonté, ne regardent pas le gouvernement central, et qu'il ne doit pas s'en mêler. C'est cette restriction volontaire qui forme la base juridique du droit de libre détermination des corps inférieurs. Elle n'infirme en rien le droit de contrôle qui résulte simplement du fait que l'Etat souverain, imposant des lois à ses membres, doit veiller à ce qu'ils s'y conforment dans tous leurs actes. Le droit de contrôle comme l'entend Jellinek ne serait autre chose qu'un pouvoir arbitraire exercé selon le caprice du gouvernement. Dans tout «*Rechtsstaat*» le pouvoir central ne peut intervenir dans les actes des collectivités inférieures que si ces dernières violent la loi ou manquent à leurs devoirs. Or, dans ces deux cas l'Etat fédératif aurait le droit d'agir contre un de ses membres.

Les auteurs sont d'accord sur ce fait que la souveraineté entraîne un droit de contrôle complet de l'être souverain sur les êtres non souverains qui relèvent de lui. Un partisan convaincu de la souveraineté des Cantons suisses, *Rüttimann*,¹⁶⁷ admet que cette souveraineté est compatible avec le droit de la Confédération de les surveiller dans toutes les branches du gouvernement pour réprimer des empiètements sur le domaine fédéral. C'est bien reconnaître que ce contrôle complet existe en réalité. De même *Bluntschli*¹⁶⁸ reconnaît le droit du pouvoir souverain de demander des comptes à tous les autres pouvoirs de l'Etat. *Laband*,¹⁶⁹ *Rosin*¹⁷⁰ et *Gierke*¹⁷¹ se sont eux aussi ralliés à cette idée.

Les faits démontrent également que, sous le rapport du contrôle, il n'existe entre l'Etat fédératif et l'Etat simple aucune différence de principe. Jellinek s'est laissé induire en erreur par le fait que les compétences des Etats confédérés sont plus ou moins grandes selon les domaines, et que, en conséquence, les Constitutions fédérales établissent un contrôle plus ou moins étendu de la part de l'Etat fédératif. Ainsi, pour citer un

¹⁶⁷ *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht*, I, p. 57. V. supra p. 59.

¹⁶⁸ *Lehre vom modernen Staat*, I, p. 575. V. supra p. 29.

¹⁶⁹ *Laband*, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, dans *Marquardsen*, *Handbuch des öffentlichen Rechtes*, vol. II, tome I, p. 23, note 2.

¹⁷⁰ *Rosin*, eod., p. 279.

¹⁷¹ *Gierke* dans *Schmoller*, p. 69. Cet auteur fait remarquer avec raison que la doctrine de *Jellinek* nous ramène forcément au partage de la souveraineté. Comp. *Brie* dans *Grünhut*, p. 99.

exemple, les Cantons suisses doivent demander à la Confédération la sanction de leur Constitution.¹⁷² Ils doivent porter à la connaissance du Conseil fédéral les conventions conclues entre eux,¹⁷³ lui soumettre leurs lois sur la presse,¹⁷⁴ etc. C'est là un contrôle positif qui se manifeste pour chaque acte des Cantons et que ces derniers sont tenus eux-mêmes de provoquer. — Mais la Confédération doit, en outre, veiller à ce que toutes ses volontés soient respectées et exécutées par les Cantons et cela entraîne de sa part un contrôle plutôt négatif, il est vrai, mais s'exerçant dans tous les domaines de leur activité. Les innombrables recours adressés aux autorités fédérales en font preuve. Les citoyens ont le droit d'en appeler à la Confédération, non seulement contre tout acte d'une autorité cantonale contraire à la Constitution et aux lois fédérales (liberté de la presse, liberté d'association, d'établissement, d'industrie, etc.),¹⁷⁵ mais aussi chaque fois qu'ils se croient victimes d'une violation des droits garantis par les Constitutions cantonales, les concordats ou les traités.¹⁷⁶ Cela implique un contrôle fédéral dont les Cantons ne sont exonérés dans aucune branche de la vie publique. Ce contrôle est moins positif que le premier, la Confédération n'agissant généralement que si elle est nantie par un recours, mais il n'en existe pas moins. Il se retrouve dans la même étendue en Allemagne et aux Etats-Unis d'Amérique.¹⁷⁷ On voit donc que l'argument invoqué par *Jellinek* pour distinguer l'Etat non souverain de la commune et des autres collectivités publiques inférieures est condamné par la logique et par les faits.¹⁷⁸

¹⁷² Constitution fédérale suisse de 1874, art. 6.

¹⁷³ Art. 7.

¹⁷⁴ Art. 55. D'autres articles parlent de la „surveillance de la Confédération“, art. 20, al. 1, art. 37, etc.

¹⁷⁵ Art. 55, 56, 45, 31.

¹⁷⁶ Art. 113, 3°.

¹⁷⁷ V. infra, 2^e partie, chap. VII, B.

¹⁷⁸ Pour dénier le caractère d'Etats aux Colonies anglaises, *Jellinek* invoque le fait que les actes de leurs Parlements peuvent être cassés par la Couronne. Mais une telle mesure suppose évidemment que l'acte qui subit un pareil sort est illégal et dans ce cas les autorités fédérales ont exactement le même droit vis-à-vis de toute mesure décrétée par les autorités d'un Etat particulier. Si, par contre, ces dernières se maintiennent dans les limites de leur compétence — en décrétant des mesures et en remplissant leurs fonctions, elles ne font que se conformer à la volonté de l'Etat fédératif lui-même qui leur a assigné ces fonctions, et une intervention de sa part ne serait pas un acte de contrôle, mais un abus de pouvoir injustifiable.

Du reste, il est facile de reconnaître que *Laband* et *Jellinek* ont donné du droit propre une définition arbitraire qui ne répond ni à la notion ordinaire de ce droit, ni aux faits concrets. En effet, le *jus proprium* n'est pas celui qu'on ne peut pas vous enlever, puisque la propriété peut être expropriée. Ce n'est pas non plus le droit né dans la personne qui l'exerce, puisque les modes dérivés d'acquisition de la propriété sont plus nombreux et plus fréquents que les modes originaires. Ce n'est également pas un droit que personne ne peut contrôler, car à ce taux-là il n'y aurait de droits propres que ceux de l'Etat souverain, chaque droit étant contrôlé dans son exercice par l'existence de droits égaux.¹⁷⁹ De même le fait qu'un droit est exercé sans contrôle n'en fait pas un *jus proprium* de celui qui l'exerce.¹⁸⁰

Véritable notion
du *jus proprium*.

La notion du droit propre se rattache tout simplement à celle de la propriété. Le droit propre est celui qui vous appartient, le droit étranger est celui que vous exercez pour une autre personne, à laquelle il appartient.¹⁸¹ Il en résulte que l'on ne peut pas dire que l'Etat seul a des droits propres et que les communes et les individus n'en ont pas. Au fond tout sujet de droit a des droits propres, car sans cela il ne serait pas sujet de droit.¹⁸²

Réfutation du cri-
tère du *jus pro-
prium*.

Il n'y a donc pas d'opposition entre le droit propre et le droit dérivé, et la différence entre le droit propre et le droit délégué n'est pas celle que *Laband* a cherché à établir. En résumé, toutes les longues dissertations que l'on a écrites sur le *jus proprium* ne sont pas de nature à justifier la moindre distinction entre l'Etat non souverain et la commune, l'Etat fédératif et l'Etat simple.

2° La notion du *jus proprium* nous amène à parler d'un autre argument que *Jellinek* a invoqué en faveur de sa thèse et que nous avons déjà indiqué plus haut.¹⁸³ Suivant cet auteur, les personnes et les collectivités inférieures sont liées

Critère d'après
lequel la commune
est toujours
obligée par la
volonté de l'Etat,
tandis que l'Etat
non souverain pos-
sède un domaine
dans lequel il n'est
déterminé que par
lui-même.

¹⁷⁹ Ainsi le propriétaire est contrôlé dans sa propriété par l'ayant-droit d'une servitude, le débiteur par son créancier, etc.

¹⁸⁰ Les tribunaux, bien qu'indépendants de tout contrôle, n'exercent pas des droits propres, mais des droits qui leur sont délégués par l'Etat.

¹⁸¹ Ainsi les droits exercés par le tuteur pour le pupille sont propres au dernier et délégués au premier.

¹⁸² Voir sur toute cette matière les excellentes remarques de *Rosin*, p. 277—284, et de *Gierke* dans *Schmoller*, p. 67—69.

¹⁸³ V. *supra*, p. 40—42.

dans toutes leurs actions par la volonté de l'Etat. L'Etat non souverain, par contre, possède un certain domaine dans lequel il n'est déterminé que par sa propre volonté.

Réfutation de ce
critère.

Cette assertion est complètement arbitraire et contraire aux faits. Comment, quand l'homme se marie ou quand il achète une maison, il exécute la volonté de l'Etat? Oui, dit *Jellinek*, puisqu'au fond c'est le droit, c'est-à-dire la volonté de l'Etat, qui donne à ses actions leur portée et leurs conséquences juridiques. — C'est bien subtil de conclure de ce fait que l'individu n'a pas de volonté à lui, et qu'il est en tout et partout obligé par celle de l'Etat. Bien mieux, c'est contraire aux idées de *Jellinek* lui-même. Cet auteur prétend que, dans tous ses actes, l'individu est obligé exclusivement par le droit objectif. Mais à ce taux-là, en matière de traités internationaux, c'est le droit international qui lie les Etats souverains et non leur propre volonté! Donc les Etats souverains sont aussi obligés exclusivement par un pouvoir supérieur qui est le droit international! Or, *Jellinek* reconnaît expressément le contraire, à savoir que les obligations internationales des Etats reposent sur leur propre volonté.¹⁸⁴

Nous le répétons: cette manière de voir est artificielle et arbitraire. En fait, dans les contrats de droit privé, l'individu est libre et c'est sa propre volonté qui l'oblige. Le droit n'intervient que pour donner à cette volonté les conséquences juridiques qu'elle comporte. En ayant recours à son argumentation insoutenable, *Jellinek* n'avait pas d'autre but que de prouver la possibilité d'Etats non souverains, et de sauvegarder par là le caractère d'Etats des membres de l'Etat fédératif. Il voulait établir les distinctions suivantes: L'individu et les collectivités inférieures sont exclusivement liés par la volonté d'autrui. L'Etat non souverain est lié en partie par la volonté d'autrui, en partie par la sienne propre. L'Etat souverain n'est lié exclusivement que par sa propre volonté. — Nous venons de voir que la première de ces assertions est erronée: il en résulte qu'à ce point de vue il n'y a pas de différence juridique entre l'individu, la commune et l'Etat non souverain, et que ce n'est pas ainsi que l'on peut conserver à ce dernier le caractère d'Etat.

¹⁸⁴ Cf. *Rosin*, eod., p. 266. — *Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Konstruktion des Völkerrechtes, Vienne 1880.

3° Avant de passer à un autre ordre d'idées, nous devons signaler brièvement une dernière inconséquence à laquelle *Jellinek* se laisse entraîner par sa doctrine de l'Etat non souverain. Dans son ouvrage remarquable sur les associations d'Etats, cet auteur a démontré d'une manière irréfutable que l'Etat, qui est la source du droit public, ne peut pas naître en vertu d'une disposition de ce droit; que la genèse de l'Etat appartient au domaine des faits et se trouve au-dessus de toute qualification juridique. Nous n'avons pas à développer ici cette idée qui est éminemment vraie et par laquelle *Jellinek* a fait faire un grand progrès à la doctrine de l'Etat fédératif. Nous nous bornerons à constater qu'elle est en pleine contradiction avec la manière dont cet auteur explique la création de l'Etat non souverain. Nous lisons, en effet, dans son ouvrage, d'un côté que la naissance de l'Etat est un fait qu'il est *impossible de qualifier juridiquement*,¹⁸⁵ de l'autre que l'Etat non souverain ne peut naître que par la volonté de l'Etat souverain, c'est-à-dire *par une disposition du droit public*¹⁸⁶ de ce dernier. Comment concilier ces deux assertions diamétralement opposées l'une à l'autre?

Critère tiré de la genèse de l'Etat. Contradiction sur laquelle il repose.

Le fait est que sur ce point aussi il n'y a aucune différence entre l'Etat non souverain et les autres collectivités inférieures du droit public. *Jellinek* fait observer que les membres de l'Etat fédératif subissent en droit une transformation analogue à celle qui a lieu lorsque l'Etat qui annexe une province en sanctionne la Constitution.¹⁸⁷ Lorsqu'en 1809 la Finlande fut cédée par la Suède à la Russie,¹⁸⁸ sa Constitution provinciale fut confirmée par le Czar. En fait, cette Constitution n'a donc subi aucun changement. En droit, elle a cessé d'exister pour être ressuscitée par la volonté du souverain russe et elle repose maintenant sur cette volonté. Or, ajoute *Jellinek*¹⁸⁹ avec beaucoup de raison, c'est exactement ainsi que l'on doit expliquer juridiquement l'existence des membres de l'Etat fédératif. C'est démontrer d'une manière irréfutable la thèse que nous défendons et que condamne *Jellinek*, à savoir que sur ce point encore il n'y a

Réfutation de ce critère.

¹⁸⁵ P. 262.

¹⁸⁶ P. 46.

¹⁸⁷ P. 281.

¹⁸⁸ Par le traité de paix de Friederichshamm, du 5/16 septembre 1809.

¹⁸⁹ Loc. cit. cf. p. 70 et 71.

aucune différence entre l'Etat fédératif et l'Etat simple, entre la commune et l'Etat non souverain.

Critère tiré de la
raison d'être su-
prême de l'Etat.

4° De même que la genèse de l'Etat ne se laisse pas réduire en une formule juridique, de même son existence est au-dessus de toute disposition du droit positif. Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que la raison d'être de l'Etat est sa loi suprême. Ainsi nous lisons dans *Jellinek* : ¹⁹⁰ « Le trait qui distingue l'Etat de toutes les autres formes de communauté humaine, c'est que vis-à-vis de lui, ses membres *n'ont pas de raison d'être absolue, de droit absolu à l'existence* (absolute Berechtigung). C'est lui qui détermine la mesure et les limites de leur liberté juridique, et l'étendue de son pouvoir ne dépend pas de leur caprice et de leur bonne volonté. » En d'autres termes, l'Etat n'existe pas en vue et au profit de tel ou tel individu, de telle ou telle corporation; il existe pour la nation entière, passée, présente et à venir. Il est éternel et sa propre conservation est la loi suprême devant laquelle tous ses membres doivent s'incliner. Il en résulte qu'en cas de conflit, ces derniers sont obligés de céder, même s'il y va de leur propre existence. Ils doivent subir leur propre anéantissement et se sacrifier pour le principe supérieur de l'existence de l'Etat.

Réfutation de ce
critère.

Ce critère d'une suprême raison d'être est-il applicable à l'Etat non souverain? Absolument pas. Tous les partisans de la souveraineté fédérale exclusive reconnaissent que les membres de l'Etat fédératif n'ont aucun droit absolu vis-à-vis de lui et qu'il peut les absorber par voie de révision constitutionnelle. Ainsi *Laband* ¹⁹¹ admet que les Etats allemands n'ont leur droit que *precario*, c'est-à-dire grâce à la tolérance de l'empire. *Jellinek* ¹⁹² va plus loin et arrive à la conclusion logique que tous les droits des Etats non souverains reposent, au fond, sur la volonté de l'Etat souverain, et qu'en ce sens les premiers doivent leur pouvoir et même leur existence à ce dernier. — S'il en est ainsi, peut-on dire d'eux, comme nous l'avons dit de l'Etat souverain, qu'ils possèdent une raison d'être suprême, un droit absolu à l'existence qui ne dépend de personne et qui est au-dessus de toute loi positive? Non, ce droit n'existe plus pour

¹⁹⁰ P. 261.

¹⁹¹ Staatsrecht, I, p. 106.

¹⁹² P. 44—46; cf. aussi p. 304.

eux ; il a fait place au devoir de se sacrifier, au besoin, pour un être supérieur. Le membre de l'Etat fédératif qui voudrait sortir de l'Union ou lui résister en invoquant le besoin de sa propre conservation, commettrait une trahison envers un Etat supérieur. Il se rendrait passible d'une exécution fédérale et de pénalités comme un département ou une commune dans l'Etat simple.

C'est précisément ici que se montre le véritable danger de la doctrine que nous critiquons. En créant deux Etats sur le même territoire, on crée aussi deux patriotismes et par là on anéantit la force de ce sentiment. En effet, l'Etat, être en principe illimité et universel, tend toujours à étendre ses attributions et à se débarrasser des entraves qu'il peut rencontrer sur sa route. Traiter en Etats les membres de l'Etat fédératif, c'est justifier de leur part une politique particulariste et anti-nationale, et c'est remplacer par un antagonisme aussi contraire à l'esprit du droit public fédéral que regrettable dans la pratique l'union intime dans laquelle l'Etat fédératif et ses membres doivent travailler à l'accomplissement de leur tâche. On expose ainsi les citoyens à des conflits de sentiments que la nature souveraine de l'Etat fédératif devrait rendre impossibles. Or, le patriotisme, en tant que dévouement absolu à la collectivité suprême, n'admet pas un tel partage. Chez nous, en particulier, l'attachement cantonal doit rester au-dessous du patriotisme fédéral, comme l'amour du Toscan ou de l'Andalou pour sa province doit céder le pas devant le devoir supérieur envers la patrie entière. Ici encore les membres de l'Etat fédératif n'apparaissent plus comme de véritables Etats, ici encore il n'y a aucune différence de principe entre eux et les collectivités inférieures de l'Etat simple.

Les arguments que nous venons d'examiner sont tous basés sur la conception du droit public que nous avons préconisée plus haut.¹⁹⁸ Ils procèdent tous de la notion du droit de domination (Herrschaftsrecht) et c'est dans la nature des droits et des pouvoirs de l'Etat non souverain et de la commune qu'ils cherchent à établir une différence entre ces deux espèces de collectivités publiques.

Critères tirés d'un autre ordre d'idées, et se rattachant à la notion du but de l'Etat.

Les arguments que nous allons maintenant passer en revue reposent sur une autre conception du droit public. Ils tiennent tous plus ou moins à la notion du but comme la déterminante

¹⁹⁸ V. supra p. 32 et 48.

de l'Etat et des associations d'Etats. En d'autres termes, au lieu de chercher la différence que l'on veut établir entre l'Etat non souverain et les autres collectivités inférieures dans leur situation juridique vis-à-vis de l'Etat souverain et dans la nature de leurs droits respectifs, on la cherche dans leur vocation et par conséquent dans l'étendue de leurs compétences.

Objections à faire
à ce nouvel ordre
d'idées.

On pourrait tout d'abord objecter à ces nouveaux arguments qu'introduire dans une discussion purement juridique la notion tout étrangère du but, ce n'est pas résoudre la difficulté, c'est l'aggraver, ce n'est pas éclairer la question, c'est lui faire faire un véritable recul. Dans l'étude de l'Etat fédératif les auteurs ont cherché avant tout à appliquer une méthode strictement juridique, à n'opérer qu'avec des arguments tirés du droit et de la logique. Nous avons comme modèle le droit privé que l'on a élevé à la hauteur d'une science. Il nous faut suivre l'exemple des jurisconsultes auxquels est dû ce résultat. Dans tous les faits que nous étudions ici, il faut séparer l'élément juridique des éléments non juridiques et baser l'argumentation exclusivement sur le premier. Ainsi nous sommes partis du principe que l'élément juridique commun à tous les droits publics est l'élément de puissance, de domination sur des hommes libres. La commune a le droit d'obliger les citoyens, la province celui d'obliger les communes, l'Etat celui d'obliger tous ses membres. La notion du «Herrschaftsrecht» est donc l'élément juridique commun à tout droit public, et c'est sur elle, et sur elle seule, que nous devons baser le système de l'Etat, en tenant compte des différents degrés qu'elle comporte et des rapports de superposition, de coordination et de subordination avec lesquels elle se combine. C'est seulement ainsi que l'on peut arriver à une conception juridique de l'Etat et, en particulier, à une notion satisfaisante de l'Etat fédératif et de la souveraineté.

Introduire dans ce système exclusivement juridique la notion étrangère du but, c'est y amener la confusion et rendre impossibles les distinctions nettes et précises qu'il comporte. Ainsi, en droit privé, il n'est venu à l'idée d'aucun juriste d'analyser la propriété selon ses buts. Cette étude rentre dans l'économie politique et la sociologie. Le droit ne considère la propriété que comme la domination d'un être sur une chose; le but de cette domination lui est parfaitement indifférent. L'ancienne distinction entre le *dominium utile* et le *dominium directum* est aujourd'hui aban-

donnée. Le droit de propriété est le même, que le propriétaire s'en serve ou ne s'en serve pas, qu'il en use dans un but économique ou qu'il en use dans un but de luxe. De même, l'élément de but n'a rien à faire dans la notion juridique de l'Etat.

Ces objections nous semblent être fort justes, mais les auteurs qui représentent le point de vue opposé pourront toujours répondre qu'elles n'entament pas le fond de la question. Il resterait, en effet, à décider si, pour étudier l'Etat et les diverses formes de combinaisons d'Etats, il vaut mieux se placer au point de vue formaliste du *Herrschaftsrecht* ou au point de vue plutôt matérialiste du but. C'est là une question qui rentre dans la philosophie du droit et que nous n'avons pas à discuter ici. Quoique partisan convaincu de la première manière de voir, nous pouvons d'autant plus facilement passer à l'examen des arguments invoqués par nos adversaires que cet examen fournira la preuve complète de la thèse que nous soutenons, à savoir qu'il n'y a aucune différence absolue entre l'Etat non souverain et la commune, et qu'en enlevant l'élément de la souveraineté à la notion juridique de l'Etat, on supprime par là la seule barrière qui le sépare complètement des autres collectivités du droit public.

Réponse que l'on peut faire à ces objections.

En effet, si l'on veut déterminer les collectivités publiques selon le but qu'elles poursuivent, on n'aboutit à établir que deux catégories bien distinctes de collectivités : celles qui ont un but illimité en principe et celles dont le but est restreint ; en d'autres termes celles qui ont une vocation universelle et celles qui n'ont qu'une somme de buts isolés.

Seule distinction que l'on puisse établir entre les collectivités publiques en se plaçant au point de vue de leur but.

Les collectivités de la première espèce sont les Etats souverains. L'Etat souverain est l'organisation suprême d'une collectivité humaine qui forme une entité parfaite. Il est la personne complète, autarke par excellence. C'est à lui de réaliser, seul ou avec des collaborateurs qu'il s'adjoit, toutes les aspirations nationales et tous les buts collectifs qui se dégagent de la vie commune. De là l'universalité de son but¹⁹⁴ qui ne saurait jamais être fixé d'une manière définitive, mais qui, illimité et incommensurable en principe, s'étend ou se restreint selon l'état de la civilisation et les besoins de l'époque. Pour nous l'Etat n'est pas une simple somme de pouvoirs assemblés mécaniquement dans le cours de l'histoire, ni une vaste compagnie d'assurances qui nous

¹⁹⁴ MM. *Hornung* et *Gentet* à leurs cours.

accorde le bénéfice de certains services publics et nous protège contre le crime, l'invasion étrangère et d'autres fléaux, moyennant une prime appelée impôt: il est un être vivant dont la mission est de réaliser et de développer la vie commune d'une nation entière et il a en lui-même vocation pour remplir tous les buts, exercer tous les moyens et posséder toutes les compétences que cette vie nationale comporte dans le cours de l'histoire. En effet, l'universalité du but entraîne l'universalité des pouvoirs et des compétences nécessaires pour le remplir, et ces considérations nous amènent ainsi tout naturellement à reconnaître, comme nous l'avons déjà fait plus haut, que l'Etat souverain a la « compétence de la compétence » vis-à-vis de toutes les collectivités inférieures qu'il embrasse.

Or, tout ce que nous venons de dire ne s'applique évidemment qu'à l'Etat souverain, et en particulier à l'Etat fédératif. Les membres de ce dernier n'ont qu'un but restreint, ils ne sont plus que des personnes incomplètes, ils ne représentent pas la vie entière de la nation, mais seulement les besoins locaux des parties dont elle se compose. Quelque nombreuses que soient ses attributions, l'Etat non souverain n'a pas de compétence entière: il est restreint dans ses buts par la volonté de l'Etat souverain et par sa nature même qui est de ne représenter qu'une partie dans un tout.

Revue critique des arguments basés sur le point de vue du but et tendant à établir une différence entre l'Etat non souverain et la commune.

Cela posé, on conçoit aisément qu'il n'y ait plus de limites précises entre l'Etat non souverain et les communes. Entre les collectivités dont le but est limité on ne peut pas établir une distinction absolue, mais seulement une différence de plus ou de moins, qui varie à l'infini selon les pays et selon les époques et qui est incapable de servir de base à une argumentation juridique. Pour nous en convaincre, il suffit de passer rapidement en revue les distinctions que l'on a voulu établir entre l'Etat non souverain et les autres collectivités inférieures du droit public.

Critère présenté par Rosin et Brie.

1° Deux auteurs allemands, *Rosin*¹⁹⁵ et *Brie*¹⁹⁶ estiment que c'est la différence du but qui distingue *toto genere* les membres d'un Etat fédératif de simples communes. *Rosin* dit: L'Etat réalise tous les intérêts nationaux, la commune, par contre, n'a à satisfaire qu'aux besoins restreints résultant de la proximité des

¹⁹⁵ Dans *Hirth's Annalen* 1883, p. 291 et suiv.

¹⁹⁶ Dans *Grünhut* XI, p. 154.

héritages et de la vie locale.¹⁹⁷ De même *Brie* déclare que le pouvoir de l'Etat est *universel en principe* et que ce fait établit une différence de qualité (en opposition à une simple différence de quantité) entre sa compétence et celle des collectivités inférieures.

Cet argument ne soutient pas un examen approfondi. Dès que l'on abandonne la seule distinction qu'il est possible de faire en se plaçant au point de vue du but — à savoir celle entre les êtres dont le but est universel et les êtres dont le but ne l'est pas — on tombe dans l'arbitraire le plus complet. En réalité, il n'y a pas deux Etats au monde qui poursuivent actuellement un but exactement pareil dans son étendue, depuis les Etats américains qui laissent la plus grande latitude possible à l'activité des citoyens jusqu'aux Etats paternels de l'Europe qui ne laissent que peu d'essor à une initiative privée. De même, en théorie, nous avons toutes les opinions possibles entre ceux pour lesquels le but de l'Etat se restreint à protéger le pays contre l'étranger et à faire respecter le droit à l'intérieur, et les socialistes qui voudraient absorber la vie entière des individus dans les grands rouages collectifs.

Réfutation de ce critère.

Pour en revenir à *Rosin*, où commence la notion des buts nationaux et où commence la notion des buts locaux? Où finit chacune d'elles? Où est la limite entre ces deux catégories? Comment les séparer dans un Etat qui se compose d'une seule ville? Peut-on dire que le Canton auquel la Confédération suisse a déjà enlevé toutes les attributions générales et auquel elle peut prendre toutes les autres du jour au lendemain,¹⁹⁸ poursuit des buts *nationaux* et que la province douée d'une autonomie¹⁹⁹ et d'une self-administration complète ne poursuit que des buts

¹⁹⁷ *Rosin* paraît oublier que dans toute cette discussion le mot commune est employé, non pas dans le sens spécial qui lui est propre, mais pour désigner en général toutes les collectivités qui sont au-dessous de l'Etat. Le même auteur reproche (p. 149) à *Jellinek* d'avoir classifié les personnes juridiques, non d'après leur but, mais d'après la base juridique sur laquelle elles reposent. Il cite à l'appui une remarque de M. *Hornung* (Revue de droit international XV, p. 302): „En général il nous semble que Mr. *Jellinek* n'a pas assez tenu compte du but comme étant la déterminante de l'Etat et des combinaisons entre Etats.“ — Nous allons voir à quel résultat aboutit l'essai de classifier les collectivités non souveraines selon leur but.

¹⁹⁸ Cela en droit. En fait tous les auteurs s'accordent à reconnaître que l'Etat fédératif n'a pas cette tendance.

¹⁹⁹ Nous entendons par autonomie les compétences législatives d'une collectivité non souveraine. V. infra 2^e partie, chap. VII, B. II.

locaux? Les colonies anglaises ont des compétences encore plus étendues que nos Cantons et pourtant on ne les considère pas en droit comme des Etats, mais seulement comme des parties de l'Empire britannique.²⁰⁰ Il en est de même des provinces autrichiennes qui, bien qu'ayant des pouvoirs aussi complets que les membres d'un Etat fédératif, ne sont pas elles-mêmes des Etats.²⁰¹

La notion du but national²⁰² est donc employée arbitrairement par *Rosin*. Avant de l'appliquer aux Etats non souverains, il faudrait être d'accord sur la notion de la nationalité et l'on sait que, sur ce point, chaque auteur a ses opinions personnelles.²⁰³

Un exemple frappant suffira pour démontrer combien, dans la pratique, la limite est vacillante entre les buts appelés nationaux et les buts appelés locaux. Selon une opinion très populaire, bien que peu représentée dans le monde des juristes, la création du droit est un but essentiellement national et c'est la possibilité d'avoir un droit propre qui distingue l'Etat d'une simple province.²⁰⁴ Il suffit de consulter les faits pour pouvoir apprécier la valeur juridique de cette idée. Le Jura bernois a une autre législation civile que le reste du canton de Berne. Le canton de Schwytz a plusieurs droits de famille différents.²⁰⁵ Les provinces espagnoles ont été pendant longtemps dans le même cas. La Toscane a

²⁰⁰ „A part of the British Empire“, art 132, British Northamerica Act, 30 et 31 Victoria, c. 3 (29 mars 1867). V. supra p. 84, n. 178. A l'encontre de cette loi, les provinces du Canada ont des Chambres législatives spéciales qui, outre leurs compétences étendues, possèdent le droit de ratifier ou de rejeter certaines décisions du parlement central. Cf. *Jellinek* p. 56 et v. infra 3^e partie, III^e anexe, I.

²⁰¹ Cf. *Jellinek*. Lehre von den Staatenverbindungen, p. 43.

²⁰² En vérité, si l'on veut parler de buts nationaux, c'est à l'Etat fédératif seul qu'on doit les attribuer, car ses membres ne représentent que les intérêts particuliers d'une fraction du peuple entier.

²⁰³ M. *Hornung* (cours de droit international) considèrerait les Cantons comme des représentants de nationalités différentes. A ce taux-là, l'Espagne devrait former autant d'Etats qu'elle a de provinces, car les Basques, les Castillans, les Andalous etc. sont plus séparés les uns des autres que le Genevois du Valaisan, le Bernois du Glaronnais, etc.

²⁰⁴ Ainsi M. *Hornung* estimait que l'unification de droit projetée en 1872 aurait fait de la Suisse un Etat unitaire. (V. la brochure citée supra p. 55, n. 119.)

²⁰⁵ Cf. l'ouvrage très intéressant de M. le Dr *C. Lardy*, ministre suisse à Paris, sur les législations civiles des Cantons suisses en matière de droit de famille, spécialement p. 65 et suiv., p. 201 et suiv.

encore aujourd'hui un code pénal particulier. D'un autre côté le droit civil, le droit commercial et le droit pénal rentrent en Allemagne dans le domaine de la législation fédérale, et chez nous l'unification du droit, déjà réalisée dans plusieurs domaines considérables, n'est plus qu'une question de temps.

Il faut donc reconnaître que la distinction établie par *Rosin* est aussi arbitraire en théorie qu'inexacte en pratique. Il est impossible de baser des catégories juridiques précises sur des limites de faits qui vacillent constamment et qui diffèrent selon les pays et selon les époques. Aussi un jurisconsulte distingué, qui n'est pas ami de la méthode formaliste critiquée par *Rosin*, le professeur *Gierke*, n'a-t-il pas hésité à condamner l'essai de cet auteur.²⁰⁶

Il en est de même de l'argument invoqué par *Brie*. Dire que l'Etat non souverain a une compétence « universelle en principe » (prinzipiell allseitig²⁰⁷) et que la province autonome n'a pas la même compétence, c'est se mettre en contradiction avec la logique et les faits. Du moment que l'Etat non souverain a un Etat souverain au-dessus de lui, il est restreint par ce dernier dans sa nature, dans ses buts, dans ses pouvoirs et dans ses compétences. La question de savoir s'il peut étendre ses compétences vis-à-vis des êtres qui lui sont subordonnés, dépend du degré de pouvoir que l'Etat souverain lui a remis. Dans tous les cas, ce droit peut exister aussi bien au profit d'une province dotée du self-government qu'au profit des membres de l'Etat fédératif. En revanche, vis-à-vis de l'Etat souverain l'Etat non souverain ne peut pas agrandir sa compétence. Cette dernière est nécessairement restreinte et peut l'être chaque jour davantage par la volonté de l'Etat souverain. Il n'y a donc, sur ce point, aucune différence entre l'Etat fédératif et l'Etat simple et l'assertion de *Brie* paraît dénuée de toute valeur réelle.

2° Aux auteurs qui classifient les collectivités publiques selon leurs buts se rattachent naturellement ceux qui les classifient suivant leur organisation et leurs compétences.²⁰⁸ Mais l'organisation

Auteurs qui distinguent les collectivités publiques selon leur organisation et leurs compétences.

²⁰⁶ *Gierke* dans *Schmoller*, p. 70 et 99.

²⁰⁷ Loc. cit.

²⁰⁸ C'est à ce point de vue que se placent plusieurs auteurs pour distinguer entre la Confédération d'Etats et l'Etat fédératif. V. *Blumer-Morel*, I, p. 171 et suiv. *L. Snell*, Handbuch des schweizerischen Staatsrechts, Zürich 1839, 2 vol., I, p. XXI.

d'une collectivité dépend des buts qui lui sont assignés et du rôle qu'elle joue dans l'Etat. Les provinces autrichiennes ont des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires comme les Cantons suisses. Les compétences tiennent également au but des collectivités auxquelles elles appartiennent, et comme ces buts, elles varient selon les pays et selon les époques.

Critère de la personnalité internationale de l'Etat non souverain.

3^o Une question qui tient étroitement à l'étendue des compétences accordées par l'Etat souverain aux collectivités non souveraines est celle de savoir si ces dernières ont une personnalité internationale. A ce sujet, *Jellinek* a cherché à démontrer que les membres de l'Etat fédératif ont le caractère d'Etats par une argumentation qui ne lui a guère réussi. « Les Etats confédérés, dit-il, sont comme tels des sujets de droit international. Or le droit international ne reconnaît cette qualité qu'à des Etats. Donc les membres de l'Etat fédératif sont des Etats. »²⁰⁹

Réfutation de ce critère.

Cette assertion est tout à fait arbitraire.²¹⁰ La thèse que l'Etat seul a une personnalité internationale n'est écrite dans aucun texte positif. C'est une simple phrase employée par les auteurs qui écrivent sur cette matière et qui ne répond nullement à la réalité. En effet, le Dominion du Canada, l'Empire des Indes, les Colonies australiennes, bien que de simples provinces²¹¹, selon les auteurs, ont accédé individuellement à l'Union postale universelle.²¹² Ces pays envoient leurs propres représentants aux Congrès postaux; ils y votent indépendamment de l'Angleterre et ils ont le droit de conclure des conventions postales particulières avec des Etats étrangers. Or, l'Union postale universelle est une institution internationale.²¹³ Les conventions conclues dans ses congrès sont des actes diplomatiques et les délégués qui les signent sont des plénipotentiaires, comme les diplomates qui ont conclu le Traité

²⁰⁹ P. 49.

²¹⁰ Ainsi *Brie* (eod. p. 94) dit : « Un fait très important à constater, c'est que la théorie et la pratique du droit international s'accordent à reconnaître comme Etats les Etats non souverains », et il cite nombre d'auteurs à l'appui de cette remarque. Mais il est forcé d'ajouter que ces auteurs attribuent une certaine souveraineté aux collectivités que *Brie* déclare avec raison n'être pas souveraines ! Or, si l'autorité de ces écrivains est si importante sur le premier point, pourquoi ne le serait-elle pas aussi bien sur le second ?

²¹¹ *Jellinek*, p. 65 et suiv.

²¹² Les Colonies australiennes n'ont pas encore adhéré à cette Union et le Gouvernement anglais n'a pas la compétence de les y contraindre.

²¹³ Cf. *Jellinek*, p. 158 et suiv.

de Vienne ou celui de Berlin. Bien plus, l'Union générale des télégraphes compte parmi ses membres des sociétés télégraphiques, qui ont par là même une existence et une personnalité internationales. En revanche, les Etats de l'Amérique du Nord ne peuvent contracter aucun traité avec une puissance étrangère sans le consentement du Congrès. Aussi *Jellinek* ²¹⁴ ne trouve-t-il pas d'autre argument à l'appui de sa thèse que de dire que ces Etats n'ont malgré tout pas *entièrement perdu* leur existence internationale. C'est ramener le point de vue historique dans le domaine du droit et *Jellinek* a si bien condamné ce procédé que nous n'avons qu'à le renvoyer à ses propres doctrines.

En vérité, la personnalité internationale tient à la compétence internationale. Pour l'Etat souverain, cette compétence découle naturellement du seul fait de son existence comme Etat; pour toutes les collectivités non souveraines — membres d'un Etat fédératif ou provinces d'un Etat unitaire — elle repose uniquement sur la volonté de l'Etat souverain. *Jellinek* a fort bien démontré ²¹⁵ que tous les corps non souverains sont des créations de l'Etat souverain. En les organisant, ce dernier peut leur attribuer une compétence internationale aussi bien qu'une compétence intérieure. Ainsi l'Empire allemand a remis aux Etats particuliers le droit de conclure certains traités, d'accréditer et de recevoir des représentants diplomatiques, ²¹⁶ etc. — Les Constitutions fédérales suisse et américaine ont accordé aux Etats confédérés le droit de conclure certains traités avec l'étranger, mais ces traités ne peuvent concerner que des matières d'importance secondaire et ils sont soumis à la ratification de l'Etat fédératif. ²¹⁷ Ces dispositions ont été dictées par des considérations d'utilité pratique et de politique générale, comme celles qui ont

²¹⁴ P. 49.

²¹⁵ V. *infra* 2^e partie, chap. V et VII.

²¹⁶ Cf. *Laband* dans *Marquardsen*, p. 115 et suiv. C'est ici que se révèle bien la dépendance du droit international vis-à-vis des exigences de la politique. La Constitution allemande ne sanctionne qu'implicitement ce dernier droit (*Laband*, eod. p. 119), qui s'explique avant tout par le fait que les membres de l'Empire sont pour la plupart des monarchies. On a voulu (et cela est bien naturel) conserver aux monarques allemands, autant que possible, le nom et le prestige extérieur de la souveraineté internationale.

²¹⁷ Constitution fédérale suisse, art. 9 et art. 102, § 7, cf. art. 85, § 5. Constitution américaine, art. I, section 10, alinéa 3. Cf. *Rüttimann*, II, §§ 352—378.

réglé la question de savoir quel pouvoir et quelles attributions l'Etat souverain veut assigner aux collectivités qu'il s'adjoit comme collaborateurs. La personnalité internationale de l'être non souverain n'est donc pas un fait primordial comme celle de l'être souverain. Elle découle, non pas de sa nature juridique, comme le croit *Jellinek*, mais bien des compétences qu'il reçoit de ce dernier.²¹⁸

Un Etat fédératif pourrait fort bien enlever toute compétence internationale à ses membres, sans devenir par là un Etat unitaire. De même nombre de collectivités auxquelles *Jellinek* refuse avec raison le caractère juridique d'Etats, sont des sujets de droit international, parce que l'Etat souverain dont ils relèvent, leur a accordé une certaine compétence dans ce domaine.²¹⁹

Conséquences erronées qui ont été déduites de ce critère.

L'introduction du droit international dans la question qui nous occupe ici a entraîné *Jellinek* à des conséquences qui ne sont pas non plus absolument exactes. Ainsi cet auteur estime que, sauf dispositions contraires, les traités conclus entre Etats confédérés doivent être jugés selon les principes du droit international.²²⁰ Cette assertion n'est pas très juste. Sauf disposition contraire, les traités de cette nature sont soumis aux lois de l'Etat fédératif qui se rapportent à la matière de ces traités. Ainsi un acte de vente entre deux Cantons, par exemple, tomberait sous l'application du Code fédéral des obligations. De même le Conseil fédéral suisse veille à l'exécution des concordats fédéraux (Constitution fédérale, art. 102, al. 2) et chaque Canton peut réclamer la coopération des autorités fédérales pour assurer cette exécution (art. 7, al. 2). Ajoutons encore que la nécessité

²¹⁸ La compétence internationale des Cantons suisses est basée exclusivement sur l'art. 9 précité de la Constitution fédérale, c'est-à-dire sur la permission de la Confédération. En concluant des traités internationaux, ils ne manifestent pas une personnalité qui leur soit innée, mais une personnalité qui leur est accordée par cette dernière. Ils agissent *jussu status summi* comme le fils de famille romain agissait *jussu patris*.

²¹⁹ V. les exemples cités supra p. 96.

²²⁰ Sur ce point il invoque l'opinion de *Dubs* (II, p. 39), mais il oublie que cet auteur revendique pour les Cantons suisses une souveraineté au moins égale à celle de la Confédération, qu'à ses yeux les conflits entre ces deux souverainetés ont la nature de „*différends contractuels*“ et que la fixation des compétences respectives est aussi affaire d'entente commune entre elles! V. infra 2^e partie, chap. II et III. Or, *Jellinek* ne songe certainement pas à adopter cette doctrine.

pour les Cantons de soumettre tous leurs concordats à l'approbation des autorités fédérales n'est pas du tout conforme aux règles du droit international, que *Jellinek* veut appliquer dans cette matière. Ce n'est qu'à défaut de lois positives de l'Etat fédératif que l'on applique les principes du droit contractuel ordinaire. Et encore cette application n'a-t-elle pas lieu par voie d'arbitrage — le seul mode que le droit international connaisse pour régler pacifiquement des conflits ²²¹ — mais par des autorités fédérales.

Quant aux contrats conclus entre un Etat confédéré et un Etat étranger, ils relèvent du droit international, il est vrai, mais en cas de contestation, c'est l'Etat fédératif lui-même qui entre immédiatement en scène pour représenter l'Etat confédéré, de même qu'en droit romain le *pater* représentait la personnalité juridique de son fils.

Jellinek ²²² invoque aussi en passant le fait que les collisions entre les lois des Etats confédérés sont réglées par le droit international privé. Ce fait n'est pas spécial à l'Etat fédératif: il résulte simplement de ce que ces Etats ont des droits différents et il se retrouve aussi dans chaque Etat simple dont les provinces ont un droit particulier. En revanche, les règles ordinaires du droit international privé ont été considérablement modifiées par les principes du droit fédéral. Ainsi la Constitution fédérale suisse, art. 61, déclare les jugements civils rendus dans un Canton exécutoires dans toute la Suisse, ²²³ tandis qu'en droit international privé les jugements civils rendus dans un Etat ne sont exécutoires dans un autre que s'il existe entre ces deux Etats une entente à cet égard. ²²⁴

Il résulte de toutes ces considérations que c'est bien à tort qu'on a voulu introduire le droit international dans la question qui nous occupe et qu'on l'invoque en faveur de la thèse que

²²¹ Le droit international ne reconnaît pas d'autres moyens de régler les conflits que l'arbitrage volontaire et la guerre. L'Etat fédératif oblige ses membres à porter leurs différends devant ses autorités suprêmes.

²²² P. 309, note 86.

²²³ Cf. Constitution américaine, art. IV, section 1. Loi allemande du 21 juin 1869 (*Rechtshilfegesetz*), *Gerichtsverfassungsgesetz*, du 24 janvier 1877, etc.

²²⁴ Cf. sur la question de l'extradition la loi fédérale suisse, du 24 juillet 1862; la Constitution américaine, art. IV, section 2; la loi allemande précitée, § 23, et le *Gerichtsverfassungsgesetz*, § 163.

les membres de l'Etat fédératif sont des Etats dans le sens juridique de ce mot.

Critère de la responsabilité pénale de l'Etat non souverain.

4° Un autre argument qui se rattache au précédent consiste à dire que l'Etat, même non souverain, a une responsabilité pénale qui n'incombe pas aux collectivités inférieures. « L'Etat seul », prétend *Jellinek*, « peut commettre un délit et en être rendu responsable ; les autres corporations de droit public n'ont pas cette capacité pénale ». ²²⁵

Réfutation de ce critère.

Cette assertion est arbitraire. En Amérique, les auteurs ont soutenu longtemps le principe contraire et prétendu que l'Etat confédéré comme tel ne pouvait pas commettre de délits envers l'Etat fédératif et en être rendu responsable. ²²⁶ C'était là une opinion purement personnelle qui n'était inscrite dans aucun texte de loi. Aussi les faits se sont-ils chargés de lui donner un démenti. Après la guerre de sécession, la Cour suprême des Etats-Unis décida que les Etats sécessionnistes s'étaient rendus, comme tels, coupables de rébellion et ces derniers subirent en leur qualité de collectivités publiques des pénalités qui frappèrent tous leurs ressortissants, innocents et coupables. Si maintenant *Jellinek* renverse le char et pose en principe que l'Etat seul est pénalement responsable, c'est là également une assertion toute personnelle qui ne se trouve que dans les ouvrages de certains auteurs ²²⁷ et qui est en opposition avec les faits.

Nous n'avons pas à discuter ici la question théorique de savoir si les corporations sont ou ne sont pas capables de commettre des délits. ²²⁸ Il nous semble que cette capacité pénale dépend du degré des pouvoirs, de la force, de l'organisation et de l'étendue des compétences que possèdent ces corporations. Du moment qu'on leur reconnaît une volonté et une action propres, pourquoi ne pas admettre que cette volonté puisse être contraire au droit, que cette action puisse violer la loi et entraîner une répression pénale ? Sous ce rapport l'être moral ne diffère pas de l'être

²²⁵ *Jellinek*, p. 49.

²²⁶ V. les ouvrages de *Webster*, *Story*, *Kent*, etc. Cf. *Rüttimann*, I, p. 59—62.

²²⁷ Ils sont cités dans *Jellinek*, p. 49. Ce sont : *Heffter*, *Völkerrecht*, p. 101—104. *Bluntschli*, *Modernes Völkerrecht*, 7^{me} livre. *Calvo*, *Droit international* I, 1, VI.

²²⁸ Cette question est résolue affirmativement entre autres par *Gierke* dans le *Rechtslexikon* de *Holtzendorff*, 4^{me} éd., II, p. 264, et en partie, du moins, par M. *Hornung* (*Cours de droit pénal*).

physique. L'enfant n'est pas capable de commettre un délit parce qu'il n'a généralement ni la force physique ni la volonté nécessaires à cet effet. L'homme, au contraire, réunissant ces deux éléments, a une capacité pénale complète. De même les êtres moraux ne peuvent être considérés comme pénalement responsables qu'à la condition de représenter un esprit collectif qui les rende *doli capaces* et une organisation extérieure qui leur permette de formuler et de réaliser les volontés de cet esprit collectif. Mais lorsque la volonté et le pouvoir nécessaires à cet effet sont réunis, pourquoi ne pas reconnaître la capacité pénale de l'être moral auquel ces deux éléments du délit se rapportent?

Du reste, nous le répétons : ce n'est pas ici le lieu d'examiner cette doctrine. Nous n'avons qu'à consulter les faits pour constater que la responsabilité de l'être moral est reconnue en réalité et que sous ce rapport il n'y a aucune différence entre les membres de l'Etat fédératif et les autres collectivités non souveraines. La mise sous tutelle d'une commune²²⁹ est une pénalité qui en frappe tous les ressortissants, innocents ou coupables. L'imposition à une ville des frais d'une occupation nécessitée par des troubles présente exactement le même caractère. Dernièrement²³⁰ on a proposé au Parlement anglais une loi relative aux indemnités à accorder aux victimes de troubles populaires. Cette loi tend à remettre en vigueur l'ancien principe du droit normand, qui rendait les districts responsables des délits commis sur leur territoire, et elle dispose en conséquence que ce sont eux qui paieront les indemnités en question. Voilà encore une disposition pénale qui s'applique à une collectivité organisée, comme telle.

Nous pourrions multiplier les exemples. Ainsi il est certain que si jamais le Canada se révoltait contre l'Angleterre, cette dernière en rendrait responsable la colonie entière comme telle et non pas chaque Canadien en particulier.²³¹ Elle la priverait de son autonomie, mais elle ne s'amuserait certes pas à fusiller chaque soldat canadien pour l'unique plaisir d'appliquer la doctrine arbitraire de quelques auteurs.

Le fait est qu'en pratique la responsabilité pénale des collectivités publiques est pleinement admise. Elle est plus ou moins

²²⁹ Pour cause de prodigalité, etc.

²³⁰ Session d'avril et mai 1886.

²³¹ Cf. *Gierke*, p. 69, n. 1.

grande selon l'organisation et les pouvoirs de ces collectivités. Il n'y a donc, sous ce rapport, qu'une différence de plus ou de moins entre l'Etat non souverain et les provinces d'un Etat simple. L'argument invoqué ici par *Jellinek* ne se rattache donc pas à une différence dans la personnalité juridique de ces collectivités, mais à la différence qui existe entre leurs buts. Il tient à la notion du but, et, comme celle-ci, il n'est pas susceptible de fournir une distinction de principe entre les divers êtres non souverains.

Question de l'exécution forcée, qui se rattache au critère précédent.

Une question qui touche de près celle de la responsabilité pénale, mais que *Jellinek* a tort de confondre avec elle,²³² est celle de l'exécution forcée contre un être qui ne remplit pas ses devoirs. Cet auteur cite à l'appui de sa thèse le fait que les membres de l'Etat fédératif sont passifs d'une exécution fédérale.²³³ Ce droit n'est point du tout spécial à l'Etat fédératif : il appartient aussi à l'Etat simple vis-à-vis des communes qui lui sont subordonnées. Ainsi, en France, le gouvernement a le droit de porter d'office au budget d'une commune un crédit ou plutôt une dépense obligatoire (c'est-à-dire établie par une loi) supprimée par le Conseil municipal. De même une commune qui refuserait de remplir ses obligations serait l'objet d'une exécution forcée de la part du gouvernement, aussi bien que le membre d'un Etat fédératif de la part des autorités fédérales.

Critère de l'indigénat particulier de l'Etat non souverain. Réfutation de ce critère.

5° Il est également impossible de voir un argument en faveur du caractère juridique spécial des membres de l'Etat fédératif dans le fait qu'ils ont un indigénat particulier. Au fond chaque collectivité publique organisée a un lien juridique spécial qui réunit ses propres ressortissants. Ainsi dans l'Etat simple, le droit de bourgeoisie qui relie l'individu à sa commune n'est autre chose qu'un indigénat restreint. L'importance de l'indigénat varie selon celle de la collectivité à laquelle il se rapporte. Les Provinces autrichiennes et les Colonies anglaises ont un self-

²³² Cf. *Brie* dans *Grünhut*, p. 96.

²³³ *Jellinek*, p. 50. L'exécution fédérale est prévue par la Constitution allemande, art. 19, et par la Constitution fédérale suisse, art. 85, al. 8, et 102, al. 2. Sous l'influence de la doctrine du partage de la souveraineté, les Américains ont négligé d'inscrire dans leur Constitution une disposition semblable, mais ici aussi les faits se sont montrés plus forts que la théorie. La guerre de sécession a été une exécution fédérale contre les membres de l'Union qui manquaient à leurs devoirs.

government très étendu : leur indigénat est, en conséquence, plus important que le droit de bourgeoisie de nos communes ; il égale en fait l'indigénat des Cantons suisses. En réalité, l'indigénat des membres de l'Etat fédératif n'est plus complet. Il a été considérablement restreint par la création de l'indigénat fédéral. Ce dernier est le lien primordial qui relie l'individu à l'Etat et à la nation entière, et les indigénats particuliers ne sont, vis-à-vis de lui, que comme des droits de bourgeoisie très étendus dans un Etat simple.

6° Une dernière tentative a été faite par le professeur *Gierke* pour conserver aux membres de l'Etat fédératif le caractère juridique d'Etats. Son argumentation se base principalement sur le fait que dans l'Etat fédératif les Etats particuliers participent à l'exercice du pouvoir public. Nous ne pouvons pas examiner ici en détail cette doctrine qui trouve sa place naturelle dans l'étude de l'Etat fédératif lui-même.²³⁴ Pour le moment il suffira de faire remarquer, d'abord, que *Gierke* admet également la possibilité d'une telle participation au pouvoir public pour les provinces d'un Etat simple,²³⁵ et en second lieu qu'une application rigoureuse de sa doctrine conduirait à reconnaître la qualité d'Etat aux citoyens électeurs d'une république, ce que certes personne ne voudra admettre.

Critère proposé
par *Gierke*.

Arrivés au terme de cette longue revue critique, nous pouvons formuler nos conclusions de la manière suivante :

Conclusions de ce
chapitre.

- 1° L'Etat est l'organisme suprême, l'être complet du droit public. Donc la souveraineté est un élément essentiel de sa nature.
- 2° Toute tentative de faire admettre qu'il peut y avoir des Etats non souverains échoue devant l'impossibilité de trouver un principe qui les distingue absolument des autres collectivités inférieures du droit public.
- 3° L'Etat fédératif étant un Etat souverain, les Etats particuliers dont il se compose ne sont pas des Etats dans le sens juridique de ce mot. Qu'on les appelle Cantons, Etats, Stände ou Provinces, ils ne présentent plus aux yeux du droit public le caractère suprême que ce dernier exige de l'Etat.

²³⁴ V. infra 2° partie, chap. VI.

²³⁵ Nous aurons plus tard l'occasion de critiquer cette idée. V. infra 2° partie, chap. VII, A.

II^e PARTIE.

L'ÉTAT FÉDÉRATIF.

Chapitre I^{er}.

Les auteurs avant Tocqueville.²³⁶

Historique de la doctrine de l'Etat fédératif depuis l'antiquité jusqu'à l'avènement de la doctrine de Tocqueville.

L'éminent historien *Freeman*²³⁷ a fait, sur les ligues helléniques, des études qui l'ont amené à proclamer « une période fédérale dans l'histoire grecque ». ²³⁸ Mais cette période fut tout éphémère et l'on peut dire que l'idée juridique de l'Etat fédératif était inconnue aux anciens. La notion grecque de la *πόλις*, la notion romaine de la *civitas* ne se prêtaient pas à une pareille conception et le moyen âge ne sortit pas de l'idée de l'*imperium romanum*, prétendant, en théorie du moins, à la domination universelle.

Ce n'est qu'après la paix de Westphalie que les jurisconsultes commencèrent à s'occuper de la question de l'Etat fédératif.

²³⁶ Voir en cette matière l'ouvrage de *Brie*: *der Bundesstaat*, où l'on trouve l'historique complet de la doctrine de l'Etat fédératif, depuis ses débuts jusqu'en 1873.

²³⁷ *E. E. Freeman*, *History of federal government, from the foundation of the Achaian league to the disruption of the United States*, vol. I, London and Cambridge 1863.

²³⁸ „A federal period of Grecian history“, eod., p. 219.

Ce furent en première ligne les auteurs allemands et suisses, parce que ces deux pays étaient alors les principaux représentants d'une association d'Etats. A peu près dès le début, nous trouvons deux écoles en présence: les partisans de la souveraineté centrale et les défenseurs de la souveraineté des Etats particuliers.

Selon *Ludolphe Hugo* ²³⁹ et *Jean Etienne Pütter*, ²⁴⁰ les Etats allemands ne sont pas « comme ceux des Provinces-Unies ou de la Confédération suisse » liés par une simple fédération qui leur laisse leur liberté entière. Ils sont soumis au pouvoir supérieur de l'Empire et cette « *subjectio civilis* » leur enlève le caractère juridique d'Etats. Tout au plus peut-on les considérer comme des *analogia* d'Etats.

Selon *Puffendorf*, ²⁴¹ au contraire — qui en cela ne faisait que reproduire les idées d'*Aristote*, de *Bodin*, *Grotius*, *Hobbes*, etc. — l'Etat est la forme suprême de toute communauté humaine et il est impossible de concevoir un Etat composé d'Etats. Les Etats allemands sont véritablement des Etats. La paix de Westphalie a reconnu leur souveraineté, donc l'Empire n'est qu'un lien fédératif entre eux.

Cette dernière doctrine trouva son application complète dans la Confédération du Rhin et dans la Confédération allemande de 1815. Mais la comparaison de ces associations politiques avec l'Union américaine et la République helvétique — du moins sous l'acte de médiation — amena les auteurs à distinguer la simple Confédération, *societas civitatum foederatarum*, de l'Etat fédératif ou *civitas, qua plures civitates continentur*. ²⁴² D'un autre côté, l'absence d'une création politique concrète qui réalisât extérieurement l'idée de l'Etat fédératif — car à cette époque la Constitution américaine n'était pas encore l'objet d'études scientifiques approfondies — permit aux auteurs de se livrer, sur ce sujet, à des spéculations théoriques et individuelles qui n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt de curiosité et dont nous ne citerons que les plus importantes.

La majeure partie des écrivains suisses et allemands étaient

²³⁹ V. supra p. 17, n. 17.

²⁴⁰ V. surtout *Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht et Institutiones juris publici germani*. 1797.

²⁴¹ Cf. *Brie*, p. 17. V. aussi supra p. 17 et 78.

²⁴² *S. A. Zachariae*, *Jus publicum civitatum quæ foederi Rhenano adscriptæ sunt*, § 60.

mécontents de l'état de choses créé par les pactes fédéraux de 1815. L'impuissance du pouvoir central était ressentie de tous et le sentiment national naissant poussait les esprits à chercher une forme d'Etat que l'on appela généralement Etat fédératif et dont chacun proclama la nécessité tout en la concevant et en la développant selon ses propres idées.

Dans la période qui suivit la révolution de 1830, il se produisit en Suisse un mouvement d'opinion en faveur d'une révision du pacte fédéral. Dans un appel au Directoire fédéral,²⁴³ *Casimir Pfyffer*, de Lucerne, demanda la création d'un Etat fédératif, chargé des intérêts généraux les plus importants, basé sur une Constitution fédérale garantissant entr'autres les droits du peuple vis-à-vis des gouvernements particuliers, et agissant au moyen d'un organe central que devaient former des délégués des Cantons nommés d'après le chiffre de la population et votant sans instructions. Ce projet réalisait bien insuffisamment la représentation de l'idée nationale. Il fut encore considérablement modifié par la commission de révision de la Diète fédérale,²⁴⁴ qui maintint le principe fédératif de la représentation des Cantons dans la Diète et du vote avec instructions, en y ajoutant la ratification des décisions de la Diète par les Cantons. Cette conception hybride fut énergiquement combattue par les radicaux²⁴⁵ qui réclamaient une représentation du peuple à côté de celle des Cantons, et l'élaboration de la Constitution par « une seule assemblée dont la volonté fût l'expression fidèle des vœux du peuple ». ²⁴⁶ C'est cette introduction de l'élément national et l'agrandissement des compétences fédérales qui devaient, selon *Snell*²⁴⁷ et *Stettler*,²⁴⁸ les principaux auteurs qui aient traité du droit fédéral avant 1848, faire de l'ancienne Confédération un Etat fédératif.

²⁴³ Zuruf an den eidgenössischen Vorort Luzern bei Uebernahme der Leitung der Bundesangelegenheiten, 1831.

²⁴⁴ Commission *Rossi*.

²⁴⁵ *Troxler*, Lösung der nationalen Lebensfrage: Worauf muss die Bundesverfassung begründet werden? Rapperswyl 1833, et Die sieben Todsünden der Bundesurkunde 1833.

²⁴⁶ *A. E. Cherbuliez*, De la démocratie en Suisse, 2 vol., Paris et Genève 1843, vol. I, p. 194.

²⁴⁷ V. supra p. 95, n. 208.

²⁴⁸ Das Bundesstaatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft gemäss den Entwicklungen seit dem Jahre 1798 bis zur Gegenwart. Berne et St-Gall 1847.

En Allemagne, les idées étaient encore plus partagées. Les uns (*Zachariae*,²⁴⁹ *Behr*,²⁵⁰ etc.) proclamaient la supériorité de l'Etat fédératif sur ses membres, dont les gouvernements devaient, à leurs yeux, n'être que de simples organes de l'Etat central, participant à la vie publique fédérale avec un droit de vote égal et selon le principe de la majorité. D'autres (*Frédéric de Gagern*,²⁵¹ *Charles Welcker*,²⁵² etc.) allaient plus loin et revendiquaient, en outre, l'attribution à l'Etat fédératif de toutes les compétences nécessaires pour remplir les buts nationaux, et la création d'une représentation nationale destinée à réaliser le lien politique que l'Etat central devait créer entre les ressortissants de ses divers membres.

Survint 1848. Le mouvement national réussit en Suisse et échoua en Allemagne. Nos constituants, hommes pratiques avant tout et guidés par des considérations essentiellement politiques, ne s'étaient pas inquiétés d'imiter les modèles présentés par la doctrine. En Allemagne, au contraire, la Constitution impériale de 1849 avait réalisé complètement l'idéal proposé par les auteurs²⁵³ et l'insuccès du mouvement national amena une évolution dans la doctrine de l'Etat fédératif.

Jusqu'alors on avait voulu fonder l'Etat fédératif sur les Etats particuliers et faire exécuter par ces derniers les décisions du pouvoir central. Après l'échec de ce principe, on en vint à préconiser l'idée de donner au pouvoir fédéral la faculté d'exercer ses attributions directement et sans l'intermédiaire des Etats particuliers, et d'établir, en conséquence, entre ces derniers et l'Etat fédératif, une séparation absolue des compétences respectives.²⁵⁴

C'était préparer la voie à la doctrine du partage de la souveraineté, dont nous devons parler maintenant.

²⁴⁹ V. supra p. 105, n. 242.

²⁵⁰ Das deutsche Reich und der rheinische Bund, 1808.

²⁵¹ Denkschrift über den Bundesstaat, 1833.

²⁵² Article „Bund“ dans le Staatslexikon de *Rotteck* et *Welcker*.

²⁵³ Cf. *Brie*, p. 74.

²⁵⁴ *J. de Radowitz*, Reden und Betrachtungen, 1852.

Chapitre II.

L'école de Tocqueville et ses adhérents.

A. Exposé de la Doctrine.

Exposé de la doctrine de Tocqueville.

Pour bien faire ressortir la nature actuelle de l'Union américaine basée sur la Constitution du 17 septembre 1787, et la différence qu'elle présente avec la Confédération de 1778, qui l'avait précédée, Tocqueville²⁵⁵ pose les prolégomènes suivants :²⁵⁶

« Plusieurs nations forment une ligue permanente et établissent une autorité suprême, qui, sans avoir action sur les simples citoyens, comme pourrait le faire un gouvernement national, a cependant action sur chacun des peuples confédérés, pris en corps.

« Ce gouvernement, si différent de tous les autres, reçoit le nom de fédération. — Tel était le caractère de la première Confédération américaine.

« On découvre ensuite une forme de société dans laquelle plusieurs peuples se fondent réellement en un seul quant à certains intérêts communs, et restent séparés *et seulement confédérés*²⁵⁷ pour tous les autres.

« Ici le pouvoir central agit sans intermédiaire sur les gouvernés, les administre et les juge lui-même, comme le font les gouvernements nationaux, mais il n'agit ainsi que dans un cercle restreint. Evidemment ce n'est plus là un gouvernement fédéral,

²⁵⁵ Démocratie en Amérique, v. supra p. 11, n. 9.

²⁵⁶ I, p. 267—268.

²⁵⁷ Rüttimann, en reproduisant cette définition, omet les mots „*et seulement confédérés*.” En vérité ils cadrent mal avec sa propre doctrine que „chaque partie se ment dans la sphère qui lui est attribuée avec autant de liberté que si l'autre partie n'existait pas du tout” : Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht I, § 54, p. 49.

c'est un gouvernement national incomplet. Aussi on a trouvé une forme de gouvernement qui n'était précisément ni nationale, ni fédérale, mais on s'est arrêté là et le mot nouveau qui doit exprimer la chose nouvelle n'existe point encore. »

La doctrine de *Tocqueville* peut se résumer de la manière suivante :

Le nouvel Etat américain n'est pas seulement fédéral, il est national.²⁵⁸ Il se distingue d'un gouvernement purement fédéral avant tout en ceci, que, au lieu d'être basé sur les Etats particuliers, il s'appuie directement sur les citoyens, il les gouverne sans intermédiaire, il a son administration, ses tribunaux, son armée, comme un Etat simple. En revanche, il se distingue de l'Etat unitaire par l'exiguïté de sa compétence, qui forme l'exception, tandis que celle des Etats particuliers forme la règle.²⁵⁹ La Constitution américaine est basée sur le fractionnement de la souveraineté, « principe sur lequel reposent toutes les Confédérations. »²⁶⁰ L'Union ne forme qu'un peuple relativement à certains objets ; pour tous les autres elle n'est rien. A ce point de vue là, l'organisation du Sénat et l'importance accordée aux Etats en cas d'élection du Président ne sont pas logiques²⁶¹ et ne s'expliquent que par des raisons d'opportunisme. Dans leur propre sphère, les Etats restent souverains et indépendants et ne doivent être soumis à aucun contrôle de la part du pouvoir central. Toutefois, ce « principe n'a pas toujours été respecté »²⁶² et il y

²⁵⁸ En cela, *Tocqueville* adopte les idées exposées par *Hamilton*, *Jay* et *Madison* dans le *Federalist*, *Kent* et *Story* dans leurs ouvrages. Le morceau suivant, tiré du *Federalist*, montrera jusqu'à quel point on peut pousser la confusion des deux éléments fédéral et national : „The proposed Constitution therefore, even when tested by the rules laid down by its antagonists, is, in strictness, neither a national nor a federal constitution, but a composition of both. In its foundation it is federal, not national; in the sources from which the ordinary powers of the government are drawn, it is partly federal and partly national; in the operation of these powers, it is national, not federal; in the extent of them again, it is federal, not national; and finally, in the authoritative mode of introducing amendments, it is neither wholly federal, nor wholly national.“

²⁵⁹ P. 190. Cette idée erronée s'était aussi introduite en Suisse, mais elle y a été réfutée par les faits. Cf. *Blumer-Morel*, *Rüttimann*, et *d'Orelli*.

²⁶⁰ P. 282. V. aussi p. 205 : „La souveraineté aux Etats-Unis est divisée entre l'Union et les Etats.“ P. 189, etc.

²⁶¹ P. 197, v. aussi p. 245, n. 1.

²⁶² P. 247.

a dans la Constitution fédérale des dispositions contraires qui attaquent profondément « la souveraineté des Etats. »²⁶³ En outre, *Tocqueville* reconnaît bien dans quelques cas une certaine supériorité du pouvoir central sur ses membres. « Tous ces Etats, » dit-il, « que j'ai envisagés comme indépendants, sont pourtant forcés d'obéir, en certains cas, à une autorité supérieure, qui est celle de l'Union. »²⁶⁴ Mais la règle générale, la base du système reste toujours le partage de la souveraineté et des compétences entre l'Etat central et ses membres, et l'indépendance de chacun d'eux dans sa propre sphère d'activité.

Généralisation de
ces idées par
Waitz.

Poursuivant un but plutôt politique que juridique, *Tocqueville* s'est moins attaché à développer sa doctrine en un système complet qu'à démontrer les avantages de la Constitution américaine de 1787. Mais ses idées ont été adoptées et érigées par le juriste allemand *Waitz* en une théorie²⁶⁵ qui a dominé pendant longtemps la doctrine de l'Etat fédératif. *Waitz* distingue d'abord entre deux systèmes d'Etat: la Confédération, simple association d'Etats qui sont convenus de déléguer certains pouvoirs à une autorité collective chargée de les exercer pour eux — et le *Staatenreich*, empire d'Etats, c'est-à-dire un Etat composé d'autres Etats, qui n'a aucune relation directe avec le peuple, mais dont les membres lui sont subordonnés et reçoivent de lui leurs pouvoirs et leurs compétences. Entre ces deux systèmes se trouve une forme intermédiaire, l'Etat fédératif, c'est-à-dire « la forme politique dans laquelle une partie des buts de l'Etat est en commun, tandis que l'autre appartient séparément aux Etats confédérés en leur qualité d'Etats indépendants. »²⁶⁶ Ce système implique une double organisation du peuple en Etat, tantôt en un tout, tantôt en parties indépendantes. De même que ses membres, l'Etat central s'appuie directement sur le peuple, mais il n'existe que pour un certain nombre de buts; sa compétence est restreinte; la souveraineté et le pouvoir public sont partagés entre lui et les Etats particuliers. Il résulte de ce partage de la souveraineté que ces derniers sont juxtaposés et non subordonnés au pouvoir

²⁶³ P. 248, v. aussi plus bas la critique de cette théorie.

²⁶⁴ P. 185. V. aussi p. 265: „Les Etats américains qui s'unirent en 1789 ont non seulement consenti à ce que le gouvernement fédéral leur dictât des lois, mais encore à ce qu'il fit exécuter lui-même ses lois.“

²⁶⁵ V. supra p. 51.

²⁶⁶ P. 163 et 43.

central, et que chacun d'eux se meut dans la sphère qui lui est propre comme un Etat isolé. Il en résulte aussi que l'Etat central doit être, dans son organisation comme dans son activité, absolument indépendant de ses membres. Aussi le système des contributions matriculaires, l'emploi, par l'Etat central, pour réaliser ses buts, d'organes et de fonctionnaires des Etats particuliers, la représentation de ces derniers dans le pouvoir fédéral sont-ils absolument contraires à la nature de l'Etat fédératif et ne s'expliquent-ils tout au plus que par des raisons d'utilité pratique.²⁶⁷

En résumé, cette doctrine repose sur les bases suivantes:

- 1° Partage de la souveraineté et des compétences entre l'Etat central et les Etats particuliers, en ce sens que sous certains rapports ces derniers ne forment qu'un seul tout, tandis qu'ils demeurent séparés sous tous les autres.
- 2° Organisation de l'Etat central et des Etats particuliers d'une manière absolument indépendante et liberté d'action pour chacun d'eux comme si les autres n'existaient pas.
- 3° Egalité entre l'Etat central et les Etats confédérés. La souveraineté leur appartient à tous. Elle n'est pas restreinte, elle est seulement partagée.

Résumé de ce système.

B. Critique de ce système.

Cette doctrine a été adoptée, avec quelques changements de détail, par la grande majorité des jurisconsultes de tous les pays. Elle a régné longtemps sans opposition en Allemagne et encore aujourd'hui elle est à la base d'à peu près tous les ouvrages qui traitent du droit public suisse. Ce succès ne peut s'expliquer que par des raisons politiques. Après l'échec du mouvement national allemand de 1848, après les luttes qui, chez nous, ont amené l'avènement de la nouvelle Confédération, le système de *Tocqueville* apparaissait comme un compromis dans lequel chaque parti trouvait son compte. En introduisant la notion de la souveraineté partagée, il terminait la lutte entre les idées fédéralistes et les aspirations unitaristes à la satisfaction de chacune de ces tendances; et, par l'organisation absolument indépendante des différents Etats et l'assignation à chacun d'eux d'une compétence tout à fait isolée et limitée, il promettait la fin des con-

Succès de la doctrine de *Wattz*.

²⁶⁷ V. p. 367. V. aussi *Politik*, p. 173 et suiv.

flits, le rétablissement de la paix et de l'harmonie entre les membres des Etats fédératifs. De là son grand succès. De là aussi l'indulgence et la tenacité avec lesquelles nombre d'auteurs clairvoyants ont fermé les yeux sur ses contradictions et qualifié d'exceptions regrettables les faits qui lui donnaient un démenti.

Réfutation de
cette doctrine, au
point de vue de
l'indivisibilité de
la souveraineté.

En réalité, cette doctrine doit être condamnée comme contraire à la logique et au droit public positif des Etats fédératifs actuels.

Elle est contraire à la logique. Nous avons vu plus haut que la souveraineté n'admet pas de partage. Il est inutile de revenir sur ce point. *Waitz* et ses adeptes ont cherché à éluder ce dilemme par des distinctions subtiles, mais cela ne leur a pas réussi. C'est ainsi que *Waitz* dit :²⁶⁸ « Ce n'est pas la substance (*Inhalt*) de la souveraineté qui est restreinte, c'est *son étendue* (*Umfang*) », mais il n'explique pas en quoi la substance diffère de l'étendue ni comment une souveraineté restreinte quant à son étendue peut être illimitée dans sa substance.²⁶⁹ L'essence de la souveraineté consiste précisément en ce qu'elle n'a pas de limites déterminées. — De même, *Robert de Mohl*²⁷⁰ soutient que les Etats particuliers ont une souveraineté, non pas restreinte, mais partagée, comme si une souveraineté fractionnée n'était pas par cela même restreinte.

Il est étonnant de voir le partage de la souveraineté défendu par des auteurs qui proclament bien haut l'indivisibilité de cet attribut de l'Etat. Ainsi *Bluntschli*²⁷¹ proclame que « l'Etat étant un corps organique, l'unité de la souveraineté est indispensable à sa prospérité. Le fractionnement de la souveraineté entraîne la paralysie et la dissolution de l'Etat et ne peut, par conséquent, se concilier avec sa prospérité. » Et plus loin :²⁷² « L'indépendance de l'Etat de tout Etat étranger est aussi une qualité et une conséquence nécessaire de sa souveraineté. Quand un Etat est forcé de reconnaître la suprématie politique d'un autre Etat, il perd sa souveraineté. »

« Toutefois, » continue-t-il, « cette souveraineté n'est pas détruite par toute espèce d'assujettissement, puisque l'indépendance qui

²⁶⁸ Politik, p. 166.

²⁶⁹ Cf. *Laband* I, p. 71, n. 2, et *Seydel*, Bundesstaatsbegriff, p. 202.

²⁷⁰ Encyclopædie, p. 367.

²⁷¹ V. supra p. 28, n. 49.

²⁷² P. 342.

l'accompagne n'est pas absolue.²⁷³ Dans des Etats composés, Confédérations d'Etats, Etats fédératifs, et Empires d'Etats,²⁷⁴ les Etats particuliers, bien que soumis au tout sous certains rapports, ont aussi leur souveraineté comme Etats; seulement cette souveraineté est restreinte. » Donc, selon *Bluntschli*, la souveraineté est absolue, mais elle est relative; elle est *suprema potestas*, mais elle peut être sujette à une autre souveraineté. « Du reste, » ajoute-t-il dans une édition subséquente de son ouvrage, « on ne peut parler d'une souveraineté relative des Etats particuliers que là où ils sont encore organisés comme Etats; dans les autres domaines, ce ne sont que des provinces. »²⁷⁵

A cela *Seydel* répond avec raison: « C'est la banqueroute de la notion de l'Etat fédératif; car une notion qui n'établit pas de distinction précise entre Etats et provinces manque de la première qualité juridique, la précision. »²⁷⁶

De même, l'éminent jurisconsulte *Robert de Mohl* proclame dans son Encyclopédie des sciences politiques²⁷⁷ que la souveraineté est exclusive, donc indivisible. « Plusieurs pouvoirs suprêmes auxquels le peuple devrait obéir également, seraient contraires à la notion de l'organisme, c'est-à-dire de l'unité dans la pluralité; en outre, la diversité inévitable de leurs commandements entraînerait la confusion et la dissolution. »

Néanmoins il reconnaît que dans l'Empire allemand il y a « indubitablement une souveraineté partagée » et quand *Seydel* fait observer l'impossibilité logique de cette doctrine, *de Mohl* ne trouve

²⁷³ Ici apparaît de nouveau l'idée de *Bluntschli*, que nous avons déjà critiquée plus haut, à savoir qu'il n'y a pas de souveraineté absolue, que cette notion n'est que relative.

²⁷⁴ *Bluntschli* est également partisan de la division des systèmes d'Etats en Confédérations d'Etats, Etats fédératifs et Empires d'Etats. V. *Geschichte des schweiz. Bundesrechts*, I, p. 557.

²⁷⁵ *Bluntschli*, *Staatsrecht*, vol. II, chap. I.

²⁷⁶ *Seydel*, *Bundesstaatsbegriff*, p. 207. — Dans un autre ouvrage, *Bluntschli* commet la même inconséquence. Nous lisons dans son *Staatswörterbuch* à l'art. Souveraineté (vol. 9, p. 555): « L'unité est un attribut de la souveraineté, en tant que l'unité de l'Etat comme personne collective exige celle du pouvoir suprême. La coexistence de deux souverains ayant des volontés différentes sans être tenus de s'accorder, anéantirait l'unité du pouvoir public, aussi bien que la coexistence de deux propriétaires de la même chose celle de la propriété privée. » Et pourtant il ajoute un peu plus bas: « On rencontre une double souveraineté dans les Etats composés. »

²⁷⁷ P. 118.

pas d'autre argument à lui opposer que ces paroles : « C'est dommage pour sa peine et son esprit; toute réfutation sérieuse est inutile. » ²⁷⁸

Contradiction de
ce système avec
les faits.

Une réponse semblable n'est pas de nature à justifier le partage de la souveraineté. Encore s'il ne s'agissait que d'une question de pure doctrine, nous pourrions dire avec *S. Kaiser* ²⁷⁹ que « cette distinction est trop une affaire d'abstraction, sans résultat pour le droit positif. » Mais il n'en est pas ainsi. Le système de *Tocqueville* est en contradiction absolue avec les faits, il ne sera pas difficile de le démontrer :

Question des con-
flits de compé-
tence et de la ré-
vision fédérale
dans l'Etat fédé-
ratif.

1° Selon *Tocqueville* et son école, il y a, entre l'Etat fédératif et ses membres, partage de la souveraineté dans le sens d'une séparation et d'une égalité complètes. Chaque partie se meut dans la sphère qui lui est attribuée avec la même liberté que si les autres parties n'existaient pas du tout. Ce nouveau jugement de Salomon qui veut couper en deux un être organique tel que l'Etat, est aussi irréalisable dans la pratique que contraire au bon sens. Il est impossible de séparer, une fois pour toutes, les compétences particulières de la compétence fédérale. La vie de l'Etat, la vie d'une nation n'est pas une somme de rubriques susceptibles d'être classées à tout jamais dans des casiers bien séparés et éternellement immuables. Les besoins de la vie collective changent constamment, les buts de l'Etat se modifient d'après ces besoins et, par conséquent, ses compétences et ses attributions doivent aussi pouvoir être étendues selon les aspirations du peuple et les exigences du moment. Rien de plus facile que d'appliquer ces idées à l'Etat simple. Mais dans l'Etat fédératif nous avons, suivant la doctrine que nous critiquons, deux souverainetés qui se partagent également la même unité, le même territoire et le même peuple. Or, on aura beau séparer et délimiter les compétences respectives de la manière la plus complète, il y aura toujours des domaines intermédiaires qui donneront lieu à des conflits de compétence; on aura beau concilier aussi sagement que possible les besoins nationaux avec les exigences particulières, la meilleure Constitution fédérale devra tôt ou tard être révisée. Nous nous trouvons donc en face de deux problèmes qui exigent impérieusement une solution :

²⁷⁸ Das deutsche Reichsstaatsrecht, p. 58.

²⁷⁹ Das schweizerische Staatsrecht in 3 Büchern. St-Gall. 1858—1860. Vol. III. Das Bundesrecht, p. 17.

- a. En cas de conflit de compétence entre l'Etat fédéral et un Etat particulier, quelle autorité est appelée à trancher le conflit?
- b. De quelle manière faut-il procéder à une révision de la Constitution fédérale?

A ces questions, l'école de *Waitz* n'a qu'une seule réponse logique à faire : Entre deux souverainetés égales en droit, il n'y a pas d'autre voie que celle du contrat et de l'arbitrage.²⁸⁰ « Il est de l'essence de la souveraineté », dit *Dubs*,²⁸¹ « de n'adopter aucune règle commune avec une autre souveraineté, si ce n'est par voie de contrat, parce que dès qu'une souveraineté pourrait dicter une loi à une autre, ceci équivaldrait à l'abdication de cette dernière ou à sa suppression. Il en résulte que tout ce qui a trait aux rapports de la souveraineté cantonale et de la souveraineté fédérale, appartient au domaine des contrats, et que ce n'est que sur cette base une fois bien établie que commence l'organisation législative. Le droit lui-même de délimitation de la souveraineté cantonale n'appartient pas, bien entendu, à la souveraineté fédérale exclusivement, car sans cela la première serait entre les mains de la seconde et par là supprimée. »

Règlement des
conflits de com-
pétence selon la
doctrine de
Tocqueville.

Cette solution découle logiquement du partage de la souveraineté. Mais elle est en contradiction flagrante avec le droit positif des trois principaux Etats fédératifs actuels.

Règlement des
conflits de com-
pétence selon le
droit positif.

Aux Etats-Unis (art. III, section II, de la Constitution fédérale du 17 septembre 1787) « le pouvoir judiciaire (fédéral) s'étend à tous les procès en matière de lois et d'équité qui auront leur source dans l'interprétation de cette Constitution, des lois des Etats-Unis, etc. aux contestations dans lesquelles les Etats-Unis seront partie, etc. »

Tocqueville s'exprime à ce sujet de la manière suivante :²⁸² « La Cour suprême des Etats-Unis fut donc revêtue du droit de décider toutes les questions de compétence. Ce fut là le coup le plus dangereux porté à la souveraineté des Etats. Elle se trouva ainsi restreinte, non seulement par les lois, mais encore par l'interprétation des lois; par une borne connue et par une autre qui ne l'était point; par une règle fixe et par une règle

²⁸⁰ *Dubs*, II, p. 38, 43.

²⁸¹ II, p. 46.

²⁸² I, p. 240.

arbitraire. La Constitution avait posé, il est vrai, des limites précises à la souveraineté fédérale, mais chaque fois que cette souveraineté est en concurrence avec celle des Etats, un Tribunal fédéral doit prononcer. » C'est déjà singulièrement s'écarter de l'idée d'une souveraineté absolue et d'une indépendance parfaite des Etats particuliers.

La Constitution fédérale suisse de 1874²⁸³ contient les dispositions suivantes :

« Art. 110. Le Tribunal fédéral connaît des différends de droit civil :

1° Entre la Confédération et les Cantons;....

Art. 113. Le Tribunal fédéral connaît, en outre :

1° des conflits de compétence entre les Autorités fédérales, d'une part, et les Autorités cantonales, d'autre part....

Sont réservées les contestations administratives à déterminer par la législation fédérale.²⁸⁴

Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés. »

La Constitution impériale allemande du 16 avril 1871 donne également aux pouvoirs fédéraux la compétence de trancher les conflits de cette nature.²⁸⁵

Il résulte de ces dispositions que c'est l'Etat fédératif lui-même qui, par la voie d'un organe fédéral, tranche les conflits de compétence entre lui et ses membres et que ces derniers sont tenus de se soumettre à sa décision. Le pouvoir fédéral joue, en cette matière, exactement le même rôle que l'autorité chargée, dans un Etat simple, de juger les conflits entre l'Etat et les particuliers. Cela indique bien que les Etats particuliers sont les sujets de l'Etat fédératif et que la souveraineté n'appartient qu'à ce dernier.

Quant à la question de leur propre révision, ces Constitutions fédérales sont encore plus positives. L'égalité des souverainetés exigerait absolument l'assentiment de tous les Etats à la modifi-

Même contradiction entre la doctrine de *Tocqueville* et le droit positif, en ce qui concerne la révision des Constitutions fédérales.

²⁸³ Sous l'empire de la Constitution de 1848, art. 74, § 17, les conflits de compétence étaient du ressort de l'Assemblée fédérale.

²⁸⁴ Cf. art. 85, chiffre 12.

²⁸⁵ V. entre autres les art. 2, 4, 7 et 76 et les commentaires de ces articles dans *Laband*.

cation de leur compétence. Or, nous trouvons que dans les trois principaux Etats fédératifs la Constitution peut être modifiée par des organes fédéraux, et sans que l'unanimité des Etats-membres soit requise.²⁸⁶

Les compétences respectives peuvent être modifiées par la voie de la législation fédérale. Les Etats particuliers y participent, non comme des contractants qui révisent un pacte, mais comme les organes d'un Etat qui révisé sa propre Constitution;²⁸⁷ leur unanimité n'est pas requise. Le fait qu'une majorité spéciale est exigée aux Etats-Unis et en Allemagne est une barrière politique importante, mais ne change pas la nature politique de la révision. Dans l'Etat simple aussi on peut exiger, pour la révision de la constitution, une majorité plus forte que pour les actes législatifs ordinaires. Il suffit que l'unanimité des Etats ne soit pas requise, qu'un Etat puisse se trouver malgré lui dépouillé de sa compétence et même supprimé par un vote de majorité, pour faire sombrer complètement la notion de la souveraineté des Etats particuliers et pour démontrer d'une manière irréfutable l'existence au-dessus d'eux d'un Etat fédéral doué seul de la souveraineté.

Dubs n'est pas très heureux dans l'explication qu'il donne des dispositions précitées de la Constitution fédérale suisse. « Il est », dit-il,²⁸⁸ « de l'essence de la souveraineté de n'adopter aucune règle commune avec une autre souveraineté Il en résulte que tout ce qui a trait aux rapports de la souveraineté cantonale et de la souveraineté fédérale appartient au domaine des contrats Le droit de délimitation de la souveraineté cantonale n'appartient pas à la souveraineté fédérale Ces thèses sont, à notre avis, incontestables. Il ne faut toutefois pas en tirer de fausses déductions. Quand les Cantons ont inséré dans la Constitution une disposition comme celle de l'art. 121, c'est là, à notre avis, la convention qui fait règle pour les deux souverainetés. Le premier paragraphe de cet article a donc la nature d'un contrat sous deux rapports et ne pourrait dès lors être modifié que par voie concordataire, c'est-à-dire d'un consentement réciproque. »

Ainsi la Constitution suisse est, selon cet auteur, un contrat! La souveraineté cantonale reste intacte parce que les Cantons

Argument présenté par *Dubs* pour expliquer cette contradiction.

Critique de cet argument.

²⁸⁶ Constitution fédérale américaine, art. V. V. supra p. 63, n. 127. Constitution fédérale suisse, art. 119 et 121. Constitution impériale allemande, art. 78, 1.

²⁸⁷ V. supra p. 56—58.

²⁸⁸ II, p. 46—47.

ont consenti, par une convention, à donner à leur majorité et à celle du peuple le droit de réviser la Constitution fédérale! C'est restituer en entier la doctrine du contrat social! A ce taux-là, chaque individu est souverain, parce que c'est lui qui a consenti d'avance à ce que la majorité fasse la loi. L'Etat n'est plus un être souverain, ce n'est que la somme des pouvoirs que les individus souverains ont décidé de mettre en commun. Du reste, l'explication de *Dubs* est aussi contraire aux faits que le système de son illustre maître, *Rousseau*. En effet, la Constitution fédérale de 1848 n'a pas été soumise au vote des Cantons seuls; elle a été soumise au vote du peuple suisse. Bien plus, cette Constitution a été rejetée par 6^{1/2} Cantons, et néanmoins la Diète fédérale chargée par la Constitution (Dispositions transitoires, art. 2) de prononcer si cette dernière avait été acceptée, proclama son entrée en vigueur comme loi fondamentale de la Suisse, en se basant sur ce qu'elle avait eu pour elle la majorité des Cantons et du peuple suisse. Donc la Constitution fédérale a été imposée à 6^{1/2} Cantons et imposée à eux bien plus par le vote de la nation suisse que par celui de la majorité des Cantons.²⁸⁹ Sont-ce bien là les principes qui régissent la conclusion des contrats, et peut-on dire que l'art. 121 de notre Constitution a la nature d'un contrat et ne peut être modifié que par un consentement réciproque?

Question de l'indépendance des Etats particuliers vis-à-vis de l'Etat fédératif.

2° Une autre conséquence de la théorie de la double souveraineté est que les Etats particuliers n'ont dans leur sphère à recevoir aucun ordre du pouvoir fédéral. Dans sa propre sphère, ce dernier s'adresse directement aux individus, il agit par lui-même et sans l'intermédiaire des Etats particuliers; mais dans leur sphère à eux, les Etats sont absolument libres.

Ce postulat est également démenti par les faits. Il n'y a pas d'Etat fédératif où le pouvoir central ne se serve pas des

²⁸⁹ L'art. 114 de la Constitution de 1848 qui correspond à l'art. 121 actuel, a déjà été modifié en 1874 par la simple majorité du peuple et des Cantons. Antérieurement ces derniers émettaient leur vote dans la forme qu'ils choisissaient eux-mêmes (vote de la Landsgemeinde, vote du peuple, vote du Grand Conseil). Maintenant ce n'est plus le cas. Le résultat de la votation populaire dans chaque Canton est considéré comme le vote de l'Etat (art. 121, dernier alinéa). Il en résulte manifestement que le Canton n'est plus envisagé, même en matière de révision de la Constitution fédérale, que comme un organe de la Confédération et non comme un être indépendant et isolément souverain.

autorités de ses membres. Même aux Etats-Unis, où la séparation des compétences a été réalisée et où les autorités fédérales ont été organisées d'une manière plus complète que partout ailleurs, nombre de décisions prises par le pouvoir fédéral sont exécutées par des fonctionnaires des Etats particuliers. Chez nous, il suffit de citer les officiers de l'état-civil, les préposés au registre du commerce, etc. De même, nombre de lois fédérales s'adressent aux Etats aussi bien qu'aux particuliers et sont exécutées par les Etats comme tels. Ainsi, en Suisse, les tribunaux cantonaux appliquent les lois fédérales; ainsi les Cantons exécutent les dispositions de la loi fédérale sur l'organisation militaire.²⁹⁰ Enfin, un grand nombre de dispositions des Constitutions et des lois fédérales sont des ordres et des défenses qui s'adressent directement aux Etats et qui les obligent, comme les lois d'un Etat simple obligent les particuliers. Nous nous bornerons à citer, à titre d'exemple, l'art. I, section 10,²⁹¹ de la Constitution américaine, la Constitution fédérale suisse, art. 4, 7, 11, 13—15, 17, 27, 31, 32, 35, 43—46, 49—52, 54, 62, 65, etc., et l'art. 3 de la Constitution impériale allemande. *Rüttimann*²⁹² et *Dubs*²⁹³ expliquent cette infidélité aux préceptes de la doctrine par des motifs d'économie, de simplicité et de commodité. Toujours est-il qu'ici aussi leur système fait fausse route.

3° Un point important aux yeux des adeptes de *Waitz*, point qui distingue l'Etat fédératif de la simple Confédération d'Etats, c'est que les Etats particuliers comme tels n'ont aucune responsabilité envers l'Etat central. Dans l'ancienne Confédération américaine, le pouvoir fédéral n'avait de prise que sur les Etats; il n'avait aucune action directe sur les particuliers; et chacun

Question de la responsabilité des Etats particuliers vis-à-vis de l'Etat fédératif.

²⁹⁰ Cf. Constitution fédérale, art. 40, 2.

²⁹¹ A propos de l'interdiction, pour les Etats, de faire des lois qui puissent détruire ou altérer les droits acquis en vertu d'un contrat, et du droit de chaque particulier qui se croit lésé dans un droit de cette espèce d'en appeler à la justice fédérale, *Tocqueville* déclare que cette disposition lui paraît „attaquer plus profondément que tout le reste la souveraineté de l'Etat“, I, 247—248.

²⁹² Ueber die der schweizerischen Eidgenossenschaft für Realisirung des Bundesrechtes zu Gebote stehenden Organe und Zwangsmittel. Zurich 1862.

²⁹³ II, p. 44. *Dubs* reconnaît bien ici une subordination des Cantons à la Confédération, mais plutôt dans le sens „qu'en mettant leurs pouvoirs à la disposition de la Confédération, les premiers lui rendent un simple service, ce qui exclut d'emblée de la part de celle-ci toute idée de procédés brusques de commandement.“ — Cette manière de voir est-elle bien juridique?

de démontrer les défauts de ce système.²⁹⁴ Maintenant, par contre, l'Etat central agit sans intermédiaire sur les individus; ses lois les obligent directement et ses tribunaux sont là pour contraindre les récalcitrants à l'obéissance. En revanche, les Etats comme tels ne peuvent pas commettre de trahison envers l'Etat central, parce que, « pour la sphère dans laquelle l'Union (Confédération) est souveraine, il n'existe absolument pas d'Etats (Cantons) ». ²⁹⁵ Nous avons déjà fait remarquer combien cette opinion est peu conforme au droit et aux faits. En réalité, les Etats particuliers sont responsables envers l'Etat fédératif. L'exécution fédérale prévue par les Constitutions allemande et suisse est dirigée contre eux et, en Amérique, la Cour fédérale suprême a décidé: « that the rebel States made their war as States, availing themselves of the subordinate allegiance their citizens owed to the States, and that all their people, guilty and innocent, were by such war turned into enemies. » ²⁹⁶

Question de l'indépendance de l'Etat fédératif vis-à-vis des Etats particuliers.

4° Une dernière base du système de *Tocqueville*, base qui est la contrepartie des deux précédentes, c'est que l'Etat central est absolument indépendant de ses membres, tant dans son organisation que dans son activité. Nous avons déjà vu cette prétention démentie par le fait que les Etats fédératifs actuels se servent de leurs membres pour réaliser leurs buts. Mais ce n'est pas tout. Selon *Waitz*, la participation des Etats au pouvoir fédéral est contraire à la nature de l'Etat fédératif. « Un Conseil de délégués, comme dans les Confédérations d'Etats, suffit pour exclure toute idée d'un tel Etat. » ²⁹⁷

En fait, c'est précisément le contraire qui a lieu. Les Etats américains sont représentés par le Sénat fédéral et jouent un rôle dans l'élection du Président; les Cantons suisses participent à la vie fédérale par le Conseil des Etats, ²⁹⁸ le droit d'initiative qui leur est attribué par la Constitution, ²⁹⁹ le droit de provoquer

²⁹⁴ *Tocqueville*, p. 263 et suiv.

²⁹⁵ *Rüttimann*, p. 60. *Webster* (Works, III, p. 475) s'appuie sur *Oliver Ellsworth* pour déclarer: „This Constitution does not attempt to coerce sovereign bodies, States, in their political capacity. No coercion is applicable to such a body but that of an armed force.“

²⁹⁶ *Rüttimann*, I, p. 62.

²⁹⁷ *Grundzüge der Politik*, p. 173 et suiv. Cf. *Laband*, *Staatsrecht*, I, p. 82.

²⁹⁸ Ils participent ainsi indirectement à la nomination du Conseil fédéral.

²⁹⁹ Art. 93, 2.

le referendum sur une loi fédérale,³⁰⁰ et leur vote lors d'une révision constitutionnelle. Enfin le Conseil fédéral allemand est précisément un Conseil de délégués réalisant le système que *Waitz* déclare incompatible avec l'Etat fédératif.

Il est inutile de pousser plus loin cette critique de la doctrine du partage de la souveraineté. Nous croyons avoir démontré qu'elle est contraire à la logique et qu'elle est démentie par le droit positif des Etats fédératifs.

Chapitre III.

La doctrine de Calhoun³⁰¹ et de Seydel.

A. Exposé de cette doctrine.

Longtemps déjà avant la guerre de sécession, la lutte avait éclaté aux Etats-Unis entre deux courants d'idées, qui résultaient naturellement de l'incertitude dans laquelle on se trouvait alors à l'égard de la nature juridique de la forme politique créée par la Constitution de 1787.

Opposition, aux
Etats-Unis, entre
la doctrine de
Calhoun et celle
de *Webster*.

La Constitution est simplement un contrat conclu entre les Etats qui composent les Etats-Unis; ces derniers n'ont formé qu'une association dans laquelle ils conservent leur pleine souveraineté, et dont ils peuvent se retirer (*secede*) si les actes de la majorité leur paraissent contraires à cette souveraineté. Telle est la doctrine exposée par *John Calhoun*, et son système a servi de base à la Confédération des Etats du Sud, lors de la guerre de sécession. —

La Constitution n'est pas un contrat; elle est le résultat d'un accord de volontés, mais elle a changé de nature, dès son entrée en vigueur; elle est devenue la Constitution d'un nouvel Etat national qui embrasse le peuple américain tout entier et dont les Etats ne peuvent absolument pas se retirer. Telles sont les idées défendues par *Daniel Webster* et adoptées par les Etats du Nord lors de l'abolition de l'esclavage.³⁰²

³⁰⁰ Art. 89, 2.

³⁰¹ C'est aux Etats-Unis même, dans le pays qui avait servi de modèle à la doctrine du partage de la souveraineté, que cette doctrine fut d'abord attaquée.

³⁰² Cf. *Jellinek*, p. 254—255.

Exposé de la doctrine de *Calhoun*.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ce second système. Ici nous ne nous occuperons que de la célèbre « théorie de nullification » développée par *Calhoun*, et importée en Europe par *Max Seydel*, à une époque où elle venait d'être condamnée par les faits dans son pays d'origine. Voici le raisonnement sur lequel ces auteurs ont basé leur doctrine :

Principes sur lesquelles elle se base.

La souveraineté est une et indivisible.³⁰³ Elle a de tout temps été considérée comme une attribution essentielle de la plus haute collectivité humaine, l'Etat. La doctrine qui admet le partage de la souveraineté entre deux Etats sur le même territoire et pour le même peuple est contraire à la notion de la souveraineté et à la notion de l'Etat.

Dans chaque association d'Etats, il n'y a pas, pour le jurisconsulte, d'autre alternative que celle-ci : ou la souveraineté appartient aux membres, ou elle revient à la collectivité. Dans le premier cas, l'association n'est qu'une simple Confédération d'Etats souverains, qui mettent en commun l'exercice d'un certain nombre de pouvoirs. Il n'y a pas d'être moral différent d'eux, il n'y a qu'un lien de droit, un *vinculum juris*, entre eux. Dans le second cas, la collectivité forme un Etat souverain, les anciens Etats perdent leur souveraineté et en même temps leur caractère juridique d'Etat. On peut bien continuer à les appeler Etats, mais ce ne sont pas de vrais Etats, ce ne sont plus que des corps publics que le nouvel Etat conserve pour réaliser ses buts. Entre ces deux alternatives, il n'y a ni moyen terme, ni compromis possible. Elles sont absolument irréconciliables et toutes les formes politiques que nous offre la réalité doivent être attribuées à l'une ou à l'autre de ces catégories.

La même opposition se retrouve dans le fondement juridique extérieur de l'association d'Etats. La Confédération repose sur un traité conclu entre égaux, sur la libre volonté des contractants et laisse subsister, en dehors des engagements contractuels qu'il

³⁰³ Discourse on the Constitution and Government of the United States, p. 146 : „There is no difficulty in understanding how powers, appertaining to sovereignty, may be divided and the exercise of one portion delegated to one set of agents, and another portion to another; or how sovereignty may be invested in one man or in a few or in many. But how sovereignty itself, the supreme power, can be divided, — how the people of the several States can be partly sovereign and partly not sovereign — partly supreme and partly not supreme — it is impossible to conceive. Sovereignty is an entire thing; to divide is — to destroy it.“

stipule, leur complète indépendance. L'Etat, au contraire, a une Constitution qui résulte uniquement de sa seule volonté, qui est au-dessus de ses membres et qui les embrasse irrésistiblement dans tout leur être. Or, ces deux notions de traité et de Constitution sont également irréconciliables, la première supposant un accord entre égaux, la seconde impliquant une loi donnée par un supérieur à un inférieur; l'expression de « Constitution contractuelle » (*pactirte Verfassung*)³⁰⁴ est anti-juridique, et dire qu'une Constitution « tient de la loi et du contrat »³⁰⁵ est méconnaître la nature juridique et de la loi et du contrat.

Jusqu'ici *Calhoun* et *Seydel* ont parfaitement raison et c'est leur grand mérite d'avoir démontré les erreurs de la doctrine de *Waitz* à une époque où à peu près tous les juristes l'adoptaient sans examen.

Justesse de ces principes.

Passons maintenant aux conséquences que ces auteurs ont déduites de leur doctrine, et nous verrons en les comparant avec les faits, qu'ils ont fait complètement fausse route.

Application de ces principes par *Calhoun* et *Seydel*.

Voici en résumé le développement qu'ils ont donné à leur théorie:

1° Les Constitutions des soi-disant Etats fédératifs sont en fait le résultat d'un accord intervenu entre les Etats particuliers dont ils se composent; elles ont été élaborées par les délégués de ces Etats et adoptées par ceux-ci. Cette base est exactement la même que celle sur laquelle reposaient l'ancienne Confédération américaine de 1778, l'ancienne Confédération suisse et la Confédération allemande de 1815; en 1787, en 1848, en 1866, on n'a fait que réorganiser l'ancienne association, on n'en a pas changé le fondement contractuel. Donc les soi-disant Constitutions fédérales ne sont que des *pactes* intervenus entre les Etats, elles sont l'œuvre de ces Etats et ne peuvent pas plus être au-dessus d'eux que la créature ne peut être supérieure au créateur. Du reste, les termes employés par les Constitutions démontrent bien qu'elles ont voulu conserver la forme de la Confédération avec sa base, la souveraineté des Etats.

2° Ce qu'on appelle le pouvoir central n'est pas le pouvoir d'un Etat supérieur, mais une somme de pouvoirs « délégués »³⁰⁶

³⁰⁴ *de Rönne*, Das Verfassungsrecht des deutschen Reiches. Leipzig 1872 p. 36.

³⁰⁵ *Dubs* II, chap. V, p. 59.

³⁰⁶ Const. amér. Amendement V. Const. féd. suisse, art. 3.

par les Etats souverains. Du moment que ces droits sont délégués à des organes fédéraux, ces organes n'ont pas de droits propres dérivant d'un Etat fédéral, ils ne sont que les fonctionnaires des Etats particuliers. Les Etats peuvent mettre en commun un nombre considérable de compétences, ils peuvent même décider que la majorité aura le droit d'agrandir ces compétences, cela ne change pas leur souveraineté, parce que les restrictions ultérieures qui leur sont imposées résultent en dernier lieu de leur libre consentement.³⁰⁷

3° Les pouvoirs fédéraux ne sont pas les organes d'une nation collective, mais bien les représentants des Etats particuliers. Ce sont ces derniers, qui, par l'organe des autorités fédérales, exercent les pouvoirs mis par eux en commun. Le Congrès et le Président des Etats-Unis, l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral suisses, le Conseil fédéral, organe suprême de l'Empire allemand, représentent les Etats particuliers et non un Etat fédéral, qui n'existe pas.

4° Les Constitutions fédérales obligent les ressortissants des soi-disant Etats fédératifs exactement comme les traités internationaux conclus par leurs gouvernements respectifs. Elles ne les lient pas autrement. C'est par la publication qu'en font les Etats particuliers et en qualité de lois de ces derniers qu'elles deviennent obligatoires pour les citoyens. La Constitution et les lois fédérales suisses, par exemple, n'entrent en vigueur dans le Canton de Genève que par la publication qui en a été faite par l'Etat de Genève, et en qualité de loi cantonale genevoise.³⁰⁸ Les Constitutions ne sont, au fond, pas autre chose que des concordats. En les violant, un Etat particulier ne commet pas de trahison envers un Etat supérieur, il ne fait que manquer à ses engagements contractuels vis-à-vis des autres Etats.³⁰⁹ Il n'est

³⁰⁷ *Calhoun*, p. II, 292. „In this compact they have stipulated among other things that it may be amended by three-fourths of the States, that is they have conceded to each other by compact the right to add new powers or to substract old, by the consent of the proportion of the States, without requiring, as otherwise would have been the case, the consent of all.“ Cf. *Dubs* II, p. 46.

³⁰⁸ Selon ces auteurs, si la publication se fait, pour des raisons de simplicité, par des autorités fédérales, cela ne signifie rien, parce que cette publication est faite, au fond, au nom et sur l'ordre des Etats.

³⁰⁹ *Calhoun* (II, 302): „To prove that ours is a consolidated government and that there is an immediate connection between the government and the

pas justiciable d'un tribunal supérieur, car il n'y a au-dessus de la souveraineté ni loi ni juge; il ne peut être contraint que selon les règles fixées par le traité lui-même. De même, s'il estime que les Confédérés commettent eux-mêmes une violation du pacte fédéral, il a le droit d'en tirer les conséquences indiquées par le droit international, parce que le droit contractuel n'admet pas qu'une partie soit liée par l'interprétation de l'autre.³¹⁰

B. Critique de cette doctrine.

Avant tout, nous devons rappeler ici un point sur lequel tous les auteurs sont d'accord en théorie, mais qu'ils oublient dès qu'il s'agit pour eux de recueillir des arguments à l'appui de leurs systèmes. Le droit public, en sa qualité de science, ne doit absolument pas se préoccuper des expressions dont les législateurs se sont servis pour qualifier leur ouvrage. L'élaboration d'une Constitution rentre dans la politique, elle est l'œuvre de politiciens qui ne donnent pas toujours aux termes la signification que les juristes s'accordent plus tard à leur attribuer. En outre, pour des situations nouvelles, les expressions nouvelles sont encore à créer; et on a recours à une terminologie dont l'exactitude ne peut s'établir que par des travaux subséquents. Enfin, les membres des corps constituants, étant encore sous l'influence de l'ancien état de choses, ne se rendent pas bien compte de la portée définitive de leur ouvrage; guidés par des besoins pratiques, ils ont

Remarque préalable.

citizen, he (*Webster*) relies on the fact that the laws act directly on individuals. That such is the case, I will not deny; but I am very far from conceding the point, that it affords the decisive proof or even any proof at all, of the position which the Senator wishes to maintain. I hold it to be perfectly within the competency of two or more States, to subject their citizens, in certain cases, to the direct action of each other, without surrendering or impairing their sovereignty."

³¹⁰ „That a State, as a party to the constitutional compact, has the right to secede — acting in the same capacity, in which it ratified the constitution — cannot, with any show of reason, be denied by any one who regards the constitution as a compact. — This results necessarily from the nature of a compact, where the parties to it are sovereign and, of course, have no higher authority to which to appeal. That the effect of secession would be to place her in the relation of a foreign State to the others, is equally clear. — All this results, necessarily, from the nature of a compact between sovereign parties." Cf. *Seydel*, p. 241.

avant tout en vue le côté pratique des réformes qu'ils veulent opérer et ne songent pas aux conséquences que la logique en tirera plus tard. Pour ces raisons, la science du droit ne saurait être liée par les expressions dont se sont servis les législateurs dans leurs travaux et par les opinions personnelles qu'ils ont émises dans leurs discours. Le juriste, interprète de la Constitution et des lois, ne doit s'attacher qu'à leurs dispositions positives et en tirer les conséquences indiquées par la logique, c'est-à-dire par le simple bon sens.

Telle est l'opinion de *Rüttimann*,³¹¹ quand il réfute la doctrine de *Calhoun*, et celle de *Seydel*,³¹² quand il critique l'école de *Waitz*; ce qui n'empêchera pas le juriste zuricois de citer l'art. 3 de la Constitution fédérale³¹³ en faveur de la souveraineté cantonale, ni l'auteur allemand d'invoquer les expressions employées par les Constitutions particulières de certains Etats américains,³¹⁴ pour prouver la nature contractuelle de la Constitution fédérale. Nous tâcherons de ne pas commettre la même faute et de nous rattacher aux choses elles-mêmes et non aux expressions dont on s'est servi pour les désigner.

Ceci dit, nous passons à la critique des conclusions de *Calhoun* et de *Seydel*, comme elles sont résumées dans les 4 §§ ci-dessus:

Principe que le créateur est nécessairement au-dessus de la créature.

Selon ces auteurs le créateur est nécessairement au-dessus de la créature. La Constitution, œuvre des Etats, est nécessairement au-dessous d'eux. Elle n'est qu'un contrat intervenu entre eux et non une loi qui leur est imposée par une puissance supérieure.

Justesse de ce principe, vis-à-vis de la doctrine du contrat social. Réfutation de cette dernière doctrine.

« Les Américains », dit *Rüttimann*³¹⁵, « ont eu beaucoup de peine à réfuter cette théorie de *Calhoun*, parce que, sous l'influence de la doctrine du contrat social, ils sont habitués à considérer chaque Constitution comme un contrat. »

Il est vrai de dire qu'avec cette doctrine du contrat social, il est impossible d'établir la véritable nature de la Constitution et la suprématie de l'Etat fédératif sur ses membres. *Calhoun* n'a fait qu'étendre à l'Etat fédératif l'opinion, généralement reconnue aujourd'hui, qui rejette la possibilité du contrat social.

³¹¹ Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht I, p. 66—69.

³¹² P. 216.

³¹³ P. 54.

³¹⁴ P. 222.

³¹⁵ I, 62.

La doctrine commune sur l'Etat fédératif applique la notion du contrat social à la création de cet Etat, et c'est là son tort. Elle suppose que des Etats peuvent créer un Etat différent d'eux, comme l'école de Rousseau admettait que les individus peuvent créer un Etat. Or cela est inadmissible; le contrat ne peut absolument pas créer l'être moral que nous appelons l'Etat, aussi peu qu'il est capable de créer un peuple.

Ce n'est pas notre tâche de réfuter ici les principes de *Rousseau*. Les auteurs sont actuellement d'accord pour les rejeter. Mais, à côté des raisons historiques et philosophiques, il y a des motifs de droit pur qui s'opposent à ce qu'on puisse jamais considérer un traité comme la base juridique d'un Etat.

En effet, le contrat suppose le concours de deux parties égales en droit. Il puise sa valeur juridique dans l'accord de leurs deux volontés et ne conserve cette valeur que si ces deux volontés se maintiennent dans leur égalité, soit dans la personne même des contractants, soit dans celle de leurs ayant-cause. Il est dans la nature du contrat de laisser subsister jusqu'à un certain degré la liberté et l'égalité des contractants. Les parties s'imposent des restrictions, il est vrai, mais ces restrictions ne vont jamais jusqu'à supprimer leur personnalité juridique, car l'existence, la valeur et l'efficacité du traité dépendent précisément, en droit strict, de la durée de la personnalité juridique de ses auteurs. Supposez que, le contrat une fois conclu, une des parties contractantes perde sa personnalité et son existence juridique, sans qu'une autre succède à ses droits, le contrat, en droit strict, perd son efficacité pour ne conserver qu'une simple valeur morale.

Seydel propose à l'appui de ces idées un exemple tiré du droit privé.³¹⁶ « Supposons », dit-il, « que le droit civil permette à un homme libre de se dépouiller de sa liberté en faveur d'un autre, et cela par contrat conclu avec cet autre. Un individu conclut un semblable contrat, mais en stipulant certaines réserves, par exemple une certaine nourriture, un certain nombre d'heures de repos, etc. Quel serait l'effet juridique de ce contrat? L'individu cesse d'être personnalité juridique, il ne peut plus être sujet de droits. Donc toutes les réserves accessoires n'ont aucune valeur juridique, et ne laissent subsister qu'une obligation morale pour le maître. »

³¹⁶ P. 214.

On pourrait peut-être objecter que le droit protégera l'esclave, bien que ce fût contraire à la logique.

Mais mettez maintenant à la place des deux individus deux Etats, dont l'un se soumet à l'autre. Ici point d'ordre légal supérieur qui puisse protéger le nouveau sujet contre son maître. Le soi-disant contrat tombe, parce qu'il n'y a plus deux volontés égales, il n'y a plus qu'une seule volonté en face d'elle-même. Or, la nature du véritable contrat est, au contraire, de laisser subsister les deux volontés contractantes, de puiser en elles sa force et son efficacité. Donc l'acte par lequel, pour suivre notre exemple, un Etat se soumet à un autre, n'est pas un contrat, dans le véritable sens du mot.

Supposez maintenant que plusieurs Etats se réunissent pour en créer un nouveau. C'est ainsi, selon l'opinion commune, que se sont créés les Etats fédératifs actuels. Cette hypothèse est inadmissible en droit, d'abord parce que des Etats peuvent aussi peu créer un nouvel Etat par contrat, que des individus ne peuvent par le même procédé créer d'autres individus ou des organes d'autres organes; ensuite parce que — la doctrine du partage de la souveraineté écartée — les Etats particuliers perdent leur souveraineté en faveur de l'Etat central, tandis qu'il est de l'essence du contrat de laisser subsister la souveraineté des parties contractantes et de l'essence de la logique que le créateur ne soit pas absorbé par la créature. La création contractuelle d'un nouvel Etat est impossible. Le contrat est incapable de justifier et d'expliquer la subordination des citoyens à l'Etat.

Donc sur ce point encore *Calhoun* a raison, du moins pour ceux qui, comme nous, rejettent la théorie du contrat social. On se souvient que *Rousseau* lui-même, frappé de l'insuffisance de sa doctrine à cet égard, avait cherché à y remédier par la fiction d'un pacte en vertu duquel la minorité promet de se soumettre à la majorité. Mais cette fiction, sans parler de l'arbitraire qu'il y aurait à lier ainsi la minorité à tout jamais, et sans compter qu'elle n'a jamais été réalisée dans la pratique, cette fiction n'explique pas la création de l'Etat, ni sa nature universelle.

Argumentation au moyen de laquelle on a tenté d'éluder les conséquences de la genèse contractuelle de l'Etat fédératif.

De nos jours les auteurs qui, bien que rejetant le contrat social, ne savent pas expliquer la création de l'Etat fédératif autrement que par les traités intervenus en fait entre les Etats particuliers, ont cherché à éluder la difficulté en imaginant ce

qu'on peut appeler « une novation de droit public. » Ainsi *Webster* dit : ³¹⁷ « La Constitution n'est pas un contrat, mais le résultat d'un contrat, en prenant ce mot de contrat dans le sens d'un simple consentement. Basée sur un tel consentement, elle est un véritable gouvernement. Adoptée par le peuple des Etats-Unis, elle est devenue, par cette adoption, une Constitution. Le peuple a décidé par un assentiment général de faire une Constitution. Mais quand elle est faite, la Constitution devient ce que son nom indique. Elle n'est plus un simple arrangement. »

Chez nous, la participation du peuple suisse à la votation sur la Constitution fédérale de 1848 et l'entrée en vigueur de cette Constitution, malgré le vote négatif de plusieurs Cantons, ne se prêtaient pas bien à cette idée. En revanche, elle a été adoptée par *Haenel*, en ce qui concerne l'Allemagne. Voici, en résumé, l'argumentation de cet auteur : ³¹⁸ « Les Etats allemands ont conclu, il est vrai, un traité dans lequel ils se sont obligés à former une nouvelle Confédération, un nouvel Etat. Ce traité avait une nature contractuelle et rentrait dans le droit international. Mais depuis qu'il a été exécuté par l'adoption de la nouvelle Constitution, les rapports contractuels ont disparu et ont fait place au nouvel Etat, le droit international a été remplacé par le droit public interne, et aux rapports d'égalité ont succédé des rapports de subordination et de domination. » ³¹⁹

Cette explication est bien subtile et artificielle. Elle n'explique pas comment il est possible que des Etats créent un nouvel Etat. Ensuite elle ne prouve rien parce qu'elle prouve trop. Elle ne fait que rééditer, pour la répudier aussitôt, la théorie du contrat social. « Les individus ou les Etats, dit-on, s'engagent par contrat à créer un nouvel Etat, soit à élaborer et mettre en vigueur une Constitution pour cet Etat. Une fois cette Constitution adoptée, la base contractuelle disparaît. Donc le nouvel Etat ne repose pas sur un traité. »

Critique de cette argumentation.

³¹⁷ (The Constitution not a compact. Works III, p. 468 :) „The constitution is not a contract, but the result of a contract, meaning by contract no more than assent. Founded on consent, it is a government proper. Adopted by the people of the United States, when adopted, it has become a Constitution. The people have agreed to make a Constitution; but when made, the Constitution becomes what its name imports. It is no longer a mere agreement.“

³¹⁸ *Haenel*, Studien zum deutschen Staatsrecht, p. 31 et suiv., p. 68 et suiv.

³¹⁹ *Laband*, Staatsrecht, I, p. 60.

Mais sur quoi donc, alors? ³²⁰ Du moment que le contrat disparaît par un procédé quelconque, quelle est la base juridique du nouvel Etat? Nous restons en face du dilemme posé par *Calhoun* et *Seydel*: Ou bien le contrat subsiste, et vous avez un Etat à base contractuelle, ce qui est impossible, ou bien le contrat est éteint par solution et alors le nouvel Etat ne repose sur aucun fondement juridique.

Réponse à l'argument de *Calhoun* qui déduit la nature de l'Etat fédératif de sa genèse apparemment contractuelle.

La seule réponse à faire aux arguments de *Calhoun* est celle-ci: « Effectivement, l'Etat fédératif, de même que tout autre Etat, ne repose sur aucune base purement juridique et il est aussi oiseux que puéril de vouloir lui en chercher une. L'Etat, créateur et protecteur du droit, ne peut être créé en vertu du droit public qui ne prend naissance qu'avec lui et par sa volonté. Rechercher la base juridique de l'Etat est donc rechercher la quadrature du cercle. La naissance d'un Etat fédératif, comme celle de tout Etat, est un simple fait qui se soustrait à toute qualification juridique. Au philosophe à rechercher les causes de cet événement, à l'historien à décrire les actes par lesquels il s'est manifesté et qui ont marqué les différentes phases de sa genèse; le juriste doit attendre pour commencer son examen scientifique que le nouvel état de choses soit établi. Alors il l'étudie tel qu'il est, et en tire les conclusions que lui dictent le droit et la logique, sans se préoccuper des faits qui l'ont précédé. »

Justification de cette réponse.

Dans la première partie de cette étude du droit public, nous avons pris comme point de départ la notion de la souveraineté qui est celle qui se présente tout d'abord à l'esprit et nous en avons déduit les conséquences qui en découlent nécessairement. Maintenant qu'il s'agit, non plus d'une notion primordiale du droit, mais de la qualification juridique d'un état de choses concret, il nous faut abandonner le raisonnement dé-

³²⁰ *Calhoun*, Discourse on the Force Bill, du 16 Février 1833, Works, II, 271. „I would ask, to what compact does the Senator refer, as that on which the Constitution rests? Before the adoption of the present Constitution, the States had formed but one compact, and that was the old Confederation; and certainly, the gentleman does not intend to assert that the present Constitution rests upon that. What, then, is his meaning? What can it be, but that the Constitution itself is a compact? And how will his language read, when fairly interpreted, but that the Constitution was a compact, but is no longer a compact? It had, by some means or another, changed its nature, or become defunct?“

ductif et procéder par induction. En d'autres termes, au lieu de partir de la genèse des Etats fédératifs actuels pour en déduire leur nature juridique, il nous faut rechercher si la forme politique établie aux Etats-Unis, en Suisse et en Allemagne, présente les caractères d'un Etat ou d'une Confédération d'Etats, et cela fixé, remonter à l'examen juridique des actes qui ont accompagné sa création. En conséquence, nous reviendrons sur cette genèse après avoir examiné la valeur des autres points du système sécessionniste de *Calhoun*.

La meilleure manière de procéder à cet examen, c'est de le réduire à la question suivante, qui résume tout le débat : Les Etats fédératifs actuels sont-ils des êtres moraux indépendants de leurs membres, des Etats, ou ne sont-ils que des associations de droit international, des Confédérations sans personnalité juridique ? En d'autres termes, ont-ils vis-à-vis des Etats particuliers des droits et une sphère d'action propres, ou n'exercent-ils que des droits délégués, comme des appareils destinés à recueillir les volontés de ces Etats ?

L'école de *Calhoun* défend la seconde alternative, nous nous prononçons pour la première, en nous basant sur les considérations suivantes :

1° Les pouvoirs législatifs des Etats fédératifs actuels ne sont ni la somme de ceux de leurs membres, ni des organes communs de ces derniers. C'est dénaturer les faits que de considérer la Chambre des Représentants à Washington, notre Conseil national et le Reichstag allemand comme les représentants des Etats. Le fait qu'on a tenu compte de ces derniers lors de la fixation des cercles électoraux ne repose que sur des motifs d'opportunisme et n'a aucune portée juridique. Chacun est d'accord que le député ne représente pas, en droit public, ses électeurs pris isolément, mais la collectivité du peuple. Nos conseillers nationaux ne représentent pas les populations des Cantons qui les nomment, mais bien le peuple suisse en entier.

On a répondu à cet argument que la souveraineté de l'Etat fédératif ne réside pas dans les corps législatifs fédéraux élus par le peuple. C'est ainsi qu'en appliquant sa doctrine à l'Allemagne, *Seydel* ne parle que du Conseil fédéral et ajoute : ³²¹ « C'est

Principe de la souveraineté de l'Etat fédératif. Arguments sur lesquels repose ce principe.

Argument tiré de l'indépendance des pouvoirs fédéraux vis-à-vis des Etats particuliers.

Objection présentée à cet argument.

³²¹ P. 232.

intentionnellement que le Reichstag n'est pas mentionné ici, *car il ne représente aucune souveraineté.* »

Réfutation de
cette objection.

Ce n'est pas ici le lieu de réfuter cette opinion monarchique, aux yeux de laquelle la représentation du peuple n'est qu'un hors d'œuvre dans le système juridique de l'Etat. Nous la retrouverons plus tard. Pour le moment il nous suffit de constater qu'elle est absolument inapplicable à la Suisse et aux Etats-Unis. Nous allons plus loin. Le Sénat américain, le Conseil des Etats suisse et le Conseil fédéral allemand ne sont pas non plus de véritables représentants des Etats particuliers, dans le sens ordinaire du mot, mais bien plutôt des organes de l'Etat central. Je m'explique. Supposez que la Suisse, par exemple, soit une simple Confédération, une sorte de raison sociale internationale, sous laquelle les Cantons souverains règlent quelques matières en commun. Dans cette hypothèse, ils pourraient valablement réaliser une entente commune sous une forme quelconque. Ils pourraient s'entendre pour élaborer une loi, qui serait promulguée par chacun d'eux, ils pourraient même convenir de ne la modifier ou de l'abroger qu'après une entente commune.³²² Aurions-nous là une loi fédérale? Nullement. Ce serait une loi particulière de chaque Canton, une loi cantonale. Une loi fédérale ne peut être faite que par l'Assemblée fédérale selon les règles prescrites par la Constitution. Bien plus, une loi fédérale ne peut pas être supprimée par la volonté unanime des Cantons, si les Chambres fédérales n'y consentent pas, tandis qu'il suffit d'une décision prise par la majorité de ces dernières pour abroger une loi adoptée et promulguée simultanément par tous les Cantons.

L'Assemblée fédérale n'est donc pas un simple moyen pour les Etats de réaliser une entente commune, mais un organe indépendant qui peut être en opposition avec la volonté unanime des Etats, et dont la volonté n'en fait pas moins loi dès qu'elle s'est manifestée dans les formes légales. Donc l'Assemblée fédérale ne représente point les Etats, elle est l'organe d'un être supérieur. Nous rappelons ici ce que nous avons dit plus haut au sujet de la personnalité de l'Etat. Du moment qu'il y a organe, nous en concluons qu'il existe un être organique auquel l'organe appartient, et dans le cas particulier cet être organique n'est autre que l'Etat fédératif, en sa qualité de personne juri-

³²² V. supra p. 66 et suiv.

dique. Les Cantons nomment bien les députés au Conseil des Etats, comme le peuple nomme les conseillers nationaux. Mais dans les deux cas il ne s'agit pas d'une véritable représentation dans le sens ordinaire du mot. Les Chambres fédérales sont l'organe de la Confédération suisse, et en élisant leurs membres, les Cantons et le peuple agissent également comme organes de cette dernière. Dans tous ces cas, c'est l'Etat fédératif qui parle et qui agit au moyen de ses organes.³²³ Nous le répétons, pour bien se rendre compte de ce fait, il faut écarter toute idée de représentation proprement dite, parce qu'il y a ici unité et identité de personne entre le représentant et le représenté. Le peuple et les Cantons ne représentent pas véritablement la Confédération, pas plus que l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral ou le Tribunal fédéral. C'est la Confédération elle-même qui parle par leur bouche. Cela peut paraître subtil. Mais c'est la seule manière de concevoir la nature de l'Etat, à moins que l'on ne rejette la personnalité et la nature organique de ce dernier et qu'on n'en fasse un domaine soumis à un pouvoir suspendu en l'air au-dessus de lui.

Le même phénomène se retrouve dans le pouvoir exécutif et dans le pouvoir judiciaire. Le Conseil fédéral n'est pas le représentant des gouvernements cantonaux. Ce n'est pas vis-à-vis d'eux, mais vis-à-vis de l'Assemblée fédérale, qu'il est responsable. Il en est de même de tous les fonctionnaires fédéraux. Le Tribunal fédéral est également l'organe de la Confédération et non une Cour arbitrale instituée par les Cantons pour régler leurs conflits à l'amiable. C'est complètement méconnaître sa nature juridique, que de la rattacher, comme l'a fait *Dubs*,³²⁴ à l'ancien arbitrage fédéral des siècles passés. Le Tribunal fédéral a exactement dans la Confédération la même situation que les tribunaux dans l'Etat simple. C'est la Confédération qui, par son organe, juge les conflits de compétence entre elle et les Cantons, comme le Tribunal d'un Canton jugerait un conflit de compétence entre une autorité can-

³²³ En 1848, lors des premières élections au Conseil national, le Canton du Valais avait désigné des suppléants pour remplacer au besoin ses députés à ce Conseil. L'Assemblée fédérale annulla ces élections, en se basant sur ce que la Constitution n'admettait pas que les députés à l'Assemblée fédérale pussent être remplacés dans l'exercice de leurs fonctions par des suppléants. Recueil officiel, I, p. 42.

³²⁴ II, p. 47.

tonale et une commune ou un particulier. Il est donc absolument erroné d'attribuer à ces conflits le caractère de différends contractuels entre deux souverainetés égales, à trancher par voie d'arbitrage.

Autres arguments
sur lesquels repose
le principe de la
souveraineté de
l'Etat fédératif.

2° Ceci posé, il n'est pas possible de considérer les compétences fédérales comme ayant été déléguées à l'autorité centrale par les Cantons. La Confédération exerce des droits qui ne peuvent pas lui avoir été remis par ces derniers, parce que ces droits dépassent de beaucoup la sphère des Cantons. Ainsi la législation fédérale outrepassa de beaucoup le pouvoir législatif bernois, zuricois, etc.

3° De ce que les lois fédérales ne sont pas des lois des Cantons, il résulte qu'elles entrent en vigueur non pas au nom de ces derniers, mais au nom de la Confédération seule et nonobstant la volonté contraire d'un Etat confédéré. Les lois fédérales ne sont donc point de simples concordats. La protection accordée par la Constitution à ce qu'on appelle les concordats fédéraux,³²⁵ est elle-même en dehors du droit contractuel ordinaire et démontre l'existence d'un ordre juridique supérieur aux parties contractantes.

Argument tiré de
la „compétence de
la compétence“ de
l'Etat fédératif.

4° Enfin, et c'est là le point décisif, les Etats fédératifs actuels ont tous le pouvoir de fixer et d'agrandir leurs compétences au détriment de leurs membres, sans que le consentement unanime de ceux-ci soit nécessaire à cet effet. Nous avons déjà traité ce sujet plus haut, et il est inutile de s'y arrêter longuement. Le droit de déterminer librement sa propre compétence est le trait caractéristique de la souveraineté. L'Etat fédératif a donc une volonté souveraine, donc *a fortiori* c'est un Etat.

Réponse faite à
cet argument par
la doctrine de
Calhoun.

A cela la doctrine sécessionniste a une réponse toute prête. « Il est vrai », dit-elle, « qu'actuellement les soi-disant Etats fédératifs peuvent agrandir leurs compétences par un vote de majorité et que les Etats particuliers peuvent se voir malgré eux dépouillés de leurs droits. Mais cette restriction est toute volontaire. Elle repose sur leur propre consentement manifesté dans le contrat primitif, donc cela ne modifie en rien leur propre souveraineté. »³²⁶

³²⁵ V. *Dubs*, II, p. 40 et 41.

³²⁶ Ainsi *Dubs*, II, p. 46, qui quoique partisan de la double souveraineté, est bien plus élève de *Calhoun* que de *Tocqueville*.

Cette réponse a le mérite de resserrer le débat et de nous amener au nœud même de la question, en nous faisant voir le critère suprême qui distingue l'Etat fédératif de la simple Confédération d'Etats.

Si des Etats conviennent par contrat de donner à la majorité le pouvoir d'étendre les compétences fédérales à l'infini et d'aller jusqu'à absorber et à anéantir les Etats particuliers, alors nous disons qu'il n'y a pas là de contrat dans le sens juridique du mot. Il est de l'essence du contrat de laisser subsister l'égalité des contractants et leur indépendance respective, car ces deux conditions sont précisément les bases nécessaires de sa valeur et de son efficacité juridique. Si des Etats libres abdiquent leur personnalité au profit de la majorité et remettent leur existence entre les mains de cette dernière, ce *pactum subjectionis* n'est pas un véritable contrat, parce qu'il peut amener finalement la suppression de l'un des contractants par l'autre, alors que cette conséquence ne peut jamais résulter d'un pacte ordinaire.

Les Constitutions fédérales ont en elles le germe d'une extension de compétence qui peut aller jusqu'à la suppression des Etats confédérés. Donc ces derniers peuvent se trouver, en vertu de ces Constitutions que *Calhoun* qualifie de contrats, dans une situation qui ne leur laisse plus que le choix entre le suicide³²⁷ et la rupture du contrat. Or, nous le répétons, il est dans la nature du pacte de laisser intacte la souveraineté des parties contractantes et de céder au besoin devant la nécessité de leur propre conservation. Tout traité suppose la clause : «*rebus sic stantibus*» et implique le droit pour les parties de s'en retirer si les conséquences qui résultent de son application sont incompatibles avec le besoin suprême de chaque Etat, sa propre conservation.³²⁸

Voilà le critère décisif de l'Etat fédératif, voilà où la doctrine de *Calhoun* vient échouer sans remède. S'il y a une Confédération, il y a aussi pour ses membres le droit de sécession comme *ultima ratio* contre l'agrandissement des pouvoirs fédéraux ;³²⁹ si, par contre, l'Etat fédératif est au-dessus de ses membres, sa loi suprême est celle de sa propre conservation et devant cette loi,

Critique de cette réponse. Critère décisif qui sépare l'Etat fédératif de la simple Confédération d'Etats, dans laquelle *Calhoun* veut le faire rentrer.

³²⁷ Ce serait un suicide, puisque, selon le jurisconsulte américain, cet anéantissement serait dû à la propre et libre volonté des Etats eux-mêmes.

³²⁸ *Seydel*, eod. p. 241.

³²⁹ V. supra p. 125, n. 310, les paroles de *Calhoun*.

tous les Etats doivent s'incliner, même quand il y irait de leur propre existence.

Sur ce point la controverse n'est guère possible. Les faits ont condamné la doctrine de *Calhoun* dans le pays même où elle est née. C'est en invoquant le besoin de leur propre conservation que les Etats du Sud ont voulu se séparer de l'Union. C'est au nom de la loi suprême de l'existence de cette dernière qu'ils ont été réduits par la force des armes à se soumettre. Chez nous, heureusement, cette crise ne s'est pas présentée depuis la Constitution définitive de l'Etat fédératif, mais il est hors de doute qu'aucun Canton n'aura jamais le droit de sortir de la Confédération, même si nous passions à l'Etat unitaire.³³⁰ *Dubs* lui-même, qui a poussé à l'extrême la doctrine de la souveraineté cantonale, reconnaît qu'en voulant se dégager du lien fédéral, les Cantons seraient hors du droit positif.³³¹ Cette assertion n'est pas même très exacte, car le droit positif ne contient rien de précis à cet égard (sauf les dispositions relatives à la haute trahison et à l'exécution fédérale), et cela pour une raison bien simple. La conviction que le Canton n'a plus le droit de sortir de la Confédération n'est pas le résultat d'une déduction juridique.³³² Elle puise sa force dans le sentiment national du

³³⁰ V. *Blumer-Morel*, I, p. 180.

³³¹ P. 47—48. Les éventualités citées par cet auteur ne sont, du reste, pas bien choisies, car elles sont en dehors du droit public. L'Assemblée fédérale ne peut pas décréter à elle seule la suppression des Cantons, et, d'un autre côté, tout acte de ceux-ci tendant à dissoudre le lien fédéral serait un acte de haute trahison envers la Confédération. Si, par contre, la suppression des Cantons est votée par le peuple et la majorité de ces derniers, conformément à la Constitution fédérale, ni le droit positif, ni le droit naturel n'autorisent la minorité à s'élever contre cette décision parfaitement constitutionnelle. Ce n'est pas précisément faire faire des progrès au droit public suisse et éclairer les esprits dans ce domaine déjà livré à tant de préjugés que de représenter les Cantons et la Confédération comme des antagonistes toujours occupés à se surveiller jalousement les uns les autres, et prêts à en venir aux mains à tout bout de champ. L'évolution vers l'Etat unitaire n'est pas du tout dans la nature de l'Etat fédératif, et l'on n'est pas fondé à la prévoir pour bien longtemps. En tous cas, elle ne résultera jamais de l'agrandissement des compétences fédérales dans tel ou tel domaine, comme on l'a prétendu lors du projet d'unifier le droit en Suisse. Enfin l'on ne devrait pas oublier que ce que la Confédération enlève à la compétence cantonale, elle le rend aux Cantons et aux citoyens avec usure, car elle n'a pas d'autre but que l'intérêt général de la Suisse entière.

³³² *Jellinek*, p. 298.

peuple suisse entier. Elle ne résulte pas d'un texte de loi, elle est au contraire à la base de tout le droit public. Or, il ne viendra jamais à l'idée d'un citoyen suisse de prétendre qu'un Canton peut rompre le lien fédéral, et il est tellement vrai que ce sentiment de l'indissolubilité nationale est au-dessus de tout texte législatif et de toute déduction juridique, que ni les Suisses après 1847, ni les Américains après 1866 n'ont jugé nécessaire d'écrire dans la Constitution que les Etats particuliers n'avaient pas un pareil droit de sécession.³³³ C'est là un fait primordial comme l'Etat lui-même. La guerre du Sonderbund en Suisse, la guerre de sécession en Amérique, le mouvement national allemand de 1870, prouvent que ces trois Etats fédératifs reposent sur des bases nationales indestructibles et que le lien par lequel ils embrassent les Etats particuliers est indissoluble.

Nous arrivons donc aux conclusions suivantes :

Quoique les Etats fédératifs actuels puissent agrandir leurs compétences librement et à l'infini, leurs membres ne peuvent pas s'en retirer, et en cas de conflit entre leur propre existence et l'existence de l'Etat fédératif, ils doivent se soumettre. Il en résulte que l'Etat fédératif est un véritable Etat souverain.

Et maintenant que ce point est acquis, nous pouvons remonter à la naissance de cet Etat.

Dernière réponse
à la doctrine de
Calhoun.

L'école de *Calhoun* raisonne ainsi : « Les Etats fédératifs actuels ont été créés par des contrats conclus entre les Etats particuliers. Ces derniers ont donc conservé leur souveraineté et logiquement ils ont en fin de cause le droit de sécession. » — Nous répondons : « Ce droit de sécession est contredit par les faits, et comme il découle logiquement de vos prémisses, il en résulte que ces dernières sont fausses, et qu'en particulier l'Etat fédératif ne repose pas sur un contrat. »

Ce n'est pas le moment de faire l'historique de cette forme politique. Nous y reviendrons quand nous parlerons de la théorie de *Jellinek*, qui a établi les véritables principes en cette matière.³³⁴ Pour le moment, il nous suffit de répéter que la genèse de l'Etat fédératif est, comme celle de l'Etat simple, un fait primordial qui se trouve au-dessus de toute qualification juridique, de même que l'Etat est antérieur au droit public. Il est donc illogique

³³³ de *Holst* dans *Marquardsen*, p. 25.

³³⁴ V. *infra* chap. V.

de vouloir qualifier juridiquement les actes qui ont précédé et accompagné la création d'un nouvel Etat pour en déduire des conséquences quant à sa nature juridique actuelle. Sur ce dernier point encore, la doctrine de *Calhoun* et de *Seydel* ne se soutient pas, et nous pouvons en terminer ici la critique pour passer à l'examen des dernières théories sur l'Etat fédératif. Ces théories s'accordent à reconnaître la souveraineté de l'Etat central et à nier celle de ses membres. Elles ne diffèrent entre elles que sur la situation juridique faite à ces derniers par la Constitution fédérale.

Chapitre IV.

Le système de Laband.

Importance de
l'ouvrage de
Laband.

Plus qu'aucun autre jurisconsulte allemand, *Laband* a le mérite d'avoir donné une nouvelle impulsion à la science du droit public en l'affranchissant entièrement des considérations philosophiques, politiques, ou historiques et en affirmant la nécessité d'appliquer dans ce domaine une méthode strictement juridique. A ce point de vue, son grand ouvrage sur le droit public allemand ³³⁵ est un modèle du genre. La pensée juridique y règne sans mélange, les déclamations banales, que l'on était accoutumé à trouver dans les traités de droit public, y sont remplacées par des argumentations serrées et les opinions de l'auteur reposent sur des bases purement juridiques. Aussi a-t-il réussi à ériger le droit public de son pays en un système qui a fait époque, et l'on peut parler maintenant de son école dans le monde des juristes. ³³⁶ *Laband* a également apporté beaucoup de lumière dans la controverse sur l'Etat fédératif en précisant des notions encore obscures et sur lesquelles on discutait sans qu'elles fussent bien fixées de part et d'autre. Ainsi il a établi très nette-

³³⁵ Nous avons déjà eu l'occasion de le citer souvent. V. pour le titre supra, p. 19, n. 28.

³³⁶ Cf. le jugement de *Gierke*, qui pourtant est adversaire de la méthode formaliste employée par *Laband*. *Gierke* dans *Schmoller* p. 1 et suiv. Parmi les adeptes de *Laband*, il faut citer en 1^{re} ligne Dr. *George Liebe*, Staatsrechtliche Studien I. Sind die zu einem Bundesstaate vereinigten Staaten souverän? Leipzig, 1880, et Staatsrechtliche Streitfragen, dans la Tübinger Zeitschrift für Staatswissenschaften, vol. 38 (1882), p. 624—641.

ment la distinction entre la Confédération d'Etats, simple société internationale, et l'Etat, personne juridique; ³³⁷ et il a défendu avec beaucoup de succès l'unité de la souveraineté contre *Waitz* ³³⁸ et la souveraineté de l'Etat contre *Seydel*. ³³⁹

Selon *Laband*, ³⁴⁰ l'Etat fédératif est une république dont les citoyens sont eux-mêmes des Etats et dans laquelle la souveraineté est exercée par la collectivité de ces Etats envisagée comme unité. Ainsi l'Empire allemand, par exemple, n'est ni un empire de 40 millions de sujets, ni une démocratie de 40 millions de citoyens; c'est une république de 25 membres dont la collectivité exerce le pouvoir suprême.

Exposé de sa doctrine.

Comme dans tout Etat composé, nous avons une double organisation publique. D'abord les habitants et le territoire sont soumis au pouvoir de l'Etat particulier auquel ils appartiennent, puis ces Etats eux-mêmes sont comme tels soumis au pouvoir de l'Empire. Il y a donc deux étages dans la construction de l'Etat fédératif: les Etats membres ont au-dessous d'eux le peuple et le territoire, au-dessus d'eux le pouvoir impérial suprême.

L'Etat fédératif se distingue de tout autre Etat composé en ce que la souveraineté fédérale y est exercée non par un seul des Etats confédérés, par un monarque, ou par le peuple, mais par l'unité des Etats. L'Etat fédératif est donc une république d'Etats qui, pris individuellement, ne sont pas souverains, mais qui exercent collectivement la souveraineté fédérale.

« Voilà, ajoute *Laband*, ³⁴¹ la notion juridique de l'Etat fédératif, telle qu'elle a été réalisée par la Constitution de l'Empire allemand. » — C'est précisément le tort de l'éminent jurisconsulte de s'être inspiré exclusivement du droit de son pays. Il a été amené par là à formuler une définition de l'Etat fédératif qui est inacceptable pour les Suisses et les Américains et qui, même quant à l'Empire allemand, prête à de nombreuses objections.

Critique de cette doctrine.

En premier lieu *Laband* attribue aux Etats particuliers la création de l'Etat fédératif et se rattache à la doctrine de la

Les idées de *Laband* relatives à la genèse de l'Etat fédératif.

³³⁷ Staatsrecht. I, p. 56 et 57.

³³⁸ Eod. p. 73 et suiv.

³³⁹ Eod. p. 64 et suiv.

³⁴⁰ P. 70 et 73.

³⁴¹ P. 72—73.

novation de droit public développée par *Webster* et adoptée par *Haenel*. Nous avons déjà vu que cette argumentation ne préserve pas ses partisans de l'écueil du contrat social et qu'elle ne saurait expliquer la personnalité juridique de l'Etat fédératif. Dans son second ouvrage sur le droit public allemand ³⁴², *Laband* se rallie à la thèse soutenue avec beaucoup de talent par *Jellinek*, ³⁴³ à savoir que la genèse de l'Etat fédératif, comme celle de tous les Etats, est un simple fait qui échappe à toute qualification juridique. Et pourtant il maintient son opinion « qu'au point de vue du droit public la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord et de l'Empire allemand n'est pas le fait du peuple allemand, mais bien celui des Etats allemands existant en 1867 et 1870. Tous les actes qui ont amené la création de l'Etat fédératif », dit-il, « sont émanés de ces Etats. En entrant dans ce dernier, les Etats confédérés ont abdiqué leur souveraineté, mais non leur personnalité. Leur individualité a subsisté sans interruption et elle est devenue le fondement essentiel de la personnalité collective fédérale. On ne doit donc pas, dans la construction juridique de l'Empire, se baser sur la fiction que les Etats particuliers ont d'abord été engloutis dans l'Etat central pour être ressuscités immédiatement après par ce dernier et dotés d'un certain nombre de pouvoirs et de compétences publiques. La fondation de l'Empire a été plutôt l'érection d'un pouvoir public au-dessus des Etats; ces derniers sont les membres de l'Empire et forment la base de sa personnalité juridique. » ³⁴⁴

Réfutation de ces
idées.

Nous ne pouvons pas nous rallier à cette manière de voir. Si l'on admet la souveraineté de l'Etat fédératif, il faut aussi admettre qu'il est la base sur laquelle reposent les Etats particuliers. La souveraineté est l'attribut de la collectivité suprême qui embrasse un peuple et son territoire. Ce peuple et ce territoire sont les deux bases nécessaires de l'Etat souverain. L'Etat fédératif n'est donc pas un pouvoir supérieur élevé comme un second étage au-dessus de ses membres. Il est un édifice complet dont les fondements reposent dans la nation même et sur le sol du pays.

Ensuite, il résulte de la souveraineté que c'est la volonté de l'Etat souverain qui crée tous les êtres moraux non souve-

³⁴² *Laband* dans *Marquardsen*, I, p. 11.

³⁴³ P. 262 et suiv.

³⁴⁴ Eod. p. 19.

rains.³⁴⁵ L'Etat souverain est la source de tous les pouvoirs, et c'est sur sa volonté que reposent en droit l'organisation, les compétences et l'existence même des collectivités inférieures. Il est donc contraire à la logique de représenter les Etats particuliers comme les créateurs de l'Etat fédératif. L'opinion de *Laband* ramène nécessairement à la création contractuelle de cet Etat, à la négation de sa personne juridique, à la souveraineté de ses membres. Il est impossible en effet d'éluder le principe que la créature est nécessairement au-dessous du créateur, et que ce dernier ne peut avoir au-dessus de lui un souverain qui serait son ouvrage.

Pour nous, l'Etat souverain n'a pas de naissance juridique; il n'a pas de créateur. Il est l' α et l' ω du droit public. Nous examinons l'Etat fédératif tel qu'il est actuellement, et en lui attribuant la souveraineté nous devons nécessairement accepter les conséquences de cette opinion, à savoir que c'est l'Etat fédératif qui, juridiquement parlant, a créé ses membres et que c'est à lui qu'ils doivent leur existence et leur *status*. *Lincoln* a admirablement formulé cette idée, en disant: « Les Etats ont leur *status* dans l'Union, ils n'ont point d'autre *status* légal. »³⁴⁶ Cela est profondément vrai. En droit, l'Etat souverain est la base première, les corps non souverains sont ses créatures.

Et que l'on ne dise pas que cette opinion est contraire à l'histoire. Le domaine du jurisconsulte n'est pas celui de l'historien. Il est parfaitement juste que les Cantons ont existé longtemps avant la Confédération actuelle, de même que les Etats allemands ont précédé le nouvel Empire, et les Colonies américaines l'Union de 1787. Mais cela ne contredit en rien notre manière de voir. La seule chose qui nous importe c'est que le 6 novembre 1848³⁴⁷ est né un Etat fédératif souverain nommé la Confédéra-

³⁴⁵ Cf. *Kaiser*, Schw. Staatsrecht II, p. 110: „*Stahl* dit avec raison: La souveraineté est le pouvoir primordial et suprême, la cause et la limite de tous les autres, qu'elle détermine positivement ou limite négativement. La souveraineté n'est donc pas seulement le pouvoir suprême, mais bien le pouvoir (ursächliche Gewalt) qui est la cause des autres et dont ceux-ci dépendent.“ V. aussi supra p. 71, n. 144.

³⁴⁶ The States have their status in the Union and they have no other legal status. Message du 4 juillet 1861. Cf. *Jellinek*, p. 273.

³⁴⁷ On verra plus tard que nous considérons comme l'heure de la naissance de l'Etat le moment où il se manifeste extérieurement, c'est-à-dire où sa constitution entre en vigueur et ses autorités commencent à fonctionner.

tion suisse, organisation suprême du peuple helvétique. Voilà le fait primordial. Tous ceux qui l'ont précédé nous sont indifférents. Ils appartiennent à l'histoire en général, et à celle du droit public en particulier. Mais la doctrine de notre droit public actuel n'a pas de passé, elle date seulement du 6 novembre 1848.

Il n'y a, entre le Canton d'avant 1848 et le Canton d'après 1848, aucune continuité juridique. Le premier était un Etat souverain reposant sur lui-même, le second est un corps non souverain reposant sur la volonté de la Confédération. Nous n'hésitons donc pas à admettre, en opposition avec *Laband*, qu'il y a eu en 1848 un cataclysme dans lequel les Cantons ont cessé d'exister comme Etats pour être ressuscités par la Confédération dans leur condition actuelle.³⁴⁸

Idées de *Laband*
relatives à la si-
tuation des Etats
particuliers dans
l'Etat fédératif.

Cette idée que les Etats particuliers ont créé l'Etat fédératif et en forment la base, a conduit *Laband* à une doctrine que les auteurs ont unanimement rejetée, parce qu'elle est contraire à nos idées modernes sur l'Etat: nous voulons parler de la médiation que l'éminent jurisconsulte allemand fait subir aux citoyens de l'Etat fédératif. Selon lui, il n'y a en principe aucun lien direct entre le peuple et l'Etat collectif. Chaque individu n'est rattaché à ce dernier que par l'intermédiaire de l'Etat particulier dont il est ressortissant. L'Empire allemand n'est pas un Etat fondé directement sur le peuple allemand; il est comme une coupole posée sur l'ensemble des Etats qui le composent. Il n'a pas de peuple dans le sens ordinaire de ce mot; il n'a pour citoyens que des Etats.

Réfutation de ces
idées.

Cette manière de voir peut être soutenue en théorie, mais elle est contraire à nos idées modernes qui ne peuvent se figurer un Etat sans une action directe sur le peuple, sans un lien

Cette manière de voir est conforme à l'art. 7 des Dispositions transitoires de la Constitution fédérale suisse du 12 septembre 1848: „Dès que l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral seront constitués, le Pacte fédéral du 7 août 1815 sera abrogé.“

³⁴⁸ Du reste, il n'est pas vrai que tous les membres des Etats fédératifs les aient précédés dans l'histoire. Les 25 Etats américains admis dans l'Union depuis sa fondation (cf. *de Holst* dans *Marquardsen* p. 20 et p. 95—103), sont historiquement et juridiquement des créations de cette dernière agissant par l'organe du Congrès. (Const. amér. art. IV, sect. 3.) Or leur situation juridique est exactement la même que celle des anciens Etats. Ce sont des collectivités identiques en droit. On ne peut donc pas invoquer l'histoire pour établir entre les anciens et les nouveaux Etats une différence qui n'existe pas.

direct avec les citoyens.³⁴⁹ Il est parfaitement vrai que, dans les matières réservées ou plutôt assignées aux Etats particuliers, les ressortissants de ces derniers n'ont que des relations indirectes avec l'Etat fédératif. Mais cette médiatisation se retrouve dans l'Etat simple pour toutes les matières communales, provinciales, départementales, etc. Elle découle naturellement de la décentralisation et n'a pas pour effet d'affaiblir en quoi que ce soit le lien direct et *primordial* qui rattache le citoyen à l'Etat. A ce point de vue là il n'y a donc aucune différence entre l'Etat confédéré et la commune d'un Etat simple : le premier est membre et organe de l'Etat fédératif, exactement comme la seconde est membre et organe de l'Etat simple.³⁵⁰

Il n'y a donc, dans la médiatisation préconisée par *Laband* (et que du reste, ainsi que nous le verrons plus tard,³⁵¹ il est obligé d'abandonner en maint endroit), aucun trait de nature à distinguer l'Etat fédératif de l'Etat simple.

C'est en se laissant guider exclusivement par les faits qui ont accompagné la création de la Confédération de l'Allemagne du Nord et de l'Empire allemand que *Laband* est arrivé à sa doctrine de l'Etat fédératif.³⁵² C'est en s'inspirant exclusivement de la Constitution allemande qu'il attribue l'exercice de la souveraineté de ce dernier à la collectivité des Etats confédérés, et sur ce point-ci ces idées, justes en ce qui concerne son pays, ne

Attribution, par *Laband*, de l'exercice de la souveraineté fédérale à la collectivité des Etats particuliers. Réfutation de cette opinion.

³⁴⁹ Cf. *Gierke* dans *Schmoller*, p. 66, n. 2. *Jellinek*, p. 282—283.

³⁵⁰ Sauf la participation de l'Etat particulier à l'exercice du pouvoir suprême fédéral. Voir infra chap. VII, A.

³⁵¹ Voir infra chap. VII, B, I.

³⁵² On le voit, le défaut principal de l'ouvrage de *Laband* est qu'il n'a eu en vue que la Constitution de son pays. Cela correspond à son opinion sur la manière de traiter le droit public en général. *Laband* ne reconnaît pas une grande valeur juridique à ce qu'on appelle communément le droit public général. Il veut que l'on traite le droit particulier de chaque Etat en ne s'inspirant que des conditions individuelles de ce dernier. Il est vrai que les auteurs se sont bien souvent écartés du droit positif pour planer dans les régions des déclamations philosophiques. Mais la science du droit doit absolument tendre à gagner des notions générales, applicables à toutes les formes concrètes auxquelles elles se rapportent. La souveraineté est une de ces notions : elle est la même partout. Cela est aussi le cas de l'Etat fédératif et l'essai de *Laband* d'arriver à une définition de cet Etat est la preuve du besoin de généralisation qui s'impose à la science du droit comme à toute autre science.

sont pas applicables aux Etats-Unis et à la Suisse, où l'organe suprême de l'Etat fédératif est le peuple entier.

En Amérique le peuple nomme la Chambre des Représentants et le pouvoir exécutif. En Suisse il nomme le Conseil national et exerce le pouvoir législatif suprême au moyen du referendum. Le système de *Laband* repose sur une conception monarchique que nous ne pouvons pas admettre. Pour lui le Reichstag ne représente aucune souveraineté.³⁵³ Il est un simple appendice, chargé de représenter les intérêts du peuple, et auquel on a donné certains pouvoirs législatifs et de contrôle.³⁵⁴ En Allemagne³⁵⁵ la souveraineté réside dans l'unité idéale des Etats allemands, et comme ceux-ci, à l'exception des trois villes libres, sont des monarchies, elle est exercée par la collectivité des monarques auxquels vient s'ajouter l'ensemble des citoyens de ces trois républiques. — Pour nous, au contraire, l'organe souverain de l'Etat suisse est le peuple suisse dans son unité, bien que les Cantons aient une certaine participation aux décisions de la Confédération.

Ce n'est donc pas dans la souveraineté de la collectivité des Etats particuliers qu'il faut voir le trait caractéristique de l'Etat fédératif. Cette conclusion découle, du reste, naturellement du fait que la question de savoir où réside l'organe souverain n'exerce aucune influence sur la nature juridique de l'Etat. L'Etat, chacun le sait, peut être monarchie ou république. Pourquoi l'Etat fédératif, qui est un Etat, ne pourrait-il pas aussi être monarchique ou républicain? Pourquoi doit-il, comme *Laband* le prétend, être nécessairement une démocratie d'Etats? Nous n'admettons pas que la nature juridique de l'Etat fédératif soit déterminée par la manière dont l'organe suprême est composé. Cet organe peut être le peuple, comme chez nous et en Amérique, ou la collectivité des Etats, comme en Allemagne, la nature de l'Etat

³⁵³ Cf. *Seydel*, *Bundesstaatsbegriff*, p. 232.

³⁵⁴ *Gierke* dans *Schmoller*, p. 52.

³⁵⁵ Même en admettant pour l'Allemagne cette doctrine monarchique, le Reichstag, dans sa forme actuelle, ne correspond pas à la doctrine de *Laband*. Les Etats formant comme tels la base de l'Empire, et leurs ressortissants n'étant sujets allemands que par leur intermédiaire, la représentation populaire devrait être une délégation des parlements particuliers et non un corps élu directement par le peuple entier comme unité. Or c'est ce dernier principe qui a prévalu pour la formation du Reichstag. Cf. *Jellinek*, p. 283.

fédératif reste la même. Donc sur ce point encore nous ne pouvons nous rallier à la doctrine de l'illustre jurisconsulte allemand.

A ce sujet, il convient d'élucider un point qui peut élever des doutes. On se demandera peut-être comment s'explique la participation au pouvoir public souverain d'autres organes que l'organe suprême? Pour citer un exemple: comment expliquer la participation des Cantons suisses (au moyen du Conseil des Etats, du vote sur les révisions constitutionnelles, etc.) aux décisions prises par la Confédération?

Examen de la situation des organes inférieurs vis-à-vis de l'organe suprême de l'Etat. Principe que l'organe suprême n'est pas véritablement souverain, que la souveraineté appartient exclusivement à l'Etat.

Cette anomalie apparente s'explique aisément dès qu'on se rappelle la nature organique de l'Etat. L'Etat nous apparaît comme un être composé d'organes. Parmi ces derniers il y en a un qui est le principal et qui maintient l'unité en présidant à toutes les fonctions de l'Etat. Cet organe suprême peut être appelé souverain, mais il faut se garder à ce sujet de l'identifier avec l'Etat lui-même.

C'est ce que font beaucoup d'auteurs allemands, *Laband* entr'autres.³⁵⁶ A l'idée d'un organe suprême ils substituent celle d'un « représentant de la souveraineté et du pouvoir public » (*Träger der Souveränität und der Staatsgewalt*) et arrivent ainsi à ramener à ce souverain la totalité du droit public. La conséquence en est que, dans ce système, il n'y a dans l'Etat aucun autre organe possédant des droits originaires dérivés directement de lui, mais seulement des organes secondaires, soutenus par la volonté du « souverain » et n'exerçant que des droits concédés par lui. En particulier les pouvoirs des corps chargés de coopérer à la création de la volonté de l'Etat ne leur sont que concédés par l'organe « souverain ». *Zorn*,³⁵⁷ par exemple, déclare que, dans les monarchies constitutionnelles, la constitution et les droits de la représentation populaire ne sont qu'octroyés par le monarque. On arrive ainsi nécessairement à attribuer à l'organe souverain la création de la constitution et, par là, à le mettre au-dessus de l'Etat lui-même, puisque ce dernier n'existe pas sans sa constitution et vient au monde avec elle. Ainsi la dernière conséquence de cette conception est d'anéantir la personnalité juridique de l'Etat, et d'en revenir à l'opinion de *Seydel* qui ne voit en lui qu'un territoire et des sujets dominés par une volonté suprême.³⁵⁸

³⁵⁶ Cf. *Gierke* dans *Schmoller*, p. 51.

³⁵⁷ *Staatsrecht* I, p. 138.

³⁵⁸ V. *supra* p. 19—23.

Ces résultats sont inadmissibles et il est facile de les éviter. En effet ce qu'on appelle « le représentant de la souveraineté » (Träger der Souveränität)³⁵⁹ n'est pas autre chose qu'un organe dans l'Etat. Il n'a pas d'autre *status*, d'autres compétences et d'autres pouvoirs que ceux qu'il dérive de la constitution de l'Etat. Il n'est pas la source des autres organes, parce qu'il est né en même temps qu'eux et du même auteur, l'Etat.³⁶⁰ A ce point de vue là, tous les organes ont des droits originaires parce que ces droits leur viennent directement de la constitution et non d'un autre organe. Je m'explique: Le Conseil national suisse est élu par l'ensemble des citoyens. Néanmoins il a une compétence originaire et indépendante, fixée non pas par le peuple, mais par la Confédération dans sa Constitution. Il en est de même quant à la situation du Conseil fédéral vis-à-vis de l'Assemblée fédérale qui le nomme

Une fois ce principe établi que les organes inférieurs tiennent de l'Etat des droits aussi originaires et indépendants que ceux de l'organe souverain, le problème dont il est question ici se résout facilement. L'organe souverain étant fixé par l'Etat peut être, à teneur de sa constitution, lié dans certaines de ses fonctions à la coopération d'organes non souverains. Il n'y a pas là un partage de pouvoirs comme le croit *Laband*.³⁶¹ Ce qui serait un partage de pouvoirs incompatible avec l'unité organique de l'Etat, ce serait la division mécanique des fonctions publiques en plusieurs sphères séparées et l'attribution de ces différents pouvoirs à des organes indépendants les uns des autres.³⁶² Mais rien n'empêche l'Etat d'attribuer les fonctions publiques à plusieurs organes chargés directement et indépendamment les uns des autres de représenter sa personnalité. Il ne s'agit que d'assigner cer-

³⁵⁹ *Laband*, II, p. 7 et suiv.

³⁶⁰ Ainsi Léopold I est devenu roi des Belges en vertu de la Constitution qui était entrée en vigueur avant son accession au trône. Cf. *Jellinek*, p. 267. Un phénomène analogue s'est produit en Angleterre après la révolution de 1688. De même l'Italie actuelle n'est pas un simple agrandissement du royaume de Sardaigne. C'est un nouvel Etat qui est venu au monde avec sa Constitution et qui a attribué par elle la couronne à la maison de Savoie. Cela s'applique du reste à tous les Etats qui ont une constitution quelconque en prenant ce terme dans l'acception la plus large.

³⁶¹ Loc. cit.

³⁶² Cf. *Gierke*, eod. p. 51.

taines compétences à plusieurs organes au lieu de les confier à un seul.³⁶³

C'est sur cette conception que repose la monarchie constitutionnelle, dans laquelle le roi, organe suprême, est lié à la coopération du parlement, pour la formation de la volonté de l'Etat. C'est ainsi que s'explique la situation de l'Empereur d'Allemagne et du Reichstag, qui tiennent leurs droits directement de l'Empire allemand, bien que l'organe souverain de cet Etat soit formé par la collectivité des Etats particuliers. C'est ainsi enfin que nous voyons les Cantons suisses avoir, de par la Constitution fédérale et non de par le peuple, des droits qui leur donnent la nature d'organes directs de la Confédération : j'entends la nomination du Conseil des Etats et le droit de vote sur les révisions constitutionnelles. Sur ces deux points l'organe suprême, le peuple, est lié à leur coopération, et ne peut pas s'en défaire par lui-même, mais seulement par un changement de la volonté de l'Etat, c'est-à-dire dans les formes prescrites pour la révision de la Constitution.

Nous voyons donc que la théorie de *Laband*, malgré ses nombreuses qualités, ne résout pas la question de l'Etat fédératif, parce qu'elle s'est trop exclusivement inspirée de la Constitution de l'Empire allemand. C'est à ce défaut qu'un jurisconsulte autrichien, *Jellinek*, a cherché à remédier en établissant un système dont l'examen fera l'objet du chapitre suivant.

Chapitre V.

La théorie de *Jellinek*.

Par son ouvrage sur les associations d'Etats, *Jellinek* a puissamment contribué à la solution de la question qui nous occupe. C'est lui qui le premier a démontré d'une manière irréfutable qu'il est impossible de qualifier juridiquement la genèse de l'Etat, parce que l'Etat, base préexistante de l'ordre légal, ne

Mérites de la doctrine de *Jellinek*.

³⁶³. Dans les Etats constitutionnels nous ne reconnaissons donc pas d'organe véritablement souverain. La souveraineté n'est pas remise par l'Etat à un seul organe sur la volonté duquel reposent les droits et les fonctions de tous les autres; la souveraineté reste à l'Etat, et ce dernier fixe lui-même les attributions de tous ses organes, en liant l'organe principal à la coopération d'autres organes, dans l'exercice du pouvoir législatif souverain. Nous ne parlerons donc pas d'organe „souverain“, mais seulement d'organe suprême, entendant par là l'organe principal qui maintient l'unité dans la vie de l'Etat.

peut être fondé sur une règle du droit qui reçoit de lui sa sanction. Tous les phénomènes qui accompagnent la création d'un Etat échappent à une qualification juridique. Ce sont des faits explicables par l'histoire, mais non réductibles en une formule de droit. C'est ainsi que *Jellinek* a pu réfuter d'une façon décisive les conséquences que la doctrine sécessionniste déduisait de la genèse apparemment contractuelle des Etats fédératifs actuels, et que *Webster*, avec sa novation de droit public, n'avait pas réussi à écarter. Outre le mérite d'avoir par là donné le coup de mort à la théorie nullificatrice de *Calhoun*, l'auteur autrichien a très justement indiqué le critère suprême grâce auquel on peut reconnaître l'Etat fédératif d'une simple Confédération d'Etats. Ce critère, nous l'avons vu, est, d'un côté, le droit de l'être collectif de fixer librement sa compétence et celle de ses membres, de l'autre l'impossibilité juridique pour ces derniers de se retirer de l'Union, même quand il y va de leur propre existence. Dans sa critique des doctrines de *Laband*, il a également défendu avec beaucoup de succès la nécessité d'un lien organique entre l'Etat et le peuple, tout en faisant ressortir que la nature juridique de l'Etat fédératif ne dépend pas de la manière dont l'organe souverain est composé.

Exposé de cette
doctrine.

Selon *Jellinek*,³⁶⁴ l'Etat fédératif est une des formes dans lesquelles se réalise l'Etat moderne, basé sur le lien national et la communauté historique. Autrefois l'Etat n'était que l'apanage du souverain; les changements qu'il subissait ne concernaient que le territoire et les habitants, tandis que le pouvoir public restait le même. La création des Etats modernes, au contraire, n'a pas été seulement un développement de l'état de choses déjà existant, mais bien la fondation d'un état de choses tout nouveau. Ce n'est pas l'Etat qui a créé le peuple par des annexions, des héritages, etc., c'est l'Etat qui a reçu de la nation son existence.³⁶⁵

³⁶⁴ P. 262 et suiv.

³⁶⁵ Ces vérités souffrent toutefois quelques exceptions. Ainsi ce n'est certainement pas la conscience de l'unité nationale qui a fait entrer dans l'Empire allemand les Danois du Schleswig-Holstein, les Polonais de la Prusse et les habitants de l'Alsace-Lorraine. Il y a dans la création de cet Etat un élément d'annexion qui manifeste le rôle important joué par les Etats particuliers de l'Allemagne dans l'évolution nationale de ce pays. Cette évolution ayant entraîné la Prusse dans l'Empire, elle y est entrée dans son intégralité, de même que c'est la volonté de l'Empire qui a rattaché l'Alsace-Lorraine à l'Allemagne. Cf. *Laband* dans *Marquardsen*, p. 19, n. 1.

La création d'un Etat national consiste en ceci qu'un peuple qui a conscience de son unité traduit ce sentiment en s'organisant en une unité et constitue par là un Etat. Le peuple existant déjà et agissant comme unité naturelle, comme nation, cherche à faire passer cette existence de fait dans le domaine du droit public.³⁶⁶

³⁶⁶ La question de la nationalité suisse a été étudiée, en dernier lieu par M. le professeur *Hilty*, à Berne (*Vorlesungen über die Politik der Eidgenossenschaft*, Bern, 1875, p. 28 et suiv.; *Vorlesungen über die Helvetik*, 1878, p. 687 et suiv.). Cet auteur trouve la base de la nationalité suisse en première ligne dans une idée politique. C'est le sentiment du besoin suprême de rester unis pour sauvegarder leur indépendance républicaine, qui a permis aux Suisses de passer par tous les orages du Moyen-Age et des temps modernes, et leur histoire n'est qu'un long et puissant témoignage de la force irrésistible de cette conviction. *Jean de Müller* avait déjà fait observer que l'esprit national suisse est dû avant tout aux circonstances impératives de l'histoire.

Nous nous rattachons pleinement à ces idées, et nous ferons simplement remarquer qu'elles viennent à l'appui de notre manière de voir en ce qui concerne le caractère juridique des Cantons. En effet, ces derniers ont toujours eu le sentiment que, pris séparément, ils ne se suffisaient pas à eux-mêmes, et n'étaient pas capables de maintenir leur indépendance et de remplir leur mission. Ce sentiment de leur insuffisance individuelle et ce besoin d'union et de solidarité montrent combien on a tort de considérer les Cantons comme de véritables Etats, si l'on envisage l'Etat comme un être complet et indépendant. Les Cantons sont des organismes incomplets. Leur union n'a pas été une simple alliance formée en vue de certains avantages plus faciles à réaliser en commun que séparément; elle a toujours reposé sur le sentiment de sa nécessité absolue, sur la conviction qu'en dehors d'elle les Cantons ne pourraient pas maintenir leur existence. C'est ce qui, dès le début, l'a rendue perpétuelle.

On nous objectera qu'à ce taux-là les Cantons étaient incomplets bien avant 1848 et que partant leur souveraineté était, déjà à cette époque, considérablement affaiblie. D'accord: en fait, l'Etat fédératif suisse n'a pas été l'œuvre d'un instant; il n'a pas surgi tout d'un coup comme Minerve de la tête de Jupiter. Ainsi que la nationalité suisse elle-même, il est le produit d'un long travail historique, qui s'est accompli peu à peu et d'une manière continue. L'intéressant travail de *Hilty* a précisément démontré que les origines de la Confédération remontent au commencement de l'histoire suisse. C'est aussi pourquoi on a tort de fonder juridiquement l'Etat fédératif sur les faits qui l'ont immédiatement précédé. La guerre du Sonderbund n'a pas été le produit du caprice d'un moment, elle a été la crise à laquelle une longue évolution nous a amenés d'une manière irrésistible. De même, le jour où les Américains ont décidé de se séparer de la mère-patrie pour s'en créer une nouvelle, ce jour-là ils ont posé les bases de l'Etat fédératif, et la Confédération de 1778—1789 n'a été qu'une phase intermédiaire qui devait néces-

Cette évolution nationale exige deux choses: la suppression de l'état de choses antérieur et une création nouvelle. La pre-

sairement aboutir ou à la dissolution du lien fédéral ou à la création d'un nouvel Etat. Le fondement national de l'Empire allemand actuel remonte également aux guerres d'indépendance contre Napoléon I. C'est alors que s'est manifestée l'impossibilité de constituer un Etat allemand avec la coexistence de la Prusse et de l'Autriche. La dissolution de l'ancien Empire et l'abdication de son empereur, en 1806, faisaient déjà prévoir qu'un nouvel Etat allemand ne pourrait se créer qu'en dehors de l'Autriche. Les bases premières des Etats-Unis du Mexique et de l'Amérique du Sud se rattachent aussi à leurs guerres d'indépendance contre les Espagnols. Tous ces Etats, qui doivent leur existence à un besoin suprême d'union, ont des origines bien antérieures aux actes qui ont précédé immédiatement leur création de fait et encore à ce point de vue il n'est pas juste de déduire leur nature juridique de la forme de ces derniers actes.

Mais, nous le répétons, l'historien et le juriste ont deux domaines distincts et poursuivent deux buts absolument différents. Le premier cherche avant tout à établir cette continuité irrésistible des faits que révèle un développement de plusieurs siècles; le second, par contre, doit, dans cette évolution quelquefois imperceptible, distinguer le moment précis où les deux notions, essentiellement distinctes, de la Confédération d'Etats et de l'Etat fédératif, se touchent et où elles se séparent, et dire: voilà le point où en droit la continuité cesse complètement, voilà le moment où commencent un nouvel Etat et un nouveau droit public. Or ce moment, chacun le sait, est pour nous le jour où la Constitution fédérale de 1848 est entrée en vigueur et où les autorités fédérales ont commencé à fonctionner.

Bluntschli (*Die schweizerische Nationalität, gesammelte kleine Schriften*, 2 vol., Nördlingen 1879—1881. 2^{me} vol., p. 114 et suiv.) s'est aussi occupé de la nationalité suisse. Il la considère comme imparfaite et incomplète, parce que, selon lui, elle n'a pas pu rompre le lien national qui relie les différentes parties de la Suisse avec les pays dont elles partagent la langue et la littérature. Il est permis de se demander si l'usage d'une langue qui lui soit propre est une condition nécessaire de la nationalité d'un peuple. A ce taux-là, il n'y aurait pas de nation américaine, de nation belge, de nation brésilienne, etc. La littérature de la Suisse est aussi originale que celle de ces pays. Si notre „communauté de culture nationale“ (nationale Kultur-gemeinschaft) avec nos voisins était aussi forte que le croit *Bluntschli*, les grands mouvements récents qui ont créé l'unité italienne et allemande et fondé la république en France auraient dû éveiller chez nous des „sympathies nationales“ (*Laband* dans *Marquardsen*, p. 19, n. 1) dangereuses pour l'existence de la Suisse. Or, ce n'est précisément pas le cas. Le contre-coup de ces événements dans notre pays, a, au contraire, eu pour effet d'y fortifier le lien national en nous poussant vers une plus grande unité.

Pour nous la nationalité suisse nous semble établie par l'histoire d'une manière irréfutable, et le besoin suprême d'union sur lequel elle a toujours reposé nous donne une garantie sûre et durable de son avenir.

mière de ces conditions peut être réalisée par une révolution violente, comme en Belgique, en Grèce, en Italie, etc., ou par une évolution pacifique, comme dans les Etats fédératifs actuels. Dans le premier cas, les pouvoirs publics précédents sont supprimés par la force; dans le second, ils laissent le champ libre à l'évolution nationale ou même ils y coopèrent directement. C'est ainsi qu'après la guerre du Sonderbund la nouvelle Constitution fédérale suisse fut élaborée par une commission et par la Diète, sans que les Cantons y participassent autrement qu'en la votant concurremment avec le peuple suisse. En Amérique et en Allemagne, par contre, les Etats confédérés prirent une part plus directe à la création du nouvel Etat. La Constitution américaine, élaborée par la Convention de 1787, fut adoptée par les différents Etats de l'Union. En 1866 et en 1870 les Etats allemands s'engagèrent par traité «à créer un Etat fédératif, en d'autres termes à en favoriser la réalisation et à y entrer comme membres.»³⁶⁷ Ces actes ne sont pas la cause juridique du nouvel Etat, ils ne font qu'établir des obligations réciproques entre les Etats particuliers.³⁶⁸

³⁶⁷ *Jellinek*, p. 265.

³⁶⁸ C'est ce qui explique la contradiction apparente que *Laband* a relevée dans la note précitée. L'Etat prussien est entré dans l'Empire dans son intégralité, avec toutes ses populations, annexées ou autres. Mais cela ne change en rien le caractère national de l'Etat fédératif et de sa genèse. Par le terme de création nationale, *Jellinek* veut simplement signaler le fait que l'Etat fédératif est fondé sur un sentiment de solidarité et d'union qui dépasse de beaucoup les limites des Etats particuliers, et qu'il est le produit d'une évolution à laquelle les Etats ont pu servir d'organes immédiats en lui donnant (pour ainsi dire) sa formule concrète, mais dont les bases profondes reposent dans le cœur de tout le peuple. Il est donc oiseux de faire à cet auteur une querelle à propos des limites exactes de la nationalité, d'autant plus que cette dernière est loin d'être bien fixée et ne peut encore être encadrée dans une définition juridique précise. Ce qui le prouve, c'est que *Laband* lui-même attribue à nos confédérés de la Suisse allemande des sympathies „nationales“ à l'égard de son pays et croit avoir réfuté *Jellinek* en ajoutant que ces sympathies n'ont aucune importance pour le droit public positif. Après ce que nous avons dit plus haut de la nationalité suisse, on comprendra aisément que nous n'admettions pas le lien national que *Laband* semble voir entre l'Allemagne et la Suisse allemande. C'est justement à notre séparation d'avec l'Allemagne que nous devons notre raison d'être. Notre histoire entière est indépendante de celle de ce grand pays, notre politique lui a été souvent opposée et ceux mêmes qui pourraient douter encore — quoique bien à tort — de la nationalité suisse, devront tout au moins recon-

La création de l'Etat national consiste en ceci que la nation crée un état de choses permettant d'exercer les fonctions de la

naître que notre indépendance six fois séculaire suffit bien pour exclure tout lien de nationalité avec les pays étrangers. Les sympathies de nos confédérés pour l'Allemagne sont les mêmes que pour nos autres voisins dont nous parlons la langue et à la littérature desquels nous participons. Elles sont les mêmes que celles de la Suisse française et de la Belgique pour la France, de l'Amérique pour l'Angleterre.

Mais si, d'un côté, il est démontré que les limites de la nationalité peuvent difficilement être fixées d'une manière objective, il ne faut pas, d'un autre côté, méconnaître l'importance du facteur national dans la création de l'Etat fédératif. *Laband* n'admet pas que l'unité allemande soit une création de la nation. „En 1866, dit-il (loc. cit.), ce n'est pas le peuple de l'Allemagne du Nord qui a eu le sentiment de son unité et l'a traduit en se donnant une organisation fédérative; mais c'est l'Etat prussien qui a obtenu la fondation de la nouvelle Confédération, en dépit des sentiments de nombreuses classes de la population; et il l'a réalisée à la suite d'une guerre entre Allemands et avec la coopération des autres Etats de l'Allemagne du Nord.“

Cette explication ne va pas au fond des choses. Il ne faut pas oublier qu'en 1866 le peuple allemand n'avait, sauf les Etats, aucun organe direct pour exprimer ses sentiments. Les Etats allemands étaient les seuls êtres capables de formuler la volonté collective de la nation. C'est ce qui explique le fait qu'ils ont été les seuls facteurs visibles de l'évolution nationale. Mais, pour être invisible, le sentiment national n'existe pas moins: l'histoire allemande depuis les guerres de 1813, est là pour le prouver. S'il en était autrement, comment aurait-on pu établir, après une guerre et des annexions, les bases inébranlables d'un nouvel Etat? La guerre n'a été que la crise qui a accompagné la naissance de l'Etat national. Elle n'a pas été, comme *Laband* semble le croire, le moyen pour les Etats allemands d'imposer leur nouvelle création à leurs populations. Si la Confédération avait eu contre elle les sentiments du peuple, comment aurait-elle pu s'établir si paisiblement et si solidement? Comment aurait-elle pu, dès le début, manifester une activité et une vitalité si puissantes? Comment aurait-elle pu enfin entraîner avec elle tout le reste de l'Allemagne dans le grand mouvement national de 1870 et aboutir à la création de l'Empire actuel? On ne peut pas séparer ainsi l'Etat du peuple et dire que les Etats allemands ont créé l'Empire et que leurs populations n'ont été que comme la masse inerte qu'ils ont donnée comme support à ce dernier. L'histoire allemande depuis 1866, comme notre histoire depuis 1848, est l'épanouissement d'un être nouveau, plein de force et de vie parce qu'il a ses racines dans la nation même dont il est le représentant.

Nous maintenons donc le principe suivant:

La Confédération d'Etats est créée par ses membres, qui conservent par conséquent leur souveraineté et leur existence. L'Etat fédératif est l'œuvre de la nation qui s'organise en Etat et en peuple et qui fait perdre par là même aux Etats entre lesquels elle était divisée auparavant, leur souveraineté et leur qualité d'Etats.

vie collective et se donne des organes au moyen desquels elle devient juridiquement capable de volonté et d'action. C'est dans la constitution que cette évolution trouve sa formule. La naissance de l'Etat est donc identique avec celle de la constitution. L'Etat et la constitution ne peuvent exister l'un sans l'autre, car il est impossible de concevoir un Etat existant avant ses organes. Il en résulte que la première constitution, basée sur l'existence de l'Etat, donc sur un simple fait, est aussi peu susceptible que lui d'être déduite d'actes juridiques.

Le droit public ne commence qu'avec l'existence de l'Etat et de sa première constitution. Les faits qui préparent cette dernière peuvent se résumer ainsi: la constitution est élaborée par une assemblée constituante (il importe peu de savoir comment celle-ci est nommée, puisque, pour le juriste, tous ces faits ne sont pas la cause juridique du nouvel Etat, mais marquent seulement les diverses phases de sa naissance). Pour entrer en vigueur la constitution élaborée doit être acceptée par la nation, soit expressément soit tacitement. Or dans les pays où les anciens Etats n'ont pas été balayés par une révolution nationale, ces Etats subsistent encore et forment les seuls organes au moyen desquels la nation puisse exprimer sa volonté. C'est ce qui explique leur vote sur la nouvelle constitution. Ce vote constate l'assentiment de la nation à l'œuvre de ses premiers législateurs, la volonté des différents peuples d'entrer dans le nouvel Etat doté de cette constitution. Mais tous ces actes ne sont que des faits et ce qui le prouve, c'est que les Etats ou plutôt leurs populations n'ont pas besoin de s'exprimer positivement sur la nouvelle constitution. Bien plus, ils peuvent même faire partie d'un Etat fédératif dans lequel ils ont d'abord refusé d'entrer. Ainsi en 1848, comme nous l'avons déjà fait remarquer, 6½ Cantons suisses rejetèrent la Constitution fédérale. Néanmoins la Diète proclama que cette dernière entraînait en vigueur dans les Cantons rejetants comme dans les autres et ces Cantons se soumirent à sa décision sans autre formalité. On ne peut donc pas parler d'une acceptation de la constitution par les Etats, dans le sens juridique de ce mot.

Jusqu'ici le nouvel Etat était *nasciturus*, maintenant il proclame lui-même son existence et commence à agir au moment où sa constitution entre en vigueur. C'est ce moment-là qui est l'heure de sa naissance: c'est alors que commence le nouveau droit public et que le jurisconsulte peut le soumettre à son

examen et l'ériger en un système. Or à ce moment-là les anciens Etats ont complètement cessé d'exister sous leur forme précédente. « Les paroles de Lincoln — the States have their status in the Union and they have no other legal status — sont la pierre fondamentale du droit constitutionnel de tout Etat fédératif. » ³⁶⁹

Cela établi, il est évident que l'accession d'un nouvel Etat à un Etat fédératif existant n'est pas, comme le croit *Zorn*, ³⁷⁰ la reconstitution d'une nouvelle Union, tout aussi peu qu'une annexion détruit l'Etat qui la consomme pour le ressusciter ensuite sous une autre forme. En Allemagne ³⁷¹ et en Suisse ³⁷² l'entrée d'un nouvel Etat dans l'Etat fédératif implique tout au plus une modification de la Constitution. En Amérique il suffit pour cela d'une décision du Congrès. ³⁷³

Telle est, suivant *Jellinek*, la genèse de l'Etat fédératif. Nous ne pouvons que nous associer pleinement à cette partie de son ouvrage, qui a reçu de *Laband* le titre flatteur, mais bien mérité, « d'exposition excellente et vraiment révélatrice du sujet. » ³⁷⁴

Il ne nous reste plus qu'à examiner la définition que le savant jurisconsulte autrichien applique à l'Etat fédératif une fois constitué.

Définition de
l'Etat fédératif,
selon *Jellinek*.

Selon lui ³⁷⁵, l'Etat fédératif est un Etat dans lequel le pouvoir public souverain établit, de par la constitution, un partage de ses fonctions entre lui et les Etats particuliers. Le pouvoir souverain s'en réserve une quantité déterminée et remet les autres à ses membres en les laissant libres de fixer les lois relatives à ces fonctions et le mode de les exécuter. Cette liberté n'est soumise à aucun contrôle de la part de l'Etat central qui l'a accordée, pourvu que les limites constitutionnelles soient respectées, et c'est cette exonération qui donne aux fonctions attribuées par la constitution fédérale aux Etats particuliers la qualité de pouvoirs publics

³⁶⁹ *Jellinek*, p. 273.

³⁷⁰ *Staatsrecht I*, p. 40—41. *Neue Beiträge*, p. 479—480.

³⁷¹ *Laband*, I, p. 43 et suiv.

³⁷² *Rüttimann*, II, § 825.

³⁷³ *Const. amér.*, art. IV, sect. 3. La Constitution fédérale de la Confédération de l'Allemagne du Nord avait adopté le même principe en décidant (art. 79, al. 2) que l'admission des Etats de l'Allemagne du Sud dans la Confédération aurait lieu dans les formes statuées pour la législation fédérale.

³⁷⁴ *Laband* dans *Marquardsen*, p. 11.

³⁷⁵ P. 278.

indépendants et par là même confère à ces Etats le caractère d'Etats non souverains.

En d'autres termes, et pour résumer la longue phrase dans laquelle *Jellinek* a formulé sa définition, l'Etat fédératif repose sur les bases suivantes : souveraineté exclusive de l'Etat collectif, lien direct entre le peuple et le pouvoir central, existence d'Etats comme membres. Tous les autres critères qu'on a voulu établir sont indifférents et peuvent tout au plus être considérés comme des *naturalia* de l'Etat fédératif.

Quant aux deux premières bases de la définition de *Jellinek* — la souveraineté exclusivement fédérale et le lien direct entre l'Etat collectif et la nation — les idées du jurisconsulte autrichien s'accordent avec celles que nous avons développées plus haut, en critiquant la doctrine de *Waitz* et celle de *Laband*. Mais le point sur lequel nous nous séparons de lui, c'est que nous ne pouvons pas reconnaître aux membres des Etats fédératifs la qualité d'Etats, parce que nous estimons que la souveraineté est essentielle à la notion de l'Etat. Cette question, nous l'avons déjà traitée plus haut et il est inutile d'y revenir ici. Du reste nous ne pouvons mieux prouver la vérité de notre thèse qu'en examinant la dernière tentative faite pour conserver aux membres de l'Etat fédératif la qualité juridique d'Etats. Cet essai est dû à M. le professeur *Gierke* et c'est de lui que nous avons à nous occuper maintenant.

Critique de cette définition.

Chapitre VI.

La doctrine de *Gierke*.

A. Exposé de cette théorie.

Voici en résumé la doctrine développée par le savant professeur allemand : ³⁷⁶

Gierke reconnaît tout d'abord que, dans la construction juridique de l'Etat fédératif, la difficulté consiste à concilier la notion de l'Etat avec la coexistence de plusieurs Etats dans un autre Etat. Cette notion, développée suivant le modèle de l'Etat simple, contient des éléments qui en excluent le fractionnement en plu-

Etat de la question, selon *Gierke*.

³⁷⁶ *Gierke* dans *Schmoller*, p. 61—76.

sieurs personnalités distinctes. Il faut donc abandonner ou la notion de l'Etat fédératif ou la définition doctrinaire de l'Etat. La première alternative a été choisie d'un côté par ceux qui (comme *Puffendorff*, *Calhoun*, *Seydel*, *v. Müller*,³⁷⁷ etc.) nient l'existence des Etats fédératifs et ne conçoivent que des Confédérations d'Etats souverains; de l'autre par ceux qui ne voient dans l'Etat fédératif qu'un Etat simple, dont les membres ne sont en vérité que des provinces autonomes³⁷⁸ (*de Held*, *Zorn*, *Bake*). De cette manière toute difficulté disparaît, mais on fait violence à la réalité.³⁷⁹

La seconde alternative est la seule admissible. Il faut changer la définition actuelle de l'Etat, ce qui est d'autant plus facile que cette notion, produit de l'histoire, est naturellement susceptible d'un développement en rapport avec celui des faits. Pour satisfaire à la logique, il suffit que la nouvelle définition ne se contredise pas elle-même et que, dans son application, elle s'accorde avec ces derniers.

Les essais tentés jusqu'ici dans cette voie n'ont pas réussi. On a voulu enlever à l'Etat l'élément d'unité (*Tocqueville*, *Waitz*) ou celui de la souveraineté (*Laband*, *Jellinek*, etc.). Mais d'un côté la doctrine du partage de la souveraineté est en opposition avec la logique et avec les faits et peut être considérée aujourd'hui comme abandonnée, avec raison; de l'autre, la notion de l'Etat non souverain fait disparaître toute différence de principe entre l'Etat et les collectivités qui lui sont inférieures.

Problème que se pose *Gierke*.

« Relativement aux collectivités non souveraines », ajoute *Gierke*, il semble donc parfaitement oiseux de rechercher une différence de principe entre celles qui ont elles-mêmes la qualité d'Etat et celles qui ne sont que des communes. Et puisqu'en réalité cette distinction est néanmoins reconnue et que la science n'a pas le droit de la supprimer par des arguments théoriques, il semble que la jurisprudence aura rempli sa tâche en constatant que, selon le droit positif, appuyé en ceci par le développe-

³⁷⁷ Dans la *Kritische Vierteljahrsschrift*, vol. 25, p. 15 et suiv.

³⁷⁸ V. supra p. 97, n. 156. *Gierke* paraît croire que ces auteurs n'admettent aucune distinction entre l'Etat simple et l'Etat fédératif. C'est inexact. Ainsi qu'on le verra plus tard, le trait caractéristique de ce dernier, c'est, selon *Zorn*, l'élément fédératif qui se manifeste dans la participation des membres à l'exercice du pouvoir central.

³⁷⁹ Nous reviendrons sur ce point. V. infra p. 161 et suiv.

ment historique et le sens juridique, certaines communautés sont en fait (« nun einmal ») des Etats, tandis que d'autres ne le sont pas. En effet, ici comme partout, le droit positif est la base inébranlable de toute construction juridique. De plus, en présence du cours de l'histoire et du grand nombre de formes nouvelles que la vie de chaque jour enfante, il ne faut pas exagérer la valeur de la délimitation exacte des notions juridiques entre elles.

« Et pourtant, un résultat semblable n'est pas de nature à satisfaire la science du droit. Il ne lui suffit pas en effet de constater que les phénomènes réels ne sont pas séparés par des limites absolues et immuables, car ce n'est pas avec ces phénomènes qu'elle a affaire, mais avec le monde d'idées et de notions qu'elle puise de la réalité. Or, dans le domaine de la conception du droit, il faut que l'assertion que telle création est un Etat et que telle autre n'en est pas un, s'appuie sur une idée compréhensible, c'est-à-dire sur l'affirmation d'une différence, qui ne soit pas seulement une différence de degré, mais bien une différence de genre et de nature. La jurisprudence doit tenter d'élever cette idée à la hauteur d'une notion juridique. Telle est la tâche à laquelle elle s'appliquera jusqu'à ce qu'elle l'ait remplie. » ³⁸⁰

Voici donc le problème que se pose *Gierke* : « Nous ne voulons pas abandonner la notion généralement admise que les membres des Etats fédératifs sont eux-mêmes des Etats. Il nous faut donc absolument trouver quelque chose qui les distingue *toto genere* des communes et autres collectivités inférieures du droit public. » — Examinons maintenant comment il s'acquitte de sa tâche :

Gierke se rattache à l'idée émise par *Haenel*, ³⁸¹ à savoir que la notion de l'Etat n'est réalisée ni par l'Etat fédératif seul, ni par ses membres seuls, mais seulement par leur coexistence organique et leur coopération raisonnée. « Ni l'Etat particulier, ni l'Etat collectif », dit *Haenel*, « ne sont des Etats, dans le sens véritable de ce mot ; ce ne sont que des collectivités organisées et agissant *comme* (nach Art von) des Etats. L'Etat fédératif n'est un Etat que si on le considère comme l'ensemble de ces deux espèces de collectivités. » Seulement *Haenel* n'a fait qu'indiquer la voie à suivre, il n'a pas su tirer de ses idées des

Argumentation au moyen de laquelle *Gierke* cherche à résoudre ce problème.

³⁸⁰ P. 70—71.

³⁸¹ Studien, I, 63 et suiv.

conclusions satisfaisantes. Bien qu'elle soit tout à fait juste, si on ne considère l'Etat que comme une institution objective,³⁸² la remarque de *Haenel* n'explique pas les rapports *subjectifs*³⁸³ entre l'Etat fédératif et ses membres, et c'est précisément dans cet élément *subjectif* qu'il faut rechercher la différence entre l'Etat-membre et la simple province autonome.

En première ligne, *Gierke* pose en principe qu'il y a pour chaque peuple un pouvoir souverain et indivisible, et il n'admet ni la notion du partage de la souveraineté ni la possibilité d'un Etat non souverain. Ce pouvoir suprême est le même dans l'Etat simple que dans l'Etat fédératif; seulement dans le premier il est exercé par une seule personne, l'Etat; dans le second il appartient à plusieurs personnes, l'Etat fédératif et ses membres. En d'autres termes, dans l'Etat fédératif l'Etat central forme avec ses membres une communauté qui est détenteur du pouvoir public suprême, et c'est cette participation à la substance (non seulement à l'exercice) de ce pouvoir qui, en donnant aux Etats particuliers aussi bien qu'à l'Etat collectif le caractère juridique d'Etat, distingue les premiers *toto genere* des communes, et explique les honneurs souverains reconnus à leurs monarques par le droit international.

En substance, le pouvoir public suprême appartient donc en entier à la communauté formée par l'Etat central et ses membres. Quant à son exercice, par contre, le pouvoir est partagé entre l'Etat collectif et les Etats confédérés, qui ont ainsi un pouvoir public propre qu'ils exercent d'une manière indépendante. Mais ce point est secondaire. Le fait capital qui permet de considérer les Etats particuliers comme de véritables Etats, c'est qu'ils sont les membres d'une communauté qui détient le pouvoir suprême et dont l'Etat central n'est que la tête, et qu'ils ne sont pas seulement les parties ou les organes d'un être supérieur.³⁸⁴

³⁸² A ce point de vue là, l'Etat simple lui aussi n'est vraiment l'Etat que si on l'envisage avec tous ses corps inférieurs.

³⁸³ Cf. *Laband*, *Staatsrecht*, I, p. 83—84.

³⁸⁴ Tel est, en résumé, la théorie de *Gierke*. En raison de son importance et de l'autorité dont jouit son auteur, nous transcrivons ici l'exposé qu'il en a fait :

„In Wahrheit liegt die Sache doch folgendermassen: Das in langer Geistesarbeit entwickelte Rechtsbewusstsein der modernen Völker ist davon durchdrungen, dass es eine auf dem Rechtsgebiete *höchste* Verbandsgewalt

B. Critique de cette théorie.

Gierke part de deux principes qui sont aussi les nôtres: à savoir qu'on ne peut enlever la souveraineté à l'Etat sans anéantir

Point de vue auquel se place *Gierke*.

über allen anderen Verbandsgewalten in jedem selbstständigen nationalen Lebenskreise geben muss. Es weist dieser höchsten Gewalt bestimmte Aufgaben und Befugnisse zu. Der so konstituirten Rechtssphäre legt es die Qualität des Staatlichen bei. Aus dem Merkmale der äusseren und inneren „Souveränität“ folgt ein Artunterschied dieser staatlichen Machtsphäre von jeder anderen Machtsphäre. Denn während jede andere Machtsphäre einer von ihr formell unabhängigen Rechtsordnung unterworfen ist, kann die staatliche Machtsphäre nur durch eine von ihr formell abhängige Rechtsordnung beschränkt sein. Mithin kann man die Staatsgewalt der Souveränität nicht entkleiden, ohne das Spezifische in ihr aufzuheben. Ebenso wenig kann man die staatliche Sphäre als getheilt vorstellen, da hiermit entweder der Widerspruch einer mehrfachen „höchsten“ Gewalt auf demselben Rechtsgebiete statuirt oder wieder der nicht souveräne Staat eingeführt wäre. Wenn nun dennoch das moderne Rechtsbewusstsein mehrere Subjekte von Staatsgewalt in demselben Gemeinwesen anerkennt, so kann hierbei das Verhältniss schlechthin nur so gedacht sein, dass ein bestimmter Inbegriff von Rechten und Pflichten als Eine höchste und untheilbare Machtsphäre konstituirt, jedoch eine Mehrheit von Subjekten zu deren gemeinschaftlicher Innehabung berufen ist. Mithin ist auch im Bundesstaate die Staatsgewalt als solche genau so beschaffen wie im Einheitsstaate. Der Unterschied liegt nur in der eigenthümlichen Gestaltung des Subjektes der Staatsgewalt, welches hier nicht eine einzige Gesamtperson, sondern eine in bestimmter Weise zusammengeordnete Mehrheit von Gesamtpersonen ist.

Es entsteht daher die Frage, wie diese Mehrheit von Subjekten der staatlichen Machtsphäre im Bundesstaate zu konstruiren ist. Offenbar kann als Subjekt der in ihrer Substanz ungetheilten Staatsgewalt nur die Mehrheit der vorhandenen Staatspersonen in ihrer organischen Verbundenheit aufgefasst werden. Der Gesamtstaat und die Einzelstaaten in ihrer Zusammengehörigkeit bilden das Subjekt, welches sonst in einer einzigen Persönlichkeit besteht. Diese organische Gemeinschaft ist nicht eine neue staatliche Person über ihren Komponenten. Denn es fehlt ihr an einer besonderen Organisation und an einem eigenen Organe. Sie darf aber ebenso wenig als blosse Summe für sich stehender staatlicher Personen gedacht werden. Denn nur in einer bestimmten verfassungsmässigen Verbundenheit, vermöge deren sie dauernd an einander geknüpft und von einander abhängig sind, haben die einzelnen staatlichen Personen an ihr Theil. Auch tritt ihr organischer Charakter vor Allem darin hervor, dass sie in sich gegliedert ist. Die Stellung der Theilhaber ist keine gleiche, sondern der Gesamtstaat als solcher ist das Haupt der Gemeinschaft. Darum vertritt der Gesamtstaat nach aussen zugleich die Gesamtheit der Gliedstaaten und hat auch nach innen in Zweifelsfällen die letzte Entscheidung. Gerade hierdurch erst ist für die erforderliche Ein-

par là le trait qui le distingue de toute autre collectivité; et qu'il n'est pas possible non plus de partager sa sphère d'activité. Mais il faut absolument, à ses yeux, que les membres de l'Etat fédératif soient des Etats, parce que leur dénier cette qualité, c'est « méconnaître l'histoire, dénaturer la constitution et faire violence à la conscience juridique de la nation ».³⁸⁵

heit der Mehrheit gesorgt und, trotz der Spaltung der staatlichen Rechtssubjektivität in eine vielfache Persönlichkeit, in letzter Instanz die Einheitlichkeit des Staatswillens verbürgt.

Wenn nun aber die Staatsgewalt ihrer Substanz nach sich im ungetheilten Gemeinbesitze des Gesamtstaates und der Gliedstaaten als einer so und so verbundenen Mehrheit befindet, so ist sie der Ausübung nach unter die einzelnen Mitträger der Gemeinschaft zu Sonderrecht vertheilt. Zu diesem Behufe ist der Inbegriff der in ihr enthaltenen Machtbefugnisse in zwei verfassungsmässig abgegrenzte Sphären zerlegt, von denen die eine in einheitlicher Zusammenfassung dem Gesamtstaate zugewiesen, die andere in vielheitlicher Trennung den Gliedstaaten überlassen ist. Hieraus ergibt sich sowohl für die Gesamtstaatsperson wie für die sämtlichen Gliedstaatspersonen ein eigenes staatliches Machtrecht, welches sie selbständig für sich haben. Allein keine dieser staatlichen Sphären ist für sich allein die Staatsgewalt. Jede von ihnen ist vielmehr der Ergänzung durch die andere bedürftig. Die Gesamtstaatsgewalt ist freilich schon für sich allein die höchste Gewalt, allein sie ist nach unten hin nicht die ganze Staatsgewalt. Die Gliedstaatsgewalt ist, wenigstens potentiell, für ihr Gebiet die ganze Staatsgewalt, allein sie ist, für sich genommen, nach oben hin nicht die höchste Gewalt. Der Gesamtstaat wie die Gliedstaaten haben eben in ihrer Gesondertheit nur einen Theil der Befugnisse auszuüben, die in der ihnen gemeinschaftlich zustehenden souveränen und untheilbaren Staatsgewalt enthalten sind.

Hiernach ist sofort klar, warum im Bundesstaate sowohl das Ganze wie die Theile wirklich staatliche Personen sind. Sie sind es als die keiner höheren Person eingegliederten Mitträger der nur zur Ausübung unter sie vertheilten einheitlichen staatlichen Sphäre! Die Gliedstaaten insbesondere würden weder wegen ihres Mitgliedschaftsrechtes innerhalb der souveränen Gesamtpersönlichkeit, noch wegen ihres Sonderrechtes innerhalb ihrer nicht souveränen Einzelsphäre als „Staaten“ erscheinen, wenn sie nicht zugleich in verfassungsmässiger Zusammenordnung mit dem Gesamtstaate als Theilhaber an der Substanz der souveränen staatlichen Totalgewalt vorgestellt würden. Diese Vorstellung allein gewährt den Schlüssel für die Möglichkeit, dass die deutschen Einzelstaaten und ihre Landesherrn trotz der staatlichen Geschlossenheit des Reiches nach aussen hin als völkerrechtliche Subjekte auftreten und die Ehrenrechte der Souveränität geniessen. Und sie allein erklärt nach innen hin den für unser Rechtsbewusstsein nun doch einmal vorhandenen prinzipiellen Unterschied zwischen Gliedstaat und Kommunalverband, da sie eben auf den letzteren unübertragbar ist.“

³⁸⁵ P. 63—64.

Il est permis de se demander si ce sont là des arguments scientifiques. Au moment même où il vient de proclamer en principe l'impossibilité d'une souveraineté partagée et d'un Etat non souverain, *Gierke* renverse la méthode scientifique. Il part du point de vue que les membres de l'Etat fédératif sont nécessairement des Etats, et que dès lors il faut absolument trouver une théorie qui justifie cette qualification. Et comment explique-t-il un procédé aussi contraire au mode ordinaire de procéder dans la science du droit? — En alléguant que, selon l'histoire, ces membres sont des Etats? Mais l'histoire et le droit sont deux choses différentes. Historiquement, les Cantons sont les mêmes après 1848 qu'avant 1848, en droit ce sont de nouvelles créations. Et nombre d'autres phénomènes se présentent tout autrement au juriste qu'à l'historien.³⁸⁶ — En prétendant que ce serait dénaturer la Constitution? Mais loin de la dénaturer, nous ne faisons que l'interpréter juridiquement. A cet égard, il ne faut attacher aucune importance aux expressions employées par les législateurs. Notre Constitution et notre histoire ne parlent généralement que de Cantons et non d'Etats; les membres de l'Etat fédératif argentin s'appellent provinces et non Etats.³⁸⁷ Du reste, notre Constitution parle de Cantons souverains, mais limités dans leur souveraineté, et *Gierke* lui-même reconnaît que les Cantons ne sont pas souverains et que la souveraineté ne peut pas être limitée. — En invoquant la conscience populaire? Mais, le public nourrit une foule d'idées que le juriste ne peut pas accepter. Ainsi la croyance que le jury est une manifestation de la souveraineté populaire,³⁸⁸ et l'idée que le député est le mandataire de ses électeurs (idée qui entraîne le mandat impératif et la démission en blanc) sont contraires au droit public et aucun juriste ne songera à les défendre en se basant sur la conscience juridique de la nation.

Critique de ce point de vue.

Examinons maintenant les uns après les autres les arguments au moyen desquels *Gierke* croit atteindre son but :

Examen et critique des arguments de *Gierke*.

³⁸⁶ Nest-ce pas faire bien plus violence aux faits que d'attribuer la souveraineté à un monarque constitutionnel qui n'a, en réalité, comme le monarque anglais, aucun pouvoir?

³⁸⁷ *Bake*, Beschouwingen, p. 170—172. Cf. *Brie* dans *Grünhut*, p. 94, n. 19 et 20.

³⁸⁸ Le regretté M. *Hornung* combattait cette idée à laquelle il reprochait avec raison d'introduire dans le prétoire un élément incompatible avec la justice.

1^o Le pouvoir suprême de l'Etat fédératif appartient à la communauté formée par l'Etat collectif et ses membres. — Remarquons tout d'abord le double emploi inexplicable contenu dans cette proposition. Le pouvoir suprême appartient aux Etats particuliers, plus à l'Etat fédératif. L'Etat fédératif existe donc à côté et en dehors de ses membres, il y a donc deux peuples et deux domaines.

2^o « Toutefois cette communauté *organique* formée par l'union *organique* de l'Etat fédératif et de ses membres *n'est pas une nouvelle personne*,³⁸⁹ un nouvel Etat au-dessus de ses facteurs, parce qu'il lui manque une organisation et un organe propres. Elle n'est pas non plus la simple somme de ces Etats (toujours l'Etat fédératif et ses membres), parce qu'ils n'y participent que grâce à un lien constitutionnel, en vertu duquel ils sont rattachés d'une manière durable les uns aux autres et dépendants les uns des autres. » — Nous avouons ne pas bien comprendre cette construction. — L'Etat fédératif est, selon *Gierke*, un Etat parfaitement en dehors de ses membres. Mais alors comment existe-t-il, sur quoi repose-t-il ? Il est uni avec ces derniers en une communauté, qui n'est ni une personne, ni une somme de personnes, qui est *organique* et qui pourtant n'a ni organe ni organisation. — Tout cela n'est pas très clair.

3^o « La position des différents participants à la communauté n'est pas la même. L'Etat collectif comme tel est la tête, le chef de la communauté. »³⁹⁰ — Notre embarras redouble, car nous avons

³⁸⁹ Qu'entend *Gierke* par un organisme sans personnalité ? Il nous semble que, dans le droit public, la conception de la nature organique de l'Etat et des personnes juridiques implique que tout ce qui n'est pas personnalité n'est pas organique et que tout ce qui est organique se rapporte à une unité, à une personnalité quelconque. En particulier, ou la communauté organique de *Gierke* est une unité vivante, donc une personnalité, ou c'est une association purement mécanique, et non organique.

³⁹⁰ Comment cela est-il possible ? L'Etat fédératif épuise la notion de l'Etat pour tout son peuple et tout son territoire. La communauté ne peut donc pas le dépasser. Dire que l'Etat fédératif en est le chef, c'est dire que l'homme est le chef de la communauté qu'il forme avec les différentes parties de son corps. Dans une note *Gierke* ajoute : „La position du chef se trouve considérablement rehaussée lorsque c'est à lui seul qu'il appartient de modifier les rapports entre lui et ses membres, comme c'est le cas en Allemagne. Si par contre (comme dans les Républiques) il faut, pour cela, l'assentiment de la majorité des Etats comme tels, ce principe de majorité augmente l'importance de la communauté.“ — Cette assertion repose sur une apprécia-

maintenant les Etats particuliers, plus l'Etat fédératif, plus la communauté organique qui n'a pas d'organe. Encore ici il y a double emploi. Cette communauté dont l'Etat fédératif n'est que la tête (Haupt), où est-elle, en dehors de l'Etat fédératif lui-même?

Du reste, on ne se rend pas bien compte si c'est l'Etat collectif (Gesammtstaat), que *Gierke* considère comme l'Etat fédératif, ou si c'est la communauté qu'il forme avec les Etats particuliers. Apparemment c'est l'Etat collectif qui est l'Etat fédératif, puisque, selon *Gierke*, la communauté n'est pas un nouvel Etat (« staatliche Person »). Ainsi compris l'Etat fédératif se définirait comme suit: L'Etat fédératif est l'Etat fédératif, uni avec ses membres en une communauté organique. — Si, par contre, c'est la communauté que *Gierke* envisage comme l'Etat fédératif, la définition serait à peu près celle-ci: L'Etat fédératif n'est pas une nouvelle personne, un nouvel Etat, c'est une communauté sans organe ni organisation, formé par la réunion organique d'un Etat collectif et des Etats qui le composent.

Ces deux définitions sont aussi peu satisfaisantes l'une que l'autre. L'Etat collectif ne peut pas être une partie de lui-même et coopérer à ce titre avec ses membres, les Etats particuliers, à la formation de sa propre unité. De même, l'Etat simple n'est pas la communauté organique de l'Etat et de ses communes, parce qu'il les absorbe, qu'il ne fait qu'un avec elles, qu'elles sont en lui et non en dehors de lui. On ne peut pas sortir de soi-même et former une communauté avec soi-même.

4^o L'exemple du droit privé cité par le jurisconsulte allemand ³⁹¹ ne nous paraît pas plus heureux. Il compare son système à celui de la propriété collective, en attribuant cette dernière à la communauté composée de la personne collective et de ses

tion absolument fausse des faits. Chez nous, la simple majorité des Cantons, jointe à celle du peuple suisse, suffit pour accomplir une révision constitutionnelle. En Allemagne, par contre, il suffit d'une minorité de 14 voix (sur 58) au Conseil fédéral pour faire avorter une pareille révision. Si *Gierke* refuse de voir dans le Conseil fédéral un organe permettant aux Etats allemands de participer au pouvoir public de l'Empire, il doit suivre la même règle à l'égard du Conseil des Etats suisse et du vote des Cantons sur une révision constitutionnelle. Il est donc absolument inexact de dire, que la communauté (l'association) a une position plus élevée chez nous qu'en Allemagne. C'est précisément le contraire qui est vrai.

³⁹¹ Bien que *Gierke* blâme cette manière de raisonner, p. 29 et suiv.

membres. Mais alors que signifie cette personne collective qui apparaît ici comme un associé à côté de ses membres? De même, il affirme que dans la société anonyme le pouvoir appartient à la société anonyme et aux actionnaires; comme si c'étaient des personnes différentes, comme si la société anonyme représentait autre chose que ses membres. Franchement, la doctrine que nous étudions ici manque de clarté et de simplicité et elle nous semble faire violence aux faits beaucoup plus encore que les auteurs auxquels elle adresse ce reproche.

5° En fin de compte, *Gierke* estime que l'Etat collectif et les Etats membres sont des Etats, parce qu'ils exercent ensemble en communauté organique le pouvoir suprême de l'Etat fédératif. — Il y a deux manières de comprendre cette proposition. Ou bien les Etats sont des Etats parce qu'ils ont une sphère propre de pouvoir public. Cette idée n'est pas soutenable, *Gierke* le reconnaît lui-même; elle s'appliquerait tout aussi bien aux communes d'un Etat simple qu'aux membres d'un Etat fédératif. — Ou bien les Etats sont des Etats parce qu'ils participent comme tels au pouvoir public suprême de l'Etat fédératif. Mais alors, à ce taux-là, les citoyens d'une république démocratique seraient aussi des Etats, puisque, comme *Gierke* le reconnaît, ils participent au pouvoir public exactement comme les Etats particuliers dans l'Etat fédératif.³⁹²

Ni l'une ni l'autre de ces conceptions ne paraît être celle de *Gierke*. En résumé, au milieu des propositions contradictoires qui se rencontrent dans son travail, il est impossible de savoir au juste quel est son système. Ainsi nous trouvons, à page 49, que l'organe souverain de l'Empire allemand est la collectivité des Etats particuliers et, à page 65, que cette participation au pouvoir public, loin de leur donner le caractère d'Etat, peut aussi se présenter dans un Etat simple au profit de provinces ou de communes. Ainsi, à page 70, qu'il est impossible de trouver une différence entre le pouvoir de l'Etat non souverain et celui de la commune, et pourtant, à page 74, que les Etats confédérés ont un pouvoir propre, tandis qu'il n'en est pas ainsi de la commune.

³⁹² Ainsi nous lisons dans son ouvrage, p. 65—68 : „Du moment que *Laband* explique les honneurs reconnus aux monarques allemands dans le droit international par le fait qu'ils exercent dans leur unité collective le pouvoir suprême de l'Empire, il devrait accorder les mêmes honneurs à tout citoyen électeur d'une république.“

Ainsi il dit, page 67—68, que la notion du *jus proprium*, telle qu'elle a été développée par *Laband* et *Jellinek*, est insoutenable et, en outre, sans résultat pratique parce que chaque sujet de droit a des droits propres, et pourtant, à page 74, que les Etats confédérés et l'Etat collectif ont chacun «ein eigenes staatliches Machtrecht» qui les caractérise vis-à-vis des communes.

Quant à l'Etat fédératif lui-même, *Gierke* ne nous dit pas s'il considère comme tel l'Etat collectif ou la communauté que ce dernier forme avec les Etats membres. Du reste, ces deux conceptions cadrent également peu avec son système. Si nous considérons comme Etat fédératif la communauté de l'Etat collectif et de ses membres, *Gierke* affirme, à page 63, que «l'Etat fédératif est un Etat», ce qui ne l'empêche pas de dire, à page 74, que dans cet Etat «l'Etat collectif et les membres sont des personnes qui ne font partie d'aucune personne supérieure». Si, par contre, c'est l'Etat collectif lui-même que l'on considère comme l'Etat fédératif, alors, selon *Gierke*, ce dernier n'est qu'un participant (*Mitträger*) à son propre pouvoir public (page 74) et il ne forme avec ses membres (donc avec lui-même) qu'une communauté organique qui n'est pas une personne (page 72) et dont il n'est que le chef (page 73). Bien plus, «cet Etat fédératif est coordonné par sa propre constitution avec ses membres, comme coparticipant à la substance de son propre pouvoir public» (page 74), ce qui semblerait bien indiquer que sa constitution est au-dessus de lui-même.³⁹³ Conformément à cette dernière idée, *Gierke* admet que la compétence de la compétence n'est pas essentielle à l'Etat fédératif. Il croit que si elle manquait dans la constitution, elle n'appartiendrait qu'à la totalité des Etats (c'est-à-dire à l'Etat fédératif et à ses membres). Cette idée est inadmissible, c'est comme si dans une république on voulait exiger pour une révision de la Constitution l'assentiment de tous les citoyens et celui de l'Etat, ce qui évidemment constituerait un double emploi. Une pareille disposition est aussi peu concevable en théorie qu'appli-

³⁹³ Et lui qui a raillé la manière dont *Laband* explique les honneurs souverains reconnus aux monarques allemands (p. 65) fonde ces honneurs sur la „coordination constitutionnelle des Etats particuliers à l'Etat collectif dans la participation à la substance du pouvoir public“, et nous dit que cette conception est la seule qui permette de comprendre ces honneurs, de même qu'elle seule nous explique la différence de principe entre l'Etat non souverain et la commune!

cable dans la pratique. Un fait curieux à remarquer, c'est que dans tous les Etats qui méritent ce nom, la compétence de la compétence a été fixée d'une manière expresse.³⁹⁴

6° Au fond, le seul argument de *Gierke* est celui-ci: «Les membres de l'Etat fédératif sont des Etats, parce qu'ils prennent part à la substance du pouvoir public souverain, dans leur coordination constitutionnelle avec l'Etat collectif.» Pour justifier cet argument, il faudrait prouver que la *participation* au pouvoir public souverain est un trait commun à tous les Etats, en particulier aux Etats simples. Or, comment pourrait-on dire que le trait caractéristique de l'Etat simple est de *prendre part* à son propre pouvoir public? Cette idée de participation de *plusieurs Etats au même pouvoir public* est absolument contraire à l'unité de l'Etat,³⁹⁵ et c'est pour cela que bien qu'attribuant plus d'importance que *Gierke* lui-même à la participation des Etats particuliers au pouvoir fédéral, nous ne reconnaissons pas la qualité d'Etat à ces derniers.

Conclusions de
cette revue cri-
tique.

Nous croyons avoir démontré que la nouvelle théorie de *Gierke* n'est pas satisfaisante. Elle ne résout absolument pas le problème que son auteur s'était posé, mais elle nous montre, en revanche, à quelles conséquences et à quelles obscurités on peut aboutir quand on apporte à l'interprétation des faits un parti pris d'avance et ne reposant que sur des motifs de sentiment. Il nous semble, en effet, que *Gierke* s'est laissé influencer par la préoccupation de sauver un dogme qui doit être naturellement cher aux auteurs allemands, celui de la position souveraine de leurs monarques. Mais nous trouvons que *Laband* s'est bien mieux tiré de cette difficulté que son collègue.

A la fin de son exposé, *Gierke* exprime la conviction que cette théorie qu'il appelle une «*genossenschaftliche Konstruktion der bundesstaatlichen Staatsverbindung*» est de nature à résoudre toutes les difficultés qui peuvent se présenter dans l'application de la théorie aux faits concrets. «Mais», ajoute-t-il, «ce n'est pas ici l'endroit de le démontrer.»³⁹⁶ Il est à regretter que l'éminent professeur allemand ait renoncé au travail qui seul eût pu nous renseigner véritablement sur la valeur définitive de son système.

³⁹⁴ Nous ne parlons pas ici de la Bulgarie, ne la considérant pas comme une forme politique définitivement arrêtée.

³⁹⁵ Cf. *Zorn*, *Neue Beiträge*, p. 482—483.

³⁹⁶ P. 75.

Pour le moment nous lui reprochons, dans sa conception de l'Etat fédératif, d'enlever à ce dernier son caractère de personne juridique en le privant d'une qualité essentielle, l'unité et l'indivisibilité. Nous lui reprochons de faire violence au droit et aux faits en mettant l'Etat fédératif sur le même pied que ses propres membres, comme un être en dehors d'eux, et en faisant de lui le chef d'une association formée entre eux et lui. Nous lui reprochons enfin d'obscurcir les notions du droit public en y introduisant la conception hybride d'une association d'Etats qui est un organisme quelconque sans organe propre, et qui n'est ni une personne, ni une somme de personnes. C'est faire faire un immense recul à la science du droit public qui en était arrivée, après un long travail, à reconnaître la distinction absolue entre l'Etat souverain, être organique vivant, sujet de pouvoirs, de droits et d'obligations, et la simple association, ou réunion mécanique de pouvoirs mis en commun par des Etats souverains, avec ou sans raison sociale internationale. Et nous estimons que c'est ainsi payer trop cher le résultat que *Gierke* a voulu obtenir, c'est-à-dire la démonstration juridique de la thèse qu'il peut y avoir des Etats non souverains.

Chapitre VII.

La notion juridique de l'Etat fédératif.

A. Définition et caractère juridique de l'Etat fédératif.

Après cette revue critique des principaux systèmes qui ont été présentés au sujet de l'Etat fédératif, il nous reste à exposer rapidement celui auquel nous nous rattachons.

Nous partons du point de vue que la souveraineté est une qualité essentielle de l'Etat, et que du moment que les membres de l'Etat fédératif ont perdu leur souveraineté, il ne sont plus des Etats dans le sens juridique de ce mot.³⁹⁷ Il semblerait en

³⁹⁷ Ce sujet ayant été traité à fond dans la première partie de cet ouvrage, nous n'avons pas à y revenir. Il suffira de rappeler qu'aucune différence de principe ne sépare l'Etat non souverain de la commune et que les arguments invoqués pour établir une pareille différence ne sont absolument pas satisfaisants.

résulter que nous tombons directement dans l'Etat unitaire, comme l'ont fait plusieurs auteurs qui rejettent la notion juridique de l'Etat fédératif.³⁹⁸ Ce n'est pourtant pas le cas. Nous reconnaissons à l'Etat fédératif une place à part dans le droit public, non comme Etat à la seconde puissance comme *Staatenstaat*, mais comme subdivision de la notion de l'Etat à côté de l'Etat unitaire. En exposant nos idées à cet égard, nous espérons démontrer qu'elles ne font pas violence aux faits, comme on pourrait le croire. Au contraire, si nous prenons la liberté d'opposer une doctrine indépendante à celles qui ont régné jusqu'ici, c'est que nous sommes convaincu que, mieux que toute autre, cette doctrine explique la part qu'ont prise les anciens Etats dans la genèse de l'Etat fédératif et le rôle qui leur revient maintenant dans son organisation.

Nous posons en principe que les Etats fédératifs actuels ont été produits par de grands mouvements nationaux³⁹⁹ et qu'à ce point de vue là leur création est tout à fait analogue à celle du royaume italien, par exemple. Mais alors, nous demandera-t-on, pourquoi la Suisse, les Etats-Unis et l'Allemagne ne sont-ils pas devenus des Etats unitaires comme l'Italie? La réponse à cette question explique la nature particulière de l'Etat fédératif telle que nous la concevons.⁴⁰⁰

L'unité de l'Italie est le produit d'un grand travail collectif qui a duré plusieurs siècles et créé la nationalité italienne. Or, pendant que l'idée nationale se développait ainsi d'une manière lente, mais irrésistible, la plus grande partie de l'Italie a gémì sous le joug étranger; elle était divisée en petits Etats qui servaient pour la plupart d'apanages aux cadets des Maisons

³⁹⁸ *J. de Held*, Die Verfassung des Deutschen Reichs.

³⁹⁹ Nous n'avons pas ici à étudier la notion de la nationalité et à en rechercher les limites. Ce que nous entendons par mouvement national, c'est ce grand élan qui a saisi plusieurs peuples et les a menés à l'unité politique, tandis qu'auparavant les Etats se formaient par succession héréditaire, mariages, etc., comme l'apanage des souverains. Cf. *Jellinek*, p. 262 et 263.

⁴⁰⁰ En faisant ce rapide exposé historique, nous n'avons nullement l'intention de baser la nature juridique de l'Etat fédératif sur des considérations tirées de l'histoire; nous voulons simplement montrer que notre doctrine ne fait pas du tout violence à l'histoire et aux faits. Nous verrons, du reste (*infra* p. 204), que le Mexique, par exemple, a passé de la forme unitaire à la forme fédérative. Cela suffit pour montrer que la nature juridique de l'Etat fédératif ne dépend pas de sa genèse.

d'Espagne ou d'Autriche. Le sentiment national s'est donc nécessairement trouvé en opposition avec cet ordre de choses, et plus ce sentiment s'est fortifié, plus les gouvernements italiens ont apparu à leurs sujets sous le jour odieux d'une oppression étrangère et plus ces derniers ont appris à les haïr. Pour eux, l'Etat n'était pas, comme pour nous, le représentant de la patrie, c'était un pouvoir ennemi dont tout patriote souhaitait ardemment la suppression. Rien de plus naturel dès lors que le mouvement unitaire qui se produisit en 1859 et en 1860. Lorsque l'heure de l'indépendance italienne eût sonné, les Etats particuliers tombèrent aux acclamations du peuple comme autant de Bastilles dont il se voyait délivré. La haine contre ces Etats était si grande, que les Toscans entr'autres, malgré leur originalité et leur grand patriotisme local, ne songèrent pas à former un Etat fédératif en Italie et se rallièrent purement et simplement à la Maison de Savoie, la seule qui eût eu une politique vraiment patriotique et libérale, la seule qui fût véritablement italienne. L'Italie est donc devenue un Etat unitaire, parce que pour les Italiens l'unité complète réalisait seule la liberté et l'indépendance nationales.⁴⁰¹

Dans les Etats fédératifs le mouvement national a suivi une évolution différente, parce que les Etats particuliers, loin de s'y opposer, en ont favorisé le développement. Le patriotisme naissant pour la Confédération, au lieu de se trouver contrecarré par le patriotisme local, n'était que la conséquence, l'élévation de ce dernier et les Suisses en particulier ont appris à chérir toujours plus leur patrie commune sans que leur attachement aux institutions cantonales en fût affaibli. De tout temps les Cantons ont été les interprètes et les organes du sentiment confédéral; de tout temps ils ont compris que le maintien du lien national était

⁴⁰¹ Le fédéralisme avait aussi ses partisans, mais ils n'ont pas pu lutter avec le mouvement unitaire irrésistible qui a accompagné la création du nouveau royaume. Si l'on voulait, comme *Calhoun* et son école, s'attacher strictement à l'interprétation des faits, on devrait dire que l'Etat italien repose sur des contrats conclus entre le Piémont, la Toscane, les Romagnes, etc., parce que ces provinces ont voté leur annexion à l'Italie (*Dreyss*, *Chronologie universelle*, 1873, II, p. 905) et que ce vote a été accepté par Victor Emmanuel. Or, personne ne voudra soutenir cette thèse. En vérité il n'y a là que de simples faits, par lesquels la nation a exprimé et réalisé sa volonté de se constituer en Etat. Le juriste ne peut pas les qualifier autrement.

nécessaire à leur propre existence.⁴⁰² Aussi lorsqu'en 1798 ils furent supprimés pour faire place à un Etat unitaire, le régime qui leur succéda et qui avait, en outre, le tort d'être imposé par l'étranger, n'obtint jamais les sympathies de la nation, et les troubles incessants qui précédèrent l'Acte de Médiation ont démontré à l'évidence combien les institutions cantonales avaient des racines profondes dans le peuple et combien le patriotisme suisse et le patriotisme local étaient étroitement liés ensemble.

Vint la Restauration : cette triste époque d'impuissance et de stagnation politiques. Vint ensuite l'évolution démocratique de 1830 avec ses aspirations nationales et tout son contingent d'opinions nouvelles. En face du mouvement qui grandissait chaque jour, fortifié par le progrès irrésistible des idées démocratiques, quelques Cantons restèrent fidèles aux principes réactionnaires de 1815 et à une politique obstructionniste. Entre ces deux courants irréconciliables, une collision était inévitable. Elle éclata et aboutit à la création du nouvel Etat fédératif. Mais bien que quelques Cantons se fussent opposés au mouvement national, les institutions cantonales étaient chères au peuple : elles avaient été le berceau de nos libertés, et nul ne songea à les supprimer.⁴⁰³

Voilà ce qui explique la position spéciale des Cantons dans notre Confédération actuelle et la différence qui les sépare des collectivités inférieures d'un Etat simple.⁴⁰⁴ Les Etats unitaires actuels n'ont été convertis que récemment aux avantages et aux bienfaits du self-government. L'octroi de ce système aux collectivités inférieures a donc chez eux, *historiquement* aussi bien que *juridiquement*, le caractère d'une concession faite par l'Etat à

⁴⁰² V. supra p. 149, n. 366.

⁴⁰³ L'influence de cet attachement était si grande que l'évolution décisive de 1848 n'a paru à nos législateurs qu'une simple révision de l'ancien pacte fédéral. On conservait les Cantons : on leur garantissait leur souveraineté, on croyait n'avoir fait que réformer un peu l'ancien état de choses. Mais cette évolution lente et successive appartient à l'histoire. Avec ses notions exactes et bien définies, le juriste doit reconnaître le moment exact où le flot mouvant des phénomènes concrets passe d'un domaine des catégories scientifiques dans un autre, où la Confédération d'Etats devient Etat fédératif, et dire : Voici l'heure décisive, le point de départ d'un nouveau droit public. Le passé ne me regarde plus.

⁴⁰⁴ Il est inutile de faire ici l'historique du mouvement national en Amérique et en Allemagne, car ce mouvement est tout à fait analogue au nôtre.

ces dernières. Chez nous, par contre, bien que la conception juridique de ce phénomène soit la même, bien qu'en droit les Cantons soient maintenant vis-à-vis de la Confédération, comme des corps self-administratifs, l'évolution historique a été différente. La Confédération n'a pas eu besoin de se créer un nouveau système de collectivités inférieures, parce qu'elle en a trouvé qui, non seulement étaient tout organisées, mais encore — ce qui valait mieux encore — qui étaient établies sur une vieille tradition historique et reposaient sur l'affection de leurs ressortissants. Voilà ce qui — historiquement, non juridiquement — distingue les Cantons suisses et les Etats allemands et américains des autres collectivités dotées de la self-administration et c'est ce qui explique en même temps la force politique de leur organisation et l'étendue de leurs compétences.

Bien plus : lors de l'évolution nationale, les Etats confédérés se sont trouvés les seuls organes au moyen desquels les populations pussent exprimer leurs désirs et manifester leur volonté. Loin de les supprimer, comme les Italiens l'ont fait de leurs Etats particuliers, la nation s'est servie de leur voix pour arriver à l'unité. Ils ont donc été, non pas, comme on l'a dit, les créateurs de l'Etat fédératif, mais les interprètes de la volonté nationale lors de cette création. La fondation du nouvel Etat n'a pas été précédée, comme en Italie, par la suppression violente et complète d'un ancien état de choses et l'établissement d'un nouveau pouvoir sur ses ruines ; elle s'est opérée, non pas contre la volonté des Etats confédérés, mais avec leur coopération plus ou moins directe et considérable.

Ce fait a eu des conséquences décisives pour la nature de l'Etat fédératif. *Les Etats ayant servi comme organes de la nation lors de la création du nouvel Etat, on leur a conservé cette qualité d'organes de la nation, en leur attribuant une certaine participation à l'exercice du pouvoir public fédéral suprême.* Voilà ce qui distingue les Etats confédérés des autres collectivités non souveraines et l'Etat fédératif de l'Etat unitaire.

Et remarquez que la mesure de cette participation, concédée par l'Etat collectif à ses membres, correspond exactement à la mesure dans laquelle ces derniers ont participé eux-mêmes à sa création. Ainsi en Suisse, le peuple étant déjà depuis quelque temps habitué, par la démocratie, à manifester sa volonté, le mouvement national a été essentiellement populaire. La coopé-

ration des Etats s'est bornée à nommer des délégués à la Diète et à voter en même temps que le peuple sur la Constitution élaborée par elle. En coïncidence avec ces faits, la Confédération suisse a désigné le peuple comme son organe souverain et n'a accordé aux Cantons qu'une participation restreinte à l'exercice du pouvoir suprême. En Amérique, le mouvement national fut également avant tout populaire. Aussi la souveraineté y a-t-elle été dévolue au peuple et les Etats ne coopèrent à la formation de la volonté fédérale que par l'organe du Sénat et le vote de leurs corps législatifs sur les modifications apportées à la Constitution. En Allemagne, par contre, l'opinion publique, bien qu'ayant puissamment soutenu le mouvement national, n'avait aucun organe juridique assez autorisé pour jouer un rôle prépondérant lors de la création de l'Etat fédératif. Les Etats comme tels furent les principaux instruments de l'évolution et, en conséquence, c'est leur collectivité que l'Empire reconnaît comme son organe souverain tout en n'accordant au peuple allemand qu'une participation restreinte au pouvoir public suprême, par l'organe du Reichstag.⁴⁰⁵

L'Etat fédératif est donc l'Etat dans lequel une certaine participation à l'exercice du pouvoir souverain est accordée à des collectivités inférieures, soit qu'on les adjoigne à l'organe souverain pour la formation de la volonté nationale, soit que, prises dans leur totalité, elles forment elles-mêmes cet organe souverain.⁴⁰⁶ Ces collectivités — qu'elles s'appellent Etats, Cantons ou Provinces, etc. — ne sont pas des Etats proprement dits,

⁴⁰⁵ Nous avons déjà vu plus haut que *Laband* se refuse à voir dans l'Empire germanique une création du peuple allemand. Il est vrai que le peuple n'a pas coopéré à sa formation autrement qu'en nommant le Reichstag chargé de voter la Constitution fédérale (*Laband*, *Staatsrecht*, I, p. 23—25). Mais on ne peut nier que l'Empire n'ait été produit au fond par la volonté de la nation. Le Chancelier impérial s'est précisément montré un homme de génie en reconnaissant toute la force de ce grand mouvement et en accordant d'emblée une représentation nationale au peuple allemand.

⁴⁰⁶ Dans l'exposé de cette doctrine, nous nous associons complètement aux idées exprimées par M. *Philippe Zorn*, professeur à l'université de Königsberg, dans ses ouvrages précités. Nous avons déjà critiqué l'opinion de cet auteur sur certaines questions relatives à notre sujet, mais nous nous rattachons pleinement à son assertion que la participation des Etats confédérés à la création de la volonté fédérale est le seul trait caractéristique de l'Etat fédératif. — Quant à la signification que nous donnons aux mots: „organes souverains“, v. supra p. 147, n. 363.

parce que la souveraineté leur fait défaut, mais leur participation à l'exercice du pouvoir suprême les distingue des communes et autres corporations de droit public. De plus, et c'est là un point décisif pour la conception de leur caractère juridique, elles ne sont pas de simples districts électoraux, de simples fractions mathématiques du territoire établies dans le but de réaliser la représentation nationale par voie d'élection; ce sont des collectivités ayant chacune une individualité distincte et un esprit de corps particulier produit par une existence de plusieurs siècles.⁴⁰⁷ En un mot, ce sont des organes, des êtres organiques qui coopèrent comme tels à la création et à l'exécution de la volonté de l'Etat souverain. Voilà ce qui distingue les Etats confédérés des simples communes et des districts électoraux d'un Etat unitaire.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Nous n'entendons pas ici faire rentrer les considérations historiques dans le domaine du droit positif. Nous n'avons voulu que bien fixer la personnalité individuelle des membres de l'Etat fédératif en opposition à de simples divisions administratives.

⁴⁰⁸ De ce que les membres du Conseil des Etats suisse votent sans instructions, *Jellinek* conclut qu'ils ne sont que des districts électoraux, puisque *de jure* ils représentent aussi peu les intérêts cantonaux que les membres du Conseil national. Cette manière de voir n'est pas très exacte. Les députés au Conseil des Etats suisse sont les représentants de leurs Cantons, aussi bien que les membres du Conseil fédéral allemand, qui reçoivent des instructions, représentent leurs Etats respectifs. En revanche, les Cantons suisses agissent *de jure* comme organes de la Confédération en nommant le Conseil des Etats, et les intérêts qui sont en jeu ne sont *de jure* que ceux de la Confédération. En politique, les intérêts cantonaux sont aussi fortement représentés au Conseil national qu'au Conseil des Etats; bien plus, nombre de Cantons envoient souvent dans cette dernière Chambre des députés ayant un programme éminemment progressiste dans le domaine fédéral. Il n'est donc pas exact de faire dépendre la représentation *de jure* du fait que les représentants ne votent qu'en vertu d'instructions. Les Cantons agissent comme organes de la Confédération en nommant le Conseil des Etats, et ce dernier est également un organe fédéral. Il en est de même en Amérique, où les Etats instruisent souvent les membres du Sénat, bien que ce droit ne leur soit pas reconnu par la Constitution fédérale (cf. *Rüttimann*, I, § 153 et *de Holst* dans *Marquardsen*, p. 43—44), et en Allemagne, où les députations au Conseil fédéral ne sont pas admises à voter si elles ne sont pas munies d'instructions. D'un autre côté, les intérêts particuliers des Etats confédérés sont aussi représentés, politiquement parlant, au Reichstag allemand et à la Chambre des Représentants des Etats-Unis. Il est également inexact de ne voir dans les Cantons suisses que de simples districts électoraux. Ce qui le prouve, entre autres, c'est qu'ils ont le droit de décider par qui leurs députés au Conseil des Etats seront nommés et de quelle durée sera leur

Objection faite par
Gierke à cette
manière de voir.
Réfutation de
cette objection.

Le professeur *Gierke*⁴⁰⁹ combat cette opinion. Il croit que cette participation au pouvoir souverain peut être accordée dans l'Etat simple à des communes ou à des provinces. Nous ne partageons pas cette manière de voir. *Gierke* n'a indiqué aucun exemple pratique à l'appui de son assertion, et en fait nous ne connaissons pas d'Etat simple qui ait accordé à ses départements une situation analogue à celle des membres de l'Etat fédératif. A cet égard, il faut éviter de confondre deux choses essentiellement différentes : la coopération de certaines collectivités comme telles à la création de la volonté souveraine, et les diverses combinaisons qu'ont inventées les législateurs dans l'Etat simple pour tempérer les effets du suffrage universel. La plupart des Etats unitaires ont introduit le système des deux Chambres. Or, pour remédier aux inconvénients du suffrage populaire direct, on a généralement confié l'élection d'une des deux Chambres au moins à d'autres corps qu'à la masse des citoyens. Le Sénat espagnol comprend les Grands d'Espagne, certains hauts fonctionnaires, et des membres nommés par un nombre restreint d'électeurs avec un cens électoral élevé. En Prusse, la Chambre des Seigneurs est nommée par le Roi sur la présentation des villes, des universités, de certaines corporations, etc. Mais tout cela n'est qu'une question de législation électorale. Ces corps électoraux ne sont que des circonscriptions particulières, des subdivisions privilégiées de la masse des électeurs, et non des collectivités organiques participant comme telles à la création de la volonté de l'Etat. De ce que les Sénateurs français sont nommés avec une certaine égalité par les départements, personne ne conclura que ces départements coopèrent eux-mêmes à l'exercice du pouvoir suprême. Enfin il suffit d'examiner la Constitution de l'Autriche — l'Etat simple qui en Europe se rapproche le plus de la forme fédérative — pour voir

mandat. En outre la Constitution fédérale statue (art. 82 et 83) : 1° que ni le président ni le vice-président du Conseil des Etats ne peuvent être élus parmi les députés du Canton dans lequel a été choisi le président pour la session ordinaire qui a immédiatement précédé ; 2° que les députés du même Canton ne peuvent revêtir la charge de vice-président pendant deux sessions ordinaires consécutives ; 3° que les députés au Conseil des Etats sont indemnisés par les Cantons. Ces dispositions qui s'appliquent exclusivement à ce Conseil montrent bien que les Cantons ne sont pas de simples districts électoraux, mais bien des collectivités ayant une individualité propre.

⁴⁰⁹ Dans *Schmoller*, p. 65.

combien l'opinion de *Gierke* est peu conforme à la réalité. La dénomination officielle de cette monarchie est celle-ci : les Royaumes et Pays représentés dans le Conseil impérial.⁴¹⁰ On croirait, en lisant, à une pluralité d'Etats : il n'en est point ainsi. L'Autriche est un seul Etat dont les parties — quoique dotées d'une organisation aussi forte et d'un self-government aussi étendu que celui dont jouissent nos Cantons suisses — n'ont pas l'importance juridique de ces derniers parce qu'elles ne participent pas comme telles à la création de la volonté nationale. En effet, à côté de l'organe souverain, l'Empereur, l'Autriche possède un Conseil impérial, composé de la Chambre des Seigneurs et de celle des Députés. La première comprend les archiducs, les hauts prélats, les nobles et des membres nommés à vie par l'Empereur. La seconde compte 353 membres élus directement par les populations et représentant la grande propriété, les villes, bourgs et sièges d'industrie, les Chambres de commerce et Conseils de manufactures, enfin les communes rurales.⁴¹¹ Les différentes provinces n'ont pas le même nombre de députés, elles sont toutes divisées plus ou moins également en un certain nombre de districts électoraux, comme le sont nos Cantons pour les élections au Conseil national. La Chambre des Députés autrichienne ne représente donc pas les différentes provinces de la monarchie ; elle représente l'ensemble de la nation autrichienne.

*Jellinek*⁴¹² s'est aussi refusé à voir dans la participation des Etats particuliers au pouvoir fédéral le trait caractéristique de l'Etat fédératif. Tout au plus, dit-il, peut-on la considérer comme un *naturelle* de cet Etat à cause de la grande utilité pratique qu'elle présente. Mais ce n'est pas un fait juridiquement important parce qu'en droit il est indifférent de savoir comment se forme la volonté de l'Etat. Au point de vue strictement formel, la phase antérieure à la sanction de la loi par le souverain et à sa promulgation par l'autorité compétente est une phase purement interne, qui n'intéresse le droit public qu'autant qu'il fixe les organes chargés de coopérer à l'élaboration de cette loi. Ainsi dans la monarchie, comme dans la république, la loi est la volonté de l'Etat manifestée par son organe souverain. Les

Objection analogue présentée par *Jellinek*.

⁴¹⁰ *Jellinek*, p. 77.

⁴¹¹ Cf. *Charles Vogel*, *Le monde terrestre*, 5 vol. Paris 1877—84 ; vol. II, p. 797 et suiv.

⁴¹² P. 284—289.

débats dans les Chambres ne sont que comme les réflexions mentales qui précèdent un acte de l'être humain. Donc on ne peut parler de participation à la création de la volonté souveraine que dans un sens politique et philosophique, mais non dans un sens juridique, et ce trait ne peut pas plus distinguer l'Etat fédératif de l'Etat simple qu'il ne sépare la monarchie de la république.

Critique de cette
objection.

Nous n'admettons pas cette manière de voir. Avec son parti pris de considérer les membres de l'Etat fédératif comme des Etats, et ce dernier comme un Etat au deuxième degré, un Staatenstaat, *Jellinek* n'a pas besoin d'autre trait pour le distinguer de l'Etat simple; et à ce point de vue il a raison de dire que la manière dont se forme la volonté de l'Etat n'influe pas sur sa nature juridique. Mais nous nous plaçons sur un autre terrain. Nous ne considérons pas l'Etat fédératif comme un Etat superposé à d'autres Etats, mais comme un Etat ordinaire, comme une espèce dans le genre Etat, et nous cherchons ce qui distingue cette espèce de l'autre espèce que l'on appelle Etat simple ou unitaire. A ce point de vue là, *Jellinek* a tort de refuser toute importance juridique à la manière dont se forme la volonté publique; il est vrai qu'en droit cette volonté est la volonté unique de l'Etat et non la somme des volontés qui coopèrent à sa création. Mais du moment que c'est le droit public qui décide comment se formera la volonté publique et par la voix de quels organes l'Etat la fera passer et la manifestera, cette genèse devient un acte juridiquement important en opposition aux raisonnements internes de l'individu.⁴¹³ Ce n'est pas la participation des Cantons suisses au pouvoir fédéral qui fait que la Confédération est un Etat, mais c'est elle qui en fait un Etat fédératif, en opposition à l'Etat simple, tout comme la coopération d'une représentation nationale à la création de la volonté souveraine sépare la monarchie constitutionnelle de la monarchie absolue. Bien plus, cet élément fédératif dans l'organisation de l'Etat fédératif nous explique seul la véritable nature juridique de cet Etat ainsi que son importance politique et sa raison d'être dans l'histoire. C'est lui seul qui répond à ses traditions et à ses besoins en tenant compte de la nature spéciale que les Etats particuliers doivent à une existence indépendante de plusieurs siècles. Les compétences étendues de ces Etats ne leur confèrent pas un caractère qui

⁴¹³ Cf. *Brie* dans *Grünhut*, p. 155.

leur soit propre, car le système du self-government peut très bien se concilier avec l'Etat unitaire. C'est la part à eux faite dans l'exercice du pouvoir fédéral qui seule correspond à leur véritable importance et grâce à laquelle les Etats fédératifs actuels reposent sur des bases historiques solides, qui leur garantissent une grande force morale et une existence durable.

Nous maintenons donc que la définition juridique de l'Etat fédératif doit reposer sur les bases suivantes: souveraineté de l'Etat fédératif, refus de la qualité d'Etats à ses membres, mais participation de ces derniers à la création de la volonté souveraine fédérale.⁴¹⁴ Cette définition pourrait donc être formulée à peu près de la manière suivante:

Définition de
l'Etat fédératif.

L'Etat fédératif est un Etat dans lequel une certaine participation à la formation de la volonté souveraine est accordée à des collectivités publiques inférieures qui se distinguent par là des communes ou provinces de l'Etat simple. Cette participation donne à ces collectivités la qualité de membres de l'Etat fédératif.

B. La situation juridique des Etats particuliers dans l'organisme fédéral.

L'Etat est un être organique, une personne du droit public composée d'organes au moyen desquels elle se manifeste. Ces organes peuvent être soit des personnes isolées soit des collèges d'individus, soit enfin des corporations organisées de nouveau en elles-mêmes. Ainsi la totalité des citoyens électeurs est un organe simple de l'Etat, chargé de composer d'autres organes simples (le Conseil national en Suisse, le Reichstag en Allemagne, etc.) et quelques fois aussi de se prononcer en dernier ressort sur les lois votées par les chambres (c'est là la signification juridique du referendum en Suisse). Les Etats particuliers sont, par contre, à leur tour des êtres composés et doués d'organes multiples pour

Rôle des Etats
particuliers dans
l'organisme
fédéral.

⁴¹⁴ Sur ce dernier point nous sommes d'accord avec les auteurs suivants: *Auerbach*, Das neue deutsche Reich, 1871, p. 21 et suiv.; *Westerkamp*, Ueber die deutsche Reichsverfassung, 1883, p. 97; *G. Meyer*, Grundzüge des norddeutschen Bundesrechts, p. 24, et Erörterungen über das deutsche Staatsrecht, p. 18; *Bluntschli*, Geschichte des schweizerischen Bundesrechts, I, p. 550 et suiv.; et surtout *Laband*, I, p. 82. Cf. *Jellinek*, p. 285, n. 46 et 47. Chez nous, la nécessité d'un Conseil des Etats a été soutenue, en 1848, par *James Fazy*, *Rüttimann* et *Munzinger*. Cf. *Blumer-Morel*, I, p. 127.

réaliser leurs buts. Comme tels ils sont des organes de l'Etat fédératif, mais ils se distinguent des simples communes d'un Etat unitaire en ce qu'ils ne sont pas seulement des rouages administratifs subalternes, mais qu'ils participent aussi à l'exercice du pouvoir souverain, spécialement à la création de la volonté suprême de l'Etat. Ainsi que nous l'avons vu, cette participation peut varier en intensité. C'est chez nous qu'elle est la plus restreinte, les Cantons n'étant appelés, en dehors de leur droit d'initiative, qu'à voter à la majorité absolue et concurremment avec le peuple sur les révisions constitutionnelles et à nommer le Conseil des Etats dans lequel leurs représentants votent sans instructions⁴¹⁵ et où les décisions sont également prises à la simple majorité. C'est en Allemagne qu'elle est la plus forte, les Etats formant ensemble l'organe souverain, représenté par le Conseil fédéral, et donnant des instructions à leurs représentants dans ce conseil, en même temps qu'une simple minorité de 14 voix suffit pour empêcher toute révision de la Constitution.⁴¹⁶

Cette coopération confère aux Etats particuliers la qualité de membres de l'Etat fédératif, et les fait apparaître comme une classe d'électeurs indépendants, en opposition à de simples districts électoraux. Puisqu'elle revient à chaque membre comme tel, elle rentre dans le domaine de son droit public aussi bien que dans celui du droit fédéral. En Suisse, par exemple, les Constitutions cantonales fixent le mode d'élection des deux députés que le Canton envoie au Conseil des Etats. De même les Constitutions particulières allemandes peuvent légalement obliger le gouvernement à ne donner ses instructions aux délégués qui le représentent dans le Conseil fédéral qu'avec l'assentiment des Chambres, et cet gouvernement est toujours politiquement responsable vis-à-vis de ces dernières de la manière dont il donne ses instructions⁴¹⁷.

Les mêmes motifs qui ont milité en faveur de cette participation à la création de la volonté souveraine — l'importance

⁴¹⁵ Il en résulte que l'on voit assez fréquemment les deux députés d'un même Canton appartenir à des partis différents et émettre des votes opposés.

⁴¹⁶ Constitution impériale, art. 78, al. 1. Cette disposition a pour effet de permettre à chacun des trois grands groupes des Etats allemands de s'opposer à une révision constitutionnelle, la Prusse disposant de 17 voix, la coalition des quatre Etats du Sud pouvant réunir 16 voix, et celle des petits Etats 21 voix. Const. imp., art. 6.

⁴¹⁷ Laband, Staatsrecht, I, p. 92, et dans Marquardsen, p. 21.

historique des Etats particuliers, les conseils d'une sage politique, et le juste respect du patriotisme local des citoyens — ont aussi engagé l'Etat fédératif à attribuer à ses membres une large part des tâches publiques selon les principes du self-government, et une organisation très complète pour les remplir. Quelques mots nous suffiront pour exposer les principes qui ont guidé l'Etat souverain dans ces deux questions.

I. Attribution des compétences.

En fixant les compétences des collectivités qu'il crée, un Etat souverain peut procéder de deux manières différentes: Ou bien il détermine expressément ces compétences en se réservant tacitement toutes les autres, ou bien il énumère les matières qu'il se réserve et abandonne les autres aux corps politiques qu'il se donne comme collaborateurs. L'Etat simple choisit généralement la première voie, l'Etat fédératif, la seconde. Cela est du reste très naturel: historiquement l'Etat simple a précédé les communes,⁴¹⁸ départements, etc. auxquels il accorde des compétences; il les a créés et en les créant il s'est trouvé dans la nécessité de fixer leurs attributions d'une manière positive. En revanche, les anciens membres de l'Etat fédératif existaient avant lui comme Etats, et la politique, tenant compte de l'histoire et des besoins du moment, a engagé cet Etat à ne s'attribuer au début que des compétences restreintes et spécialement désignées, avec pleine liberté de les agrandir en tout état de cause par voie de révision constitutionnelle. Il était dès lors sage et naturel de procéder comme on l'a fait dans les trois principaux Etats fédératifs actuels, c'est-à-dire de fixer dans la Constitution fédérale les attributions de l'Etat central et d'abandonner expressément ou tacitement toutes les autres compétences publiques aux Etats particuliers.⁴¹⁹

Compétences
attribuées aux
Etats particuliers.
Organisation des
Etats particuliers.

⁴¹⁸ Nous voulons désigner par ce terme les communes modernes, non les anciennes communes du Moyen-Age. L'organisation communale actuelle a été, dans la plupart des Etats simples, une conquête des temps modernes, un progrès dû aux idées du self-government et de la décentralisation.

⁴¹⁹ Const. féd. suisse, art. 3. Const. amér., amend. X. Const. imp. allemande, art. 4. — C'est donc bien à tort que l'on a voulu interpréter ces articles dans ce sens que la souveraineté cantonale est la règle, la souveraineté fédérale l'exception. Les Etats fédératifs eussent tout aussi bien pu employer le procédé inverse. Cf. *Jellinek*, p. 293—294.

La manière dont les Etats fédératifs ont partagé les tâches publiques entre eux et leurs membres a été très bien caractérisée par *Laband*,⁴²⁰ et nous ne pouvons faire mieux que résumer ici aussi brièvement que possible l'intéressant exposé qu'il a fait de cette question :

1° Une grande partie des tâches publiques revient en entier et exclusivement aux pouvoirs fédéraux. Ici nous devons ranger les compétences qui tiennent intimement à l'existence de l'Etat collectif (comme le droit de paix et de guerre) et celles qu'il avait un intérêt pratique à centraliser (postes, télégraphes, douanes, etc.). En outre, l'Etat fédératif s'est réservé les questions touchant à la souveraineté et à la vie nationale entière, et c'est pour cela qu'il a une large compétence législative, un gouvernement fédéral armé de pouvoirs très étendus, une administration assez complète et un tribunal suprême.

2° Dans l'exercice de plusieurs fonctions publiques, l'Etat fédératif se sert de la coopération de ses membres. Ce partage des compétences, que *Laband* rattache avec raison à la notion de la self-administration, repose sur les principes suivants : L'Etat transmet l'exercice de ses droits à des collectivités qui, bien que ses organes, ont vis-à-vis de lui une existence et une organisation propres, grâce auxquelles elles se distinguent de simples districts administratifs. Il se borne à décréter les lois relatives à cet exercice et à en contrôler l'application par ces collectivités inférieures. Nous pouvons citer ici les matières désignées entr'autres par les art. 20 et 64 de la Constitution fédérale suisse et l'art. 4 de la Constitution impériale allemande.⁴²¹

3° Enfin, dans un grand nombre de domaines, l'Etat fédératif a remis à ses membres le pouvoir législatif lui-même, dans les limites d'un certain contrôle indispensable. Citons parmi ces matières l'organisation des pouvoirs publics — sauf les restrictions imposées aux Etats particuliers par les Constitutions suisse (art. 6) et américaine (art. IV, section 4) — les domaines du droit non réglés par la législation fédérale, la police, l'instruction et les

⁴²⁰ Staatsrecht, I, p. 94—109.

⁴²¹ Bien qu'aux Etats-Unis on ait cherché autant que possible à séparer l'administration fédérale de celle des Etats particuliers, on n'y a pas réussi complètement, et dans plusieurs des matières citées dans l'art. I, section 8, de la Const. amér. les Etats particuliers appliquent les lois fédérales sous le contrôle d'autorités fédérales comme, par exemple, la Cour fédérale suprême.

travaux publics, etc. Les Etats particuliers ont donc dans ce domaine le droit de se donner leurs propres lois, c'est-à-dire, en langage juridique, l'autonomie.⁴²²

Mais dans ce domaine comme dans les autres, les Etats particuliers ne sont que les organismes inférieurs d'un seul et même Etat. Ils n'ont pas d'autre *status* que celui qui leur est accordé par la constitution de ce dernier et leur autonomie est restreinte par nombre de défenses et d'astictions que cette constitution et les lois fédérales leur imposent. Ainsi les Etats particuliers ne peuvent rien décréter qui soit contraire au droit de l'Etat collectif sous peine de voir leur œuvre cassée par les organes suprêmes de ce dernier. En outre, les lois fédérales abrogent implicitement toutes les dispositions du droit particulier qui leur sont contraires, et nous savons que l'Etat central peut en tout temps réduire et même supprimer les pouvoirs de ses membres.

On voit donc que le partage des compétences publiques a lieu dans l'Etat fédératif comme dans l'Etat simple. L'Etat réserve certaines fonctions aux autorités fédérales; il remet l'administration de certains pouvoirs à des organismes inférieurs qui les exercent selon sa législation et sous son contrôle; enfin il accorde à ces derniers une certaine autonomie dans les limites et selon les règles fixées par sa constitution. Les Etats particuliers n'ont donc pas d'autre situation que celle qu'un Etat simple accorde aux collectivités publiques qu'il s'adjoint comme collaborateurs.

II. Organisation des Etats confédérés.

En raison de ces compétences très étendues, ainsi que de leur participation au pouvoir fédéral suprême, les membres de l'Etat fédératif ont reçu de ce dernier des pouvoirs très complets quant à leur organisation. C'est là aussi le sens de l'art. 3 de la Constitution fédérale suisse⁴²³ et du X amendement de

Organisation des
Etats particuliers.

⁴²² *Jellinek*, p. 44, critique l'emploi que *Laband* a fait de ce terme d'autonomie pour désigner les compétences législatives des Etats non souverains. C'est là une querelle de mots qui a pour nous d'autant moins d'importance que nous ne voyons aucune différence entre les attributions législatives d'un Etat non souverain et celles d'une province. Il nous suffit d'accepter ici ce terme d'autonomie qui nous paraît, du reste, fort bien choisi.

⁴²³ Art. 3. „Les Cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral.“

la Constitution américaine.⁴²⁴ Il est facile de saisir la véritable portée de ces articles. La mission politique des législateurs appelés à élaborer les premières constitutions fédérales était de rester autant que possible sur le terrain historique et de conserver purement et simplement tout ce qui, de l'ancien état de choses, était compatible avec la nature du nouvel Etat fédératif et utile à la réalisation de ses buts. Ayant à faire à des Etats qui jouissaient, au moment où cette constitution a été élaborée, de la plénitude de leur souveraineté, et désireux de les conserver en qualité de collectivités inférieures du nouvel Etat, ils n'ont eu qu'à établir les compétences de ce dernier, à restreindre par là celles des Etats particuliers et à *faire sanctionner par la nouvelle constitution* tous les pouvoirs conservés à ces Etats. Par ces mots: «Les Cantons sont souverains⁴²⁵ et comme tels ils exercent tous les droits»⁴²⁶ de même que par la garantie dont parle l'art. 6 de sa Constitution, la Confédération suisse a voulu confirmer purement et simplement l'ancienne organisation et les droits des Cantons. En revanche, les mots: «. . . en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale . . . » et «. . . qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral»,⁴²⁷ indiquent bien le changement de *status* qu'ont subi les Cantons, le fait qu'ils ne sont plus que des organismes inférieurs d'un seul Etat.

Nous retrouvons donc ici le même phénomène que l'exemple de la Finlande nous a servi à illustrer plus haut.⁴²⁸ Entre l'ancien Canton et le nouveau, la continuité historique est conservée — et c'est ce qui fait la force politique de la Confédération — en droit, le Canton actuel est une nouvelle création. Ses droits et son existence ne reposent pas, comme le croit *Laband*, sur

⁴²⁴ Amendment X. „The powers not delegated to the United States by the Constitution nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively or to the people.“

⁴²⁵ Nous avons déjà vu que ce terme avait été mal employé au point de vue juridique. Mais l'idée politique qu'il doit rendre est fort juste. Nos premiers législateurs ont voulu dire: „La Confédération s'adjoit comme collaborateurs les anciens Cantons. Elle les crée donc à nouveau *comme ils étaient avant 1848*, sauf les restrictions et modifications statuées par la Constitution.“

⁴²⁶ Art. 3 de la Const. féd. suisse.

⁴²⁷ Même article.

⁴²⁸ V. *supra* p. 87.

l'histoire, mais uniquement sur la Constitution fédérale. C'est là son titre juridique et ce qui le prouve, c'est que si jamais un Canton avait à se défendre contre des empiètements sur ses pouvoirs ou des atteintes illégales à sa Constitution, il invoquerait en sa faveur, devant les autorités fédérales compétentes, non pas des considérations historiques, mais exclusivement le texte précis et formel des art. 3 et 5 de la Constitution fédérale. En Allemagne, les Etats ont été, plus que partout ailleurs, les instruments directs qui ont servi à créer le nouvel Empire. De là leur position moins dépendante que celle des Cantons suisses ou des Etats américains. De là aussi le fait que la Constitution allemande se borne à sanctionner implicitement leur existence dans ses articles 1 et 6.

La situation importante accordée par les Constitutions fédérales aux Etats particuliers a eu quelques conséquences dont nous avons déjà parlé plus haut et que nous ne ferons que rappeler ici. D'abord l'Etat fédératif a trouvé utile de leur attribuer une certaine compétence internationale qui varie dans chaque Etat selon les circonstances et les besoins de la politique. Ensuite, les Etats particuliers ont, grâce à leur organisation et à leurs pouvoirs, une responsabilité pénale propre: ils peuvent être frappés comme tels de mesures répressives infligées par l'Etat fédératif, de même qu'ils peuvent être l'objet d'une exécution fédérale en cas de négligence dans l'accomplissement de leurs devoirs. Enfin, tout en créant un indigénat fédéral qui rattache à lui tous ses ressortissants, l'Etat fédératif a conservé à ses membres un indigénat particulier, qui découle naturellement du fait que ceux-ci ont une organisation et des pouvoirs propres et dont l'étendue est en rapport avec celle de leurs compétences. Conformément à la nature souveraine de l'Etat fédératif, l'indigénat fédéral est la base des indigénats particuliers. Le citoyen de l'Etat collectif n'est étranger dans aucun des Etats confédérés et, en conséquence, les constitutions fédérales obligent ces derniers à le traiter comme leurs propres ressortissants.⁴²⁹

⁴²⁹ Constitution suisse, art. 43, al. 4 et 5, art. 60. Const. all., art. 3. Const. amér., art. IV, sect. II, al. 1.

En matière électorale, la première de ces Constitutions est beaucoup plus libérale que les deux autres. Tout Suisse est électeur en matière cantonale et communale au bout d'un séjour de trois mois. Cette disposition ne se trouve pas dans la Const. all., mais la loi impériale du 3 juillet 1869 interdit

Rapports entre
l'indigénat fédéral
et l'indigénat parti-
culier. Réfuta-
tion des idées de
Laband et de
Jellinek à ce
sujet.

A ce sujet nous devons dire quelques mots sur la manière dont on interprète généralement les dispositions du droit public suisse et allemand relatives à l'indigénat fédéral et à ses rapports avec l'indigénat particulier. La plupart des auteurs disent que, dans les deux Etats fédératifs de l'Europe, l'indigénat particulier est la base de l'indigénat fédéral, et cette thèse est soutenue non seulement par les adversaires de l'Etat fédératif,⁴³⁰ mais aussi par les partisans de la souveraineté exclusive de cet Etat, comme *Laband*⁴³¹ et *Jellinek*.⁴³² Le jurisconsulte autrichien, en particulier, reconnaît bien qu'en droit la qualité de citoyen fédéral vient avant celle de ressortissant d'un Etat confédéré, mais il prétend que ce postulat de la logique n'a été réalisé qu'aux Etats-Unis.

Cette dernière observation nous semble reposer sur une interprétation superficielle des faits. En réalité le lien qui rattache le citoyen à l'Etat passe avant un droit de bourgeoisie particulier. Il est la base de ce dernier, comme l'Etat est la base des collectivités inférieures. C'est là une conséquence inévitable de la nature de l'Etat, qui ne saurait être écartée par des expressions contraires du droit positif.⁴³³ En effet, la question de savoir quels organes et quelles autorités l'Etat fédératif charge de procéder à la naturalisation se rattache à un tout autre ordre d'idées.

aux Etats de faire dépendre les droits électoraux d'une confession religieuse quelconque. En Amérique, par une anomalie étrange, c'est le droit public particulier de chaque Etat qui détermine indirectement le droit de vote pour la Chambre des Représentants. La Const. féd. (art. I, sect. 2, al. 1) statue, en effet, que dans chaque Etat les électeurs fédéraux doivent posséder les mêmes qualifications que celles qui sont requises pour les élections à la Chambre la plus nombreuse du parlement particulier. Il en résulte que chaque Etat peut, au moyen de sa loi électorale particulière, exclure du droit de vote fédéral des citoyens américains (qu'ils soient ses propres ressortissants ou ceux d'un autre Etat confédéré) et conférer ce droit à des émigrants qui ne sont pas citoyens des Etats-Unis! Toute cette matière est, du reste, assez compliquée, grâce à deux amendements peu clairs qui ont été ajoutés à la Constitution après la guerre civile. Cf. *de Holst*, dans *Marquardsen*, p. 40—42.

⁴³⁰ *Seydel*, *Bundesstaatsbegriff*, p. 245.

⁴³¹ *Staatsrecht*, I, p. 135.

⁴³² P. 279.

⁴³³ Ainsi la disposition de la Constitution fédérale suisse (art. 43, al. 1) qui statue que tout citoyen d'un canton est citoyen suisse semble indiquer que l'indigénat cantonal précède l'indigénat fédéral. En vérité elle veut simplement exprimer l'idée que ces deux indigénats sont inséparables.

Ainsi l'Allemagne a confié à ses membres le soin de conférer avec l'indigénat particulier la nationalité allemande, selon les prescriptions de la loi impériale du 1^{er} juin 1870.⁴³⁴ Mais les Etats allemands agissent ici comme organes de l'Empire, ils n'ont pas d'autre position que celle des provinces d'un Etat unitaire, dans le cas où ce dernier leur confère des compétences analogues, et ce qui le prouve, ce sont les nombreuses dispositions par lesquelles la loi précitée règle leur conduite. Chez nous les compétences des autorités fédérales sont plus grandes encore. A teneur de la loi fédérale suisse du 3 juillet 1876, la première condition de toute naturalisation est *l'autorisation du Conseil fédéral*, qui ne l'accorde que selon les prescriptions de la loi. Par cette autorisation, le Conseil fédéral *permet* au Canton dont un étranger veut se faire recevoir citoyen de lui conférer la nationalité suisse en même temps que l'indigénat cantonal et le droit de bourgeoisie communal. C'est donc bien la Confédération qui accorde la naturalisation par l'organe du Conseil fédéral et des Cantons. Nous ne voyons là rien qui soit contraire à la nature de l'Etat fédératif. Le Congrès des Etats-Unis a aussi décrété une loi sur la naturalisation (loi du 26 mars 1790). En remettant cette matière aux autorités fédérales, il a voulu faciliter l'immigration.⁴³⁵ Chez nous la coopération des autorités cantonales a essentiellement pour but que les naturalisations se fassent en pleine connaissance de cause. La question qui nous occupe ici est donc réglée avant tout par des considérations pratiques et non par des principes de droit formel.

*Jellinek*⁴³⁶ prétend que l'étranger ne devrait acquérir l'indigénat particulier qu'après avoir obtenu l'indigénat fédéral. Cela n'est pas du tout nécessaire. Il suffit que les deux indigénats soient accordés simultanément, comme c'est le cas en Allemagne

⁴³⁴ Cf. surtout le § premier de cette loi.

⁴³⁵ Cf. *de Holst*, dans *Marquardsen*, p. 81.

⁴³⁶ P. 279. Cet auteur estime aussi que la situation des Alsaciens-Lorrains, qui sont Allemands sans appartenir à un Etat particulier, *correspond exactement à la nature de l'Etat fédératif*! C'est précisément le contraire qu'il faut dire. La situation de l'Alsace-Lorraine est tout à fait anormale, elle ne s'explique que par des nécessités politiques exceptionnelles et ne saurait servir d'argument juridique à l'appui d'une thèse générale. Il en est de même des districts fédéraux de Colombie et de Mexico, dont la création n'a été due qu'à des considérations pratiques et ne correspond pas du tout à la nature de l'Etat fédératif.

et en Suisse. Ce qui prouve bien que l'indigénat fédéral est le lien primordial qui embrasse tous les indigénats particuliers, c'est qu'on peut changer d'indigénat particulier sans cesser un instant d'être citoyen fédéral et que la naturalisation accordée à un citoyen par un autre Etat confédéré est soumise à beaucoup moins de conditions que celle d'un étranger.⁴³⁷

Du reste le juriste autrichien se fait de l'indigénat une notion qui ne nous paraît pas très juste. Selon lui (loc. cit.) la nature de l'Etat fédératif exigerait que l'indigénat fédéral pût exister sans indigénat particulier.⁴³⁸ Or cette situation peut se rencontrer dans la pratique, comme en Amérique.⁴³⁹ Mais loin de correspondre à la nature de l'Etat fédératif, elle a un caractère tout à fait exceptionnel et transitoire. En effet, dans l'Etat simple aussi il est dans la nature des choses que le citoyen soit rattaché par un lien spécial à des collectivités inférieures (commune, municipalité, province, département, etc.). Le même phénomène se présente dans l'Etat fédératif. Les Etats particuliers sont comme les communes. Les deux indigénats sont étroitement unis ensemble, parce que l'Etat fédéral est précisément composé de ces collectivités qui sont ses membres. Ce n'est qu'avec leur totalité qu'il forme l'Etat entier et le citoyen fédéral qui ne serait pas ressortissant d'un Etat confédéré ne serait en fait qu'un demi-citoyen.

Il ne faut donc pas dire que l'indigénat particulier est la base de l'indigénat fédéral,⁴⁴⁰ ou plutôt il ne faut voir dans cette phrase qu'une manière inexacte d'exprimer une idée juste. Le fait est qu'ils sont inséparables, parce que l'un fait partie de l'autre.⁴⁴¹ L'indigénat fédéral est le lien complet qui unit

⁴³⁷ Cf. Const. amér., amendement XIV, sect. I. *Laband*, I, p. 167.

⁴³⁸ C'est pourquoi il ne s'explique le système allemand et suisse que par le fait que l'octroi de l'indigénat fédéral seul entraînerait de grandes difficultés dans la pratique.

⁴³⁹ V. supra p. 185, n. 435.

⁴⁴⁰ *Laband*, Staatsrecht, I, p. 135: „Das Staatsbürgerrecht ist das primäre Verhältniss die wesentliche Voraussetzung zur Erlangung des Reichs-indigenats.“

⁴⁴¹ En Suisse on dit aussi que la commune est la base de l'Etat et que le droit de bourgeoisie communal va avant l'indigénat cantonal. Mais il faut se garder d'attribuer à cette phrase une importance qu'elle n'a pas. V. aussi *Dubs*, I, p. 62—63: „Le droit de bourgeoisie cantonale et le droit de citoyen suisse suivent sans autre le droit de bourgeoisie communale. . . . On est donc citoyen suisse quand on possède le droit de bourgeoisie communale suisse.“ Cf. II, p. 157.

le citoyen à l'Etat et à la nation entière. L'indigénat particulier, comme le droit de bourgeoisie communal, n'est qu'une fraction de ce lien et n'a d'autre conséquence que de rattacher le citoyen plus spécialement à une collectivité inférieure dans la mesure restreinte des buts de cette collectivité. La preuve que la nationalité fédérale va avant l'indigénat particulier, c'est que l'Etat fédératif peut toujours augmenter l'importance de la première aux dépens de ce dernier, en restreignant les pouvoirs et les compétences de ces membres. Entre l'indigénat particulier et le droit de bourgeoisie communal il n'y a qu'une différence de degré. Le premier dépasse le second dans la même mesure que l'Etat particulier a plus d'importance que la simple commune. Correspondant exactement à la position et à l'importance respectives de ces deux institutions, la valeur de chacun de ces indigénats augmente avec l'agrandissement des compétences de la collectivité à laquelle il se rapporte; elle s'affaiblit avec leur diminution.⁴⁴²

C. Les droits des Etats confédérés vis-à-vis de l'Etat fédératif.

Les droits des Etats particuliers vis-à-vis de l'Etat collectif sont les mêmes que ceux des communes ou provinces dans l'Etat simple (sauf la participation à la création de la volonté fédérale suprême, qui ne revient qu'aux membres de l'Etat fédératif). Ces droits sont du reste analogues à ceux des citoyens. L'Etat fédératif est tenu de protéger ses membres contre toute atteinte illégale portée à leurs droits⁴⁴³ et de les faire participer à tous les avantages qu'il procure à la nation. De plus, les Etats particuliers ont les droits qui correspondent à leurs pouvoirs et à

Droits des Etats
particuliers
comme membres
de l'Etat
fédératif.

⁴⁴² C'est pourquoi aussi *Laband* (dans *Marquardsen*, p. 32 et 33) a tort de prétendre que „les Etats allemands ne seraient plus des Etats s'ils n'avaient pas des citoyens“, lui qui reconnaît immédiatement après que l'étendue de l'indigénat particulier dépend de celle des compétences des Etats confédérés, c'est-à-dire d'un fait qui ne peut établir qu'une simple différence de plus ou de moins entre ces Etats et les communes d'un Etat unitaire!

⁴⁴³ Les Constitutions suisse et américaine garantissent expressément la Constitution et l'intégrité des Etats particuliers (Constitution fédérale suisse, art. 5, Constitution américaine, art. IV, sections III et IV). En revanche, elles leur imposent certaines conditions (Constitution suisse, art. 6; Constitution américaine, art. précité. Cf. *de Holst*, p. 127 et suiv.).

leurs compétences.⁴⁴⁴ Enfin ils peuvent recevoir de l'Etat fédératif certains droits spéciaux que ce dernier s'engage à ne pas leur retirer sans leur consentement.⁴⁴⁵

Effets de la suppression de ces droits sur la nature juridique de l'Etat fédératif. Critique des idées émises par Laband à ce sujet.

Une controverse s'est élevée à propos des droits de la première espèce, c'est-à-dire de ceux qui reviennent aux Etats particuliers comme membres de l'Etat fédératif. *Laband* prétend qu'à l'égard de ces derniers les Etats sont nécessairement égaux, en ce sens que l'Etat collectif ne peut pas les leur enlever autrement que par une disposition générale frappant tous ses membres de la même manière. Ainsi l'Etat central pourrait toujours restreindre les attributions de ses membres par une révision constitutionnelle s'appliquant à tous également, mais il ne pourrait pas enlever à un ou plusieurs Etats pris individuellement des droits qu'il laisserait aux autres. Cette inégalité de traitement serait contraire à la nature même de l'Etat fédératif.⁴⁴⁶ Seulement notre auteur restreint déjà considérablement la portée de ces principes en admettant qu'ils ne s'opposent pas à ce que certains Etats aient des privilèges que d'autres ne possèdent pas;⁴⁴⁷ car il est difficile de comprendre pourquoi la nature de l'Etat fédératif permettrait une inégalité de traitement, lorsqu'il s'agit d'octroyer ou de maintenir des privilèges, et ne permettrait pas une inégalité de traitement, lorsqu'il s'agit de restreindre les compétences des Etats particuliers.⁴⁴⁸

Opinion de *Jellinek* sur cette question.

Comme l'a fort bien dit *Jellinek* (p. 302), le principe de l'égalité des droits est un principe de droit matériel et non de

⁴⁴⁴ Ces droits leur sont garantis par la Constitution et les lois fédérales contre les empiètements illégaux d'une autorité centrale ou d'un autre Etat confédéré. L'Etat ainsi lésé peut dénoncer de pareils empiètements à l'autorité fédérale compétente. (Constitution suisse, art. 113; Constitution allemande, art. 76; Constitution américaine, art. III, section 2.)

⁴⁴⁵ Quelques privilèges de cette nature appartiennent à certains Etats allemands. Cf. *Laband*, I, p. 113—121. Ainsi la Bavière et le Wurtemberg ont conservé leur administration postale particulière et la Prusse jouit du privilège que son monarque est, en cette qualité, Président de l'Etat fédératif allemand, avec le titre d'Empereur d'Allemagne.

⁴⁴⁶ *Staatsrecht*, I, p. 112 et 113. V. aussi *Laband* dans *Marquardsen*, p. 24.

⁴⁴⁷ *Laband* fait allusion ici aux privilèges spéciaux accordés à quelques Etats allemands.

⁴⁴⁸ L'octroi d'un privilège à un Etat particulier a précisément pour conséquence que les autres Etats sont moins bien traités que lui, ce qui, selon *Laband*, est contraire à la nature même de l'Etat fédératif.

droit formel. En le violant, l'Etat peut blesser la conscience juridique de la nation, mais il ne commet pas d'illégalité formelle, pourvu qu'il procède, quant à la forme, selon les prescriptions du droit public. Ainsi un « Bill of attainder » ne constituerait qu'une injustice matérielle en Angleterre où le Parlement a le pouvoir de le décréter; tandis qu'aux Etats d'Unis d'Amérique, où la Constitution le prohibe, il impliquerait en outre une illégalité formelle.⁴⁴⁹ Le principe d'égalité n'a donc une importance formelle pour les autorités fédérales qu'en tant qu'il est inscrit dans la constitution;⁴⁵⁰ mais là encore l'Etat fédératif peut le supprimer en modifiant cette dernière.

Tout en reconnaissant la justesse des observations de *Jellinek*, nous ne pouvons pas admettre les conséquences extrêmes qu'il en déduit. Pour lui la participation des Etats particuliers à la création de la volonté suprême de l'Etat fédératif n'a aucune importance juridique; pour nous, au contraire, elle est le seul trait fondamental qui sépare cet Etat de l'Etat unitaire, parce qu'elle distingue absolument les membres du premier des districts électoraux du second. Si l'Etat fédératif dépouille un Etat particulier de compétences qu'il laisse aux autres, il ne commettra par là qu'une injustice matérielle; mais s'il enlève à un de ses membres la participation à la volonté souveraine, il prive par là tous les autres également de leur qualité de collectivités publiques coopérant comme telles à cette formation, pour leur donner le caractère de subdivisions électorales privilégiées: en d'autres termes, il change sa nature et passe à l'Etat unitaire. C'est dans ce sens qu'on peut dire que l'organisation fédérative — et nous entendons par là la participation des Etats confédérés à la volonté nationale suprême — et le caractère d'égalité qu'elle suppose à cet égard, forment le trait caractéristique de l'Etat fédératif. Cette égalité ne doit pas s'entendre dans un sens rigoureusement mathématique. L'Etat central peut reconnaître

Critique de cette
opinion.

⁴⁴⁹ Constitution américaine, art. I, sect. 9: No Bill of attainder or ex-post-facto law shall be passed. Cf. *Jellinek*, p. 302 et 303. A Rome, l'égalité devant la loi était aussi un principe de droit formel: Vetant XII Tabulæ leges privatis hominibus irrogari. Cf. L'Edit perpétuel, restitué et commenté par *Louis Jousserandot*, professeur de Pandectes à la Faculté de droit de l'Université de Genève, 2 vol., Paris 1883, préface, p. XVI.

⁴⁵⁰ Des dispositions formelles de ce genre se trouvent dans la Constitution allemande, art. 58 et 70. Constitution américaine, art. V in fine.

à ses membres une représentation égale en dépit de leur inégalité matérielle (comme en Suisse et en Amérique) ou proportionner plus ou moins cette représentation à leur importance réelle (comme en Allemagne). Il suffit que tous les membres prennent part à un degré quelconque à la création de la volonté souveraine de l'Etat fédératif.⁴⁵¹

D. L'évolution de l'Etat fédératif vers l'Etat unitaire.

Question de l'évolution de l'Etat fédératif vers l'Etat unitaire. Appréciation des divers systèmes, présentés sur l'Etat fédératif, selon la solution qu'ils apportent à cette question.

Fixer le trait caractéristique de l'Etat fédératif, c'est déterminer implicitement les symptômes auxquels il faut reconnaître son évolution vers l'Etat simple et le moment où cette évolution sera accomplie. C'est ici que les différentes doctrines sur cette forme d'Etat aboutissent à des conclusions pratiques diamétralement opposées les unes aux autres.

Les auteurs qui veulent déterminer l'Etat et les combinaisons d'Etats d'après leurs buts n'arrivent pas à fixer une limite précise entre l'Etat fédératif et l'Etat simple. De même que le premier se distingue de la Confédération d'Etats par le seul fait qu'il a quelques compétences de plus qu'elle, de même on ne peut pas dire exactement à quel moment un agrandissement successif de ces compétences l'aura transformé en Etat unitaire. Ainsi *Brie* et *Rosin*, qui distinguent l'Etat non souverain de la commune parce que celle-ci n'a pas, comme celui-là, un pouvoir universel en principe, une compétence illimitée en raison de ses buts nationaux, sont incapables de déterminer l'époque où ce pouvoir sera si restreint qu'il ne pourra plus être considéré comme universel. En définitive ils aboutissent à ceci, c'est que entre la Confédération d'Etats, l'Etat fédératif et l'Etat unitaire il n'y a pas une différence de principe, mais seulement une différence

⁴⁵¹ *Jellinek* admet qu'un Etat fédératif peut, tout en gardant son caractère juridique, supprimer un ou plusieurs de ses membres. En conséquence, il doit considérer comme Etat fédératif un Etat collectif composé d'un seul ou de deux Etats particuliers et de plusieurs provinces. Or, un pareil Etat ne serait évidemment plus un Etat fédératif. Cela n'empêche pas, du reste, l'Etat fédératif de priver momentanément quelques Etats particuliers de leur représentation, comme l'ont fait les Etats-Unis après la guerre de sécession. Une pareille mesure présente alors le caractère d'une pénalité. Cf. *Fr. Ratzel*, *Die Vereinigten Staaten von Nordamerika*, Munich 1880, 2 vol., vol. II, p. 99—100.

de plus ou de moins. Or, cet aveu d'impuissance est tout simplement la banqueroute de la science du droit public et l'on comprendra aisément qu'elle ne nous satisfasse pas.

Les auteurs qui établissent une distinction juridique précise entre l'Etat non souverain et la commune, font passer l'Etat fédératif à l'Etat unitaire au moment où cette distinction est supprimée. Ainsi les Etats particuliers auront cessé d'exister, selon *Laband*, le jour où ils n'auront plus de droits propres, et selon *Jellinek*, le jour où ils n'auront plus de droits exonérés de tout contrôle de la part du pouvoir central. Nous avons déjà vu plus haut que les Etats n'ont pas de droits propres autrement que les communes et les particuliers, et que le contrôle fédéral s'exerce actuellement dans tous les domaines de leur vie publique, bien qu'il soit plus ou moins direct selon les prescriptions des constitutions.

Du reste, ces opinions sont non seulement erronées en théorie, mais aussi fort critiquables en pratique, et si nous nous sommes abstenu de mêler le droit à la politique dans ce travail purement juridique, on nous permettra bien de signaler les inconvénients sérieux de la doctrine qui fait dépendre l'Etat fédératif d'une question de compétence. En effet, les systèmes dont nous venons de parler font voir dans chaque agrandissement des attributions de l'Etat collectif un acheminement direct vers l'Etat unitaire, même lorsqu'il ne s'agit que d'assurer l'unité de législation en certaines matières sans rien toucher à l'administration des Etats particuliers. De cette manière, il faussent complètement les idées des citoyens sur le rôle véritable de ces derniers, et sur les besoins réels de l'Etat fédératif; et chez nous, en particulier, ils les poussent à rejeter, sous prétexte d'atteinte à l'existence des Cantons, des mesures fort utiles dont l'absence nous met dans un état d'infériorité sensible vis-à-vis des autres nations européennes. On habitue ainsi le peuple à voir dans toute loi fédérale un produit étranger, une menace envers les Cantons; on oublie que ce que ces derniers perdent en apparence comme personnes autonomes, ils le regagnent cent fois comme membres de l'Etat fédératif, et on arrive à créer un antagonisme regrettable entre des collectivités dont l'union intime et la coopération cordiale sont des conditions nécessaires du bien-être général. La situation change complètement, si on considère les membres de l'Etat fédératif non comme des Etats particuliers, mais comme

des organes d'un seul Etat, si, au lieu de faire dépendre leur existence de l'étendue de leur compétence, on la rattache au fait qu'ils participent comme tels à l'exercice du pouvoir souverain. Cette manière de voir fait disparaître complètement l'antagonisme que nous venons de signaler. Chez nous, par exemple, les Cantons n'ont plus d'intérêt à s'opposer aveuglement au pouvoir législatif de la Confédération. Les lois fédérales n'apparaissent plus sous le jour odieux sous lequel on se plaît à les représenter, mais bien comme des actes utiles et nécessaires pour régler des conflits et réaliser des progrès. La Confédération n'est plus un nouveau Saturne qui veut dévorer ses enfants; c'est une mère dévouée qui ne désire que le bien du peuple et des Cantons.⁴⁵²

De plus cette manière de voir est en conformité parfaite avec le développement naturel de la Confédération et de la législation fédérale. Selon *Jellinek*,⁴⁵³ l'Etat fédératif peut enlever toute représentation directe à ses membres sans, pour cela, modifier sa nature juridique; mais dès qu'il restreint quelque peu leur autonomie, il se rapproche de l'Etat unitaire. Prenant le contrepied de cette assertion, nous disons: l'Etat fédératif ne change pas sa nature en unifiant la législation dans certaines matières et même en centralisant certains domaines administratifs ou certains organismes judiciaires. On ne peut même pas dire qu'il se rap-

⁴⁵² V. à ce sujet les remarques de M. *Eugène Borel*, député de Neuchâtel au Conseil des Etats, sur le projet de révision fédérale de 1866: „Les 17 ans de bonheur que la Suisse vient de parcourir ont profondément développé notre vie nationale et assimilé les éléments que la Constitution fédérale a réunis pour en faire un peuple. Le sentiment de la nationalité suisse a pénétré partout; l'idée, l'amour de la patrie commune ont fait disparaître les anciennes rivalités de Canton à Canton. Les diverses nationalités cantonales s'effacent devant la nationalité helvétique, le Suisse est Suisse avant d'être Vaudois, Neuchâtelois ou Bernois. Les Cantons apparaissent bien plutôt *comme des éléments organiques précieux et nécessaires* pour le maintien des libertés publiques, comme des piliers solides sur lesquels repose la Confédération, que comme des institutions destinées à perpétuer en Suisse la diversité des races.“ (*Eugène Borel*, La révision fédérale, Neuchâtel 1866, p. 35.) Les lignes suivantes, empruntées au même opuscule, p. 33, montrent que le système juridique développé dans cette thèse était déjà, il y a 20 ans, entrevu et affirmé par certains de nos hommes d'Etat: „.... La Constitution de 1848 a créé une nationalité suisse, qui prime l'indigénat cantonal,.... les Cantons ont cessé d'être de petits états indépendants pour n'être plus qu'un élément, un rouage organique de la patrie commune....“

⁴⁵³ P. 288 et suiv.

proche par là de l'Etat unitaire, parce que cette extension des compétences laisse intacte la coopération des Cantons à la création de la volonté nationale. Mais le jour où la Confédération suisse, par exemple, enlèverait à ses membres et leur représentation au Conseil des Etats et leur droit de vote en matière de révision constitutionnelle, ce jour-là elle serait un Etat unitaire.

Or n'est-il pas évident que cette dernière manière de voir est seule conforme à la vie normale de la Confédération? D'un côté les compétences fédérales s'agrandissent insensiblement mais incessamment. Elles s'agrandissent malgré l'opposition entêtée d'un fédéralisme étroit, guidé par une fausse appréciation du rôle des Cantons dans la collectivité fédérale. Elles s'agrandissent en dépit de la réaction cantonaliste violente de ces dernières années, qui, pour avoir rejeté une sage unification législative dans les domaines où elle était indispensable et réclamée par les besoins et les intérêts des citoyens, nous a poussés dans la voie d'une centralisation administrative sans avantages réels et dont nos habitudes de self-administration nous permettaient aisément de nous passer. Elles s'agrandissent irrésistiblement, parce que la Suisse est un être vivant dont les besoins croissent avec l'expansion nationale et les progrès de la civilisation; s'opposer à tout prix à ce développement inévitable, c'est livrer le pays aux luttes stériles, à l'impuissance législative, au marasme politique, sans pourtant obtenir par là le but que l'on poursuit. En revanche, quant à la question qui est seule décisive pour l'existence des Cantons, celle de leur coopération à la formation de la volonté nationale, la Confédération n'a jusqu'ici manifesté aucune velléité de supprimer cette participation et rien n'autorise à prévoir dans un avenir quelconque une semblable éventualité.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ L'évolution de la politique fédérale nous montre toutefois qu'en s'opposant aveuglément à l'unification dans les domaines où elle est nécessaire pour assurer au citoyen suisse la même somme de droits et de libertés que les Etats monarchiques accordent à leurs ressortissants, les Cantons agissent contre leurs intérêts et se préparent leur propre ruine. Pour sauver quelques attributions cantonales, on prétend qu'un agrandissement des compétences fédérales entraînera nécessairement la suppression des Cantons. Il est à craindre qu'à force d'entendre répéter cet argument, le peuple ne le prenne une fois au sérieux et ne s' imagine qu'en vérité il ne pourra se débarrasser des entraves qui restreignent encore ses droits et ses libertés que par la suppression des Cantons eux-mêmes. Pour le moment, il est vrai, on n'entend plus beaucoup parler de l'unification du droit et il se trouve une coalition

Rôle des Cantons
dans le développe-
ment normal de
la Confédération.
Garantie de leur
maintien.

Il est temps de s'affranchir des phrases creuses et des fausses notions qui ont exercé jusqu'ici tant d'influence sur notre politique suisse. Il est temps de reconnaître que la Confédération et les Cantons ne sont pas des antagonistes occupés seulement à se défendre contre des empiètements réciproques, mais des collaborateurs travaillant à la même tâche: le développement de la nation suisse.⁴⁵⁵ La Confédération est l'État; elle poursuit la réalisation des buts généraux. Les Cantons sont les communes; ils répondent aux besoins locaux, et de même que ces besoins sont éternels, ils existeront toujours, car il est difficile de prévoir que le gouvernement central absorbe toutes les administrations locales dans ses rouages. Au contraire, le développement de la civilisation et les progrès des idées politiques nous sollicitent à mener de front dans la plupart des domaines publics l'unification législative et la décentralisation administrative; et le grand avantage de l'État fédératif est précisément de concilier à un haut degré ces deux excellents principes. Il convient donc d'abandonner

d'intérêts particuliers assez forte pour refuser aux citoyens suisses des droits que nous accordons aux étrangers; en revanche, il s'est élevé à plusieurs reprises des voix pour demander la suppression du Conseil des États et des Cantons. Si la politique actuelle doit nous conduire à ce dénouement, ce sera très regrettable à tous les points de vue; mais l'historien impartial pourra dire que ce sont les cantonalistes eux-mêmes qui auront amené ce résultat.

⁴⁵⁵ La loi fédérale sur l'organisation judiciaire (du 26 juin 1874) statue, entr'autres, que „dans les causes où il s'agira de l'application des lois fédérales par les tribunaux cantonaux... les parties peuvent convenir que le jugement au fond d'une première instance cantonale sera soumis directement au Tribunal fédéral sans recourir à la seconde instance cantonale“ (art. 29, al. 3) et que ce dernier est tenu de juger entr'autres les causes „que la Constitution ou la législation d'un Canton place d'avance dans la compétence du Tribunal fédéral. De pareilles dispositions ne sont valables que moyennant la ratification de l'Assemblée fédérale“ (art. 31, 1^o). *Dubs* (II, p. 143) trouve ces dispositions étonnantes et contraires aux principes. Il est vrai qu'elles s'accordent singulièrement avec sa propre théorie, mais elles découlent naturellement de l'harmonie qui préside à la coopération des autorités fédérales et cantonales.

En outre, cet art. 31, 1^o, suffit, à lui seul, pour démontrer combien on a tort de faire dépendre la nature juridique et l'existence des Cantons d'une question de compétence. Il permet à un Canton, selon les propres expressions de *Dubs* (II, p. 142) „de substituer le Tribunal fédéral à son organisation judiciaire“ et n'exige, pour une mesure aussi grave, que l'autorisation de l'Assemblée fédérale. En présence d'un pareil état de choses, peut-on bien dire encore que les Cantons sont des États souverains, et que tout agrandissement des compétences fédérales est un coup porté à leur existence?

l'idée que chaque nouvelle loi fédérale est une atteinte portée à l'existence des Cantons et l'on devrait, en conséquence, renoncer, dans les luttes politiques, à une résistance aveugle sous prétexte de souveraineté cantonale, et ne combattre que pour les principes de la self-administration toutes les fois qu'une mesure qui la restreint n'est pas justifiée par un besoin national supérieur.

Enfin il faut se pénétrer du fait qu'en réalité les Cantons ne sont plus des Etats, mais des collectivités non souveraines, et qu'ils se distinguent des provinces de l'Etat unitaire, non pas par l'étendue de leurs compétences, mais seulement par leur participation à la création de la volonté nationale, comme organes de l'Etat fédératif. En leur accordant cette participation, la Confédération reconnaît ses membres comme des organismes propres ayant une personnalité individuelle et une volonté collective dont il est juste et utile de tenir compte. Voilà ce qui fait reposer l'Etat fédératif sur les bases solides de la continuité historique et de la conscience populaire; voilà ce qui, en conciliant les aspirations nationales avec les traditions locales, lui permet de réaliser pleinement les plus hauts buts de l'Etat et nous garantit sa vitalité et son avenir.

Il ne nous reste plus qu'à toucher en passant une question secondaire.

Un auteur dont nous partageons généralement les idées dans toute cette matière, *Zorn*,⁴⁵⁶ se place ici à un autre point de vue. Il nie que l'Etat fédératif puisse devenir unitaire par une simple modification de sa constitution, parce qu'il est lui-même un simple fait et que sa transformation serait aussi un fait en dehors du droit. Admettre la possibilité de la transformation légale de l'Etat fédératif en Etat unitaire, c'est, selon *Zorn*, nier l'Etat fédératif lui-même.

Opinion de *Zorn* relative à la transformation de l'Etat fédératif en Etat unitaire.

Cette opinion nous paraît reposer sur une erreur qui se révèle immédiatement dans l'argumentation du savant jurisconsulte. En effet, il confond le pouvoir public avec l'Etat et son argumentation peut se résumer de la manière suivante: Le pouvoir public est actuellement pouvoir fédéral. Il deviendrait pouvoir unitaire. Donc il changerait de nature. Or, on ne peut pas réviser la constitution fédérale dans ce sens, parce que la révision, œuvre du pouvoir public, ne peut pas, légalement, le modifier et l'anéantir.

Critique de cette opinion.

⁴⁵⁶ Neue Beiträge, p. 481.

En faisant cela on sortirait du droit et tomberait dans le domaine du fait pur.

Nous avons déjà critiqué plus haut cette conception qui, identifiant le pouvoir public avec l'Etat, met le premier au-dessus de la constitution et conduit *Zorn* à dire qu'en particulier toute constitution monarchique est octroyée par le monarque. En vérité le pouvoir public n'est pas l'Etat, c'est l'ensemble des pouvoirs de l'Etat. Il n'est pas au-dessus de la constitution, il est au-dessous d'elle. Parce qu'un organe est chargé d'exprimer la volonté de l'Etat, il ne s'ensuit pas qu'il soit l'Etat lui-même et que ce dernier ne puisse pas le modifier. La constitution peut changer le pouvoir public et la composition de l'organe suprême sans modifier par là la nature de l'Etat. L'Etat fédératif peut donc ainsi passer à l'Etat unitaire, de même que l'Etat monarchique peut devenir républicain, sans changer son caractère juridique d'Etat.⁴⁵⁷ Il n'y a pas là la création d'un nouvel Etat, mais seulement l'adoption par l'Etat d'une autre forme de gouvernement.

Conclusions
finales.

Nous arrivons donc aux conclusions suivantes:

1° L'Etat fédératif est un Etat dans lequel une certaine participation à la formation de la volonté publique suprême est accordée à des collectivités publiques inférieures, quelque soit, du reste, la mesure de leur coopération.

2° Cette participation donne à ces collectivités le caractère de membres de l'Etat fédératif et les distingue des simples communes ou divisions administratives de l'Etat unitaire.

3° Cette coopération repose sur un principe d'égalité, en ce sens que tous les membres doivent y participer à un degré quelconque.

4° L'Etat fédératif cesse d'exister comme tel et devient Etat unitaire le jour où cette participation est supprimée.

⁴⁵⁷ Le Mexique a passé de la forme unitaire à la forme fédérative. V. infra p. II^e annexe, IV.

III^e PARTIE.

ANNEXES.

I^{re} Annexe: 2 brochures récentes sur l'Etat fédératif.

En terminant, nous signalerons au lecteur deux publications relativement récentes qui se rapportent spécialement à notre sujet et qui montrent combien ce dernier est encore mal compris en Suisse.

La première de ces publications⁴⁵⁸ a paru en 1877, c'est-à-dire à une époque où la réaction cantonaliste inaugurée en 1874 se faisait déjà sentir. Son auteur, M. P. C. de Planta, ancien membre du Conseil des Etats, fait remarquer avec beaucoup de raison que la Constitution de 1848 est l'expression de l'idée nationale et a proclamé la suprématie de la nation sur les Cantons.⁴⁵⁹ Il insiste sur le fait qu'elle a été imposée à quelques Cantons par la force des circonstances et il célèbre la belle période qui a suivi la crise nationale et abouti à la révision de 1874.⁴⁶⁰

Situation politique en Suisse, selon de Planta.

La situation a bien changé depuis. La nouvelle Constitution n'a pas tenu ses promesses, et un malaise général s'est emparé des esprits. L'auteur prévoit une nouvelle crise et propose quel-

⁴⁵⁸ Die Schweiz in ihrer Entwicklung zum Einheitsstaat. Zürich, 1877.

⁴⁵⁹ Eod., p. 6.

⁴⁶⁰ P. 107.

ques mesures nécessaires, selon lui, pour maintenir la décentralisation dans l'Etat unitaire auquel nous marchons à grands pas.⁴⁶¹ Cette évolution lui paraît du reste nécessaire, car notre pays est trop petit pour avoir vingt-cinq Etats, et la participation de ces derniers à l'exercice du pouvoir fédéral est précisément le côté faible de notre organisation actuelle.⁴⁶²

Mesures proposées
par cet auteur
pour tempérer la
centralisation
fédérale.

Voici les mesures proposées par *de Planta*:⁴⁶³

La législation serait exercée par le Conseil national, qui élaborerait les lois en deux lectures. Dans l'intervalle entre la première et la seconde lecture, le Conseil des Etats, composé de délégués des Grands Conseils, donnerait son préavis sur la loi projetée. Cette dernière une fois votée serait soumise au double vote du peuple et des Grands Conseils cantonaux⁴⁶⁴ (referendum obligatoire pour les lois, les traités non exclusivement administratifs, le budget et les impôts, et facultatif pour les arrêtés dépourvus d'urgence).

Critique de la
conception de
l'Etat fédératif
qui a présidé à
ces propositions.

Nous n'avons pas à juger ici la valeur pratique du système proposé par *de Planta*, d'autant plus que, selon toute probabilité, il ne trouvera jamais un législateur pour le défendre. Mais ce qu'il y a de remarquable, c'est que tout en augmentant considérablement l'élément fédératif dans le but avéré de restreindre la législation et l'administration fédérales,⁴⁶⁵ cet auteur croit être arrivé à l'Etat unitaire, cela simplement parce que, selon lui, le droit devrait être unifié, toutes les autres matières restant partagées comme elles le sont maintenant! On voit par là quelle notion étrange *de Planta* se fait de l'Etat fédératif.

⁴⁶¹ *De Planta* prétend que nous marchons vers l'Etat unitaire parce que les compétences cantonales ont été encore restreintes depuis 1848. Nous avons déjà vu que cette conclusion n'est pas justifiée, que ce n'est pas dans la somme plus ou moins grande des compétences cantonales que réside la différence entre l'Etat fédératif et l'Etat unitaire.

⁴⁶² *De Planta* est hostile à l'institution du Conseil des Etats, tel qu'il existe actuellement. Il lui reproche (p. 110) de n'avoir pas su résister au Conseil national dans nombre de questions importantes. Ce reproche ne nous semble pas fondé. Le Conseil des Etats n'a pas été créé pour faire opposition au Conseil national, mais pour coopérer avec lui à la création de la volonté de la Confédération.

⁴⁶³ P. 133 et suiv.

⁴⁶⁴ Le vote de ces derniers compterait pour autant de voix que les électeurs du Canton nomment de Conseillers nationaux.

⁴⁶⁵ P. 145.

Ce travail a été vivement critiqué dans la seconde brochure à laquelle nous avons fait allusion.⁴⁶⁶ Son auteur, M. le Dr. *Paul H. Guye*, proteste contre l'idée de faire de la Suisse un Etat unitaire, et les opinions de *de Planta* lui paraissent absolument inacceptables. Seulement en lisant sa brochure, on ne se rend pas bien compte de la raison d'être de cette critique. En particulier, *Guye* se rallie complètement à l'idée du referendum des Grands Conseils⁴⁶⁷ et, dans la question de la centralisation des compétences, il va aussi loin que l'auteur dont il combat les propositions.⁴⁶⁸ En défendant vivement l'Etat fédératif, qui, selon lui, nous est absolument nécessaire, il ne s'aperçoit pas que, loin de tendre à l'Etat unitaire, *de Planta* ne veut que fortifier considérablement l'élément fédéraliste, en soumettant la législation fédérale à un referendum qui lui laisserait bien peu d'essor.

Réponse de *Guye*
à la brochure de
de *Planta*. Cri-
tique de cette
réponse.

En terminant, *Guye* constate « que la base de la Confédération reste l'existence séparée de Cantons *souverains*, réunis en un Etat central complètement organisé, »⁴⁶⁹ et le seul argument qu'il produit en faveur de cette thèse est l'autorité de *Bluntschli*!

On voit par là que les notions de la souveraineté et de l'Etat fédératif sont encore bien obscures chez nous.

II^e Annexe: Les Etats fédératifs actuels.

Pour compléter notre étude sur la nature juridique de l'Etat fédératif, qu'il nous soit permis de passer brièvement en revue les bases principales du droit public des Etats fédératifs actuels. Cet exposé servira à démontrer que notre définition de l'Etat fédératif correspond exactement à la réalité des choses.

I. La Confédération suisse.

La Constitution fédérale du 12 septembre 1848, déjà modifiée en partie le 14 janvier 1866, a été remplacée par celle du 29 mai

⁴⁶⁶ Die Schweiz in ihrer politischen Entwicklung als Föderativstaat. Bonn, 1877.

⁴⁶⁷ P. 14.

⁴⁶⁸ Il fait observer avec raison que l'unification du droit, très désirable en elle-même, ne ferait courir aucun danger à l'existence des Cantons, puisque ceux-ci conserveraient l'administration de la justice (p. 11).

⁴⁶⁹ P. 16.

1874. Cette dernière a déjà subi deux modifications partielles, relatives l'une à la peine de mort (18 mai 1879), l'autre aux mesures à prendre contre l'alcoolisme (25 octobre 1885).

«La Constitution fédérale peut être révisée en tout temps» (art. 118).

«La révision a lieu dans les formes statuées pour la législation fédérale» (art. 119).

En d'autres termes, la Confédération ayant le droit de fixer librement sa compétence, est un Etat souverain. Il en résulte que les Cantons ne sont pas souverains et que, par conséquent, ils ne sont pas des Etats dans le sens juridique de ce mot.

L'organe suprême⁴⁷⁰ de la Confédération est l'ensemble du peuple suisse. Il élit directement le Conseil national (un député par 20,000 habitants), décide dans certains cas s'il y a lieu ou non de procéder à une révision de la Constitution, se prononce sur ces révisions et, en cas de referendum, sur les lois fédérales et sur les arrêtés fédéraux ayant une portée générale et dépourvus d'urgence (art. 89, al. 2).⁴⁷¹

Les Cantons concourent avec le peuple à l'exercice du pouvoir fédéral suprême:

- 1° Par la faculté de provoquer le referendum populaire en matière législative ordinaire (art. 89, al. 2, et 83, al. 2).
- 2° Par la nomination des députés au Conseil des Etats, deux par Canton (art. 80).
- 3° Par le vote sur les révisions constitutionnelles (art. 121).

Mais dans tous ces points, les Cantons agissent comme organes de la Confédération. Cela ressort entr'autres de l'art. 91, qui leur interdit de donner des instructions à leurs députés⁴⁷², et de l'art. 121, qui décide que le vote populaire dans chaque Canton est considéré comme vote de l'Etat.

Sous réserve de ces dispositions, le pouvoir législatif de la

⁴⁷⁰ Le lecteur remarquera que nous parlons d'organe suprême et non d'organe souverain. Le motif de cette distinction a été indiqué plus haut, v. supra p. 147, n. 363.

⁴⁷¹ Le referendum peut être provoqué par 30,000 citoyens actifs ou par 8 Cantons (art. 89, al. 2). C'est de cette manière que le peuple suisse accorde ou refuse sa sanction aux actes législatifs fédéraux. Cette sanction est tacite si le referendum n'est pas demandé, expresse si le peuple adopte la loi qui lui est soumise.

⁴⁷² En revanche, les Cantons ont le droit d'initiative en matière législative fédérale (art. 93).

Confédération est exercé par l'Assemblée fédérale, qui se compose du Conseil national et du Conseil des Etats.

Pour les élections à la première de ces Chambres, les collèges fédéraux ne peuvent pas être formés de parties de différents Cantons (art. 73). On a voulu en conclure que les Conseillers nationaux sont au fond nommés par les Cantons.⁴⁷³ C'est une erreur. L'article en question repose exclusivement sur des considérations pratiques. On a tenu compte du fait que, grâce à leur histoire, leur organisation et leur compétence, les Cantons ont un esprit de corps et une politique propres, et que dès lors il ne convenait pas de réunir plusieurs fractions de différents Cantons en un seul collège électoral. Le même phénomène se retrouve dans les élections à la Chambre des Représentants de l'Autriche. Dans ce pays, aucun collège électoral n'est formé de parties de différentes provinces. — En outre, chaque Canton forme au moins un arrondissement électoral.

Sauf les cas mentionnés dans l'art. 92, chacun des deux Conseils délibère séparément, et leur accord est nécessaire pour toute œuvre législative quelconque (art. 89).

L'organe gouvernemental est le Conseil fédéral, composé de sept membres. Le pouvoir judiciaire est exercé par le Tribunal fédéral, composé de neuf membres. Ces deux corps sont nommés par l'Assemblée fédérale en réunion plénière.

Les Cantons sont des collectivités publiques inférieures qui ont leur *status* dans la Constitution fédérale et qui sont autorisés par elle à s'organiser librement, pourvu qu'ils observent les règles qu'elle leur prescrit à cet égard. Les compétences cantonales sont fixées sous une forme négative: la Constitution fédérale déclare (art. 3) que toutes les attributions non réservées aux pouvoirs fédéraux sont dévolues aux Cantons. Ces derniers sont tenus de soumettre leur Constitution à la ratification de l'Assemblée fédérale, qui ne l'accorde qu'aux conditions fixées par l'art. 6, et, en général, ils doivent, dans leur domaine, une obéissance absolue à la Constitution, aux lois et aux autorités fédérales. En revanche, leur existence et leurs droits leur sont garantis par la Confédération (art. 5).

⁴⁷³ *Seydel*, Bundesstaatsbegriff, p. 234.

II. L'Empire allemand.

L'Empire allemand est un Etat souverain⁴⁷⁴ dont les membres (Gliederstaaten, Etats particuliers) participent à l'exercice du pouvoir suprême. Cette participation est réglée de telle manière que l'ensemble des Etats forme l'organe suprême de l'Empire⁴⁷⁵ et exerce son pouvoir au moyen d'un autre organe, le Conseil fédéral. Chaque Etat a dans ce conseil le nombre de voix fixé par l'art. 6 de la Constitution impériale et il exprime son vote par des représentants munis d'instructions obligatoires. Le Conseil fédéral a des compétences législatives, administratives et judiciaires très étendues. En particulier, c'est lui qui accorde la sanction aux actes législatifs impériaux (Art. 7).

Le Reichstag est l'organe par lequel le peuple allemand concourt comme organe fédéral à l'exercice du pouvoir suprême. Les membres du Reichstag représentent le peuple allemand entier et ne sont pas liés par un mandat impératif ou des instructions (art. 29). Toutefois on ne peut pas composer un arrondissement électoral de fractions de plusieurs Etats.⁴⁷⁶ Avec le Conseil fédéral, le Reichstag vote les lois et le budget, approuve la gestion du gouvernement et lui en donne décharge.

Le pouvoir exécutif est confié au roi de Prusse qui, comme président fédéral,⁴⁷⁷ porte le titre d'Empereur d'Allemagne (art. 11). L'Empereur n'est ni monarque, ni simple président électif et révocable; c'est à la couronne de Prusse qu'appartient le privilège que son chef soit l'organe gouvernemental de l'Empire allemand et ce privilège est un accessoire des droits qu'elle possède comme membre de cet Etat.⁴⁷⁸

L'administration de la justice fédérale est confiée au Tribunal impérial (Reichsgericht) nommé par l'Empereur avec le concours du Conseil fédéral.

⁴⁷⁴ La souveraineté fédérale se manifeste dans l'art. 78 de la Constitution du 16 Avril 1871, qui donne à l'Empire le droit de déterminer sa compétence.

⁴⁷⁵ Ee ce sens, on a appelé avec raison l'Empire allemand une république de 25 Etats. Cf. *Laband*, *Staatsrecht*, I, p. 88.

⁴⁷⁶ *Laband* dans *Marquardsen*, p. 48.

⁴⁷⁷ „Präsidium des Bundes.“ Constitution impériale, art. 11.

⁴⁷⁸ *Laband* dans *Marquardsen*, p. 37.

Les lois impériales abrogent toutes les lois des Etats particuliers qui leur sont contraires (art. 2). Ces Etats doivent obéissance à l'Empire sous peine d'exécution fédérale (art. 18). Ils ont toutes les attributions non réservées par la Constitution aux autorités impériales.

III. Les Etats-Unis de l'Amérique du Nord.

Les Etats-Unis formèrent d'abord une Confédération d'Etats souverains. Les « articles de Confédération » adoptés en 1778 ne pouvaient être révisés qu'à l'unanimité des Etats contractants.⁴⁷⁹ Avec l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 17 septembre 1787 et la constitution des autorités fédérales créées par elle (4 mars 1789), les Etats-Unis sont devenus un Etat fédératif fondé sur les bases suivantes :

L'organe suprême de l'Etat collectif est le peuple. Il nomme la Chambre des Représentants et le Président des Etats-Unis, selon les formes prescrites par la Constitution (art. I, sect. 2; art. II, sect. 1. Amendements XII, XIV et XV).

Les Etats américains concourent comme organes fédéraux à l'exercice du pouvoir suprême. Ils nomment les Sénateurs (2 par Etat) conformément à l'art. I, sect. 3.⁴⁸⁰ Ils peuvent, en outre, demander la révision de la Constitution et se prononcent sur les révisions constitutionnelles dans les formes fixées par l'art. V.⁴⁸¹

La Chambre des représentants et le Sénat forment ensemble le Congrès qui est chargé du pouvoir législatif fédéral (art. I). Le pouvoir exécutif est confié au Président (art. II), l'administration de la justice à la Cour fédérale suprême (art. III), nommée par ce dernier et le Sénat.

⁴⁷⁹ *de Holst* dans *Marquardsen*, p. 14.

⁴⁸⁰ Les sénateurs reçoivent souvent des instructions, mais ils ne sont pas liés par elles, parce que le pouvoir que se sont arrogé les Etats de donner des instructions à leurs représentants est tout à fait inconstitutionnel. Cf. *de Holst* dans *Marquardsen*, p. 43—45.

⁴⁸¹ En outre, on a tenu compte de leur importance dans les dispositions qui fixent le nombre des électeurs présidentiels et dans celles qui décident que l'on ne peut pas former un arrondissement électoral de parties de différents Etats et que chaque Etat forme au moins un cercle électoral (Art. I, sect. 2).

Les Etats doivent obéissance à la Constitution et aux lois fédérales (art. VI, sect. 2) à moins que la Cour suprême ne déclare ces dernières inconstitutionnelles (art. III, sect. 2). En revanche, l'Union garantit leurs droits et la forme républicaine de leur gouvernement (art. IV, sect. 4) et ils ont toutes les compétences non réservées aux pouvoirs fédéraux.

IV. Les Etats-Unis du Mexique.⁴⁸²

L'histoire du Mexique nous présente l'exemple d'un Etat unitaire qui a passé à l'Etat fédératif. La Constitution monarchique, établie en 1822, a fait place, le 4 février 1857, à une Constitution fédérale qui est encore en vigueur aujourd'hui, avec les modifications qui lui ont été apportées le 16 novembre 1874.

Le Mexique est un Etat fédératif souverain, composé de 14 provinces dont l'une porte le nom de District fédéral de Mexico. Sa Constitution est une copie plus ou moins fidèle de celle des Etats-Unis de l'Amérique du Nord. Le pouvoir législatif est exercé par un Congrès général divisé en deux sections, la Chambre des Députés et le Sénat. La première se compose des représentants de la nation, élus tous les 4 ans, par les citoyens mexicains. Le second compte 28 membres (2 par province et 2 pour le district fédéral). Le gouvernement est confié au Président de la République, élu par le peuple des provinces, selon les lois électorales de chacune d'elles. L'administration de la justice revient à la Haute Cour, dont le président est de droit vice-président de la République. Les provinces participent comme telles à la création de la volonté nationale en nommant les membres du Sénat.

V. Les Etats-Unis de Colombie.⁴⁸³

Après une longue période de troubles, une Convention nationale convoquée dans la ville de Rio-Negro donna à la Colombie la Constitution fédérale du 8 mai 1863, qui régit encore aujourd'hui ce pays. A teneur de cette Constitution, la Colom-

⁴⁸² Cf. pour les Etats qui suivent l'ouvrage intéressant, bien qu'incomplet, de Mad. la Princesse de Lesignano : *Les Constitutions de tous les Etats civilisés*, recueillies, mises en ordre et annotées. Bruxelles 1880.

⁴⁸³ Cf. *J. Pereira*, *Les Etats-Unis de Colombie*. Paris 1883.

bie est un Etat fédératif souverain, composé de 9 provinces non souveraines, appelées Etats et dotées d'un self-government très étendu. Les organes suprêmes de la Colombie sont le Congrès, composé de la Chambre des Représentants (élue par le peuple) et du Sénat, le Président et la Cour suprême fédérale. Les Etats particuliers peuvent s'organiser comme ils l'entendent, pourvu que ce soit sur les bases d'un gouvernement républicain, à temps, alternatif et responsable. Ils prennent une part considérable à l'exercice du pouvoir fédéral suprême. Ils envoient chacun trois délégués au Sénat et ils nomment le Président de la Confédération. Pour cette dernière élection le vote du peuple dans chaque province est considéré comme vote de cet Etat et c'est la majorité des Etats qui l'emporte.

VI. Les Etats-Unis de Vénézuéla.⁴⁸⁴

A teneur de la Constitution fédérale du 27 mai 1874, les Etats-Unis de Vénézuéla forment un Etat souverain, composé de 13 provinces qui possèdent des attributions très-étendues. Le pouvoir législatif fédéral est exercé par la Chambre des Députés, élue par le peuple, et par le Sénat, nommé par les Etats. Le gouvernement est confié au Président de la République, élu par l'ensemble des citoyens. Le pouvoir judiciaire revient à la Cour suprême. Les Etats participent à la création de la volonté nationale en envoyant chacun deux délégués au Sénat. En outre, la Constitution fédérale ne peut être révisée par les Chambres qu'à la demande des deux tiers des Etats et seulement sur les points indiqués par eux. Chaque Etat a un Président, un Sénat et une Chambre de Députés et exerce toutes les attributions non réservées au pouvoir central.

⁴⁸⁴ L'article *Vénézuéla* de *Louis Gottard* dans le Dictionnaire général de la politique de *Maurice Block* (II, p. 1086) est très incomplet. Il déclare entr'autres que „les actes des législations des Etats particuliers peuvent être annulés par les pouvoirs fédéraux“ et *Jellinek* s'est basé sur ce fait pour refuser au Vénézuéla le caractère juridique d'Etat fédératif (p. 312). Cette disposition ne se trouve pas dans la constitution reproduite par *Mad. de Lesignano* et si elle existe, elle n'établit aucune différence entre les Etats particuliers du Vénézuéla et les membres des Etats fédératifs. Il est évident que les actes des premiers ne peuvent être cassés par le gouvernement central que s'ils sont contraires à la loi. Or, dans ce cas, l'Etat fédératif a le même droit vis-à-vis de ses membres.

VII. La République Argentine.⁴⁸⁵

La République Argentine est un Etat fédératif souverain,⁴⁸⁶ composé de 14 provinces, et du district fédéral de Buenos-Aires. L'organe législatif fédéral est le Congrès, qui se compose du Sénat et de la Chambre des Députés. Cette dernière est élue par l'ensemble du peuple argentin. L'organe gouvernemental est le Président de la nation argentine, qui est également nommé à la majorité absolue des citoyens électeurs. Enfin le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour fédérale suprême et par de nombreux tribunaux inférieurs établis par le Congrès. Les provinces ont un self-government très-étendu. La Constitution fédérale leur reconnaît le droit de posséder une loi fondamentale, soumise à l'approbation du Congrès, et qu'elle garantit une fois cette approbation obtenue. Ils participent au pouvoir suprême en nommant les délégués au Sénat, deux par province et deux pour le district fédéral de Buenos-Aires.

III^e Annexe: Autres exemples d'organisation fédérative.

I. Le Dominion du Canada.

Le Canada n'est pas un Etat fédératif par la simple raison qu'il n'est pas un Etat souverain, mais seulement une colonie dépendante de l'Angleterre, une partie de l'Empire britannique.⁴⁸⁷ Par la loi du 29 mars 1867,⁴⁸⁸ l'Angleterre a accordé au Canada une organisation très complète, basée sur les principes du self-government le plus étendu. A teneur de cette loi, le Dominion du Canada se compose de 6 provinces qui ont chacune des autorités législatives propres. Le pouvoir suprême de la colonie est exercé par la Reine, le Sénat et la Chambre des communes. La Reine nomme le Gouverneur général qui exerce le pouvoir exé-

⁴⁸⁵ *François Latzina*, La République argentine. Buenos-Aires 1883. Cf. *José Greger*, Die Republik Argentinien. Bâle. Nous devons également la plupart des renseignements suivants à l'obligeance de M. H. Alvarez, Ministre-Résident de la République Argentine à Berne.

⁴⁸⁶ La Constitution actuelle date de 1853. Elle n'a pas été révisée depuis. Une révision ne peut avoir lieu que si le Congrès la décide à la majorité des deux tiers des voix. Dans ce cas, on convoque une Convention spéciale qui procède à la révision.

⁴⁸⁷ "A part of the British Empire." British North America act, art. 132.

⁴⁸⁸ British North America act 30 et 31. Vict. C. 3.

cutif (en particulier il nomme les gouverneurs des provinces) et ratifie au nom du souverain anglais les actes du parlement canadien. L'élément fédératif qui caractérise cette organisation, c'est que les provinces participent aussi à l'exercice du pouvoir suprême. En effet, leurs autorités législatives ont le droit de ratifier ou de rejeter certains actes du parlement central.

La souveraineté du monarque anglais se manifeste encore d'une manière décisive dans les dispositions de la loi précitée qui lui réservent le droit d'annuler tous les actes du parlement canadien et dans le fait que le parlement anglais a toujours le pouvoir de modifier ou même de supprimer la Constitution qu'il a octroyée à cette colonie. — Mais bien que pour ces raisons le Dominion du Canada ne puisse être considéré comme un Etat, son organisation fédérative nous a paru assez intéressante, pour la citer ici, en passant.⁴⁸⁹

II. Le Canton des Grisons.

Ce Canton n'a été pendant longtemps qu'une simple confédération de trois ligue, la Ligue de la Maison de Dieu (fondée avant 1400), la Ligue Grise (créée en 1424), et la Ligue des dix Juridictions (ou dix Droitures, 1436). Leur pacte d'union avait été conclu définitivement à Vazerol, en 1471, et reproduisait plus ou moins fidèlement les principales dispositions des pactes fédéraux.

L'histoire des Grisons est tout à fait analogue à celle de la Suisse. Ils maintinrent leur indépendance au dehors, mais furent incapables de réaliser aucun progrès à l'intérieur.⁴⁹⁰ En 1803, ils entrèrent comme Canton dans la Confédération suisse, et ce fait fut le signal d'un puissant mouvement centralisateur. En 1814, la réaction se fit sentir aussi dans les Grisons, mais nombre de progrès furent maintenus dans la Constitution du 19 juin 1820 qui fut le résultat d'un compromis entre les partis.

A teneur de cette Constitution, le pouvoir suprême résidait dans l'ensemble des « Conseils et Communes » (Räthe und Gemeinden) et les décisions étaient prises en dernier ressort à la majorité de leurs suffrages, selon les formes prescrites par la Constitution. Les Communes (Hochgerichte ou Gerichte) envoyaient au Grand Conseil le nombre de députés fixé par la loi du 7 mars

⁴⁸⁹ Cf. *Jellinek*, p. 65 et 66.

⁴⁹⁰ On sait que des discordes intérieures leur firent perdre la Valteline (22 octobre 1797).

1836 (65 en tout) et votaient sur les lois, traités et autres actes législatifs qui leur étaient soumis par cette autorité.

Le pouvoir exécutif était confié au petit Conseil, composé de 3 membres (un par Ligue⁴⁹¹) nommés par le Grand Conseil et assistés d'un Comité permanent de cette dernière autorité, la Standeskommission. La justice était administrée par le Tribunal cantonal et les tribunaux communaux.⁴⁹²

La Constitution pouvait être révisée à la majorité des deux tiers des communes.⁴⁹³ Elle a fait place, le 1^{er} février 1854, à la Constitution unitaire qui est actuellement en vigueur.

III. Le Canton du Valais.

Avant 1798, ce Canton était une Confédération des Dizains du Haut, qui régnaient en maîtres sur le Bas-Valais. La révolution française fit disparaître cette domination, mais la Constitution du 12 mai 1815 rétablit un système fédératif et une inégalité criante entre les deux parties du Canton. Aux termes de cette Constitution, le Valais était divisé en treize Dizains, dont sept revenaient au Haut-Valais, qui n'avait que 32,000 âmes, et six seulement au Bas-Valais, malgré sa population de 43,000 habitants. Chaque Dizain était organisé d'une manière indépendante, et son Conseil envoyait quatre députés au Landrath,⁴⁹⁴ de même qu'il votait sur les lois élaborées par ce dernier. Le pouvoir exécutif était entre les mains d'un Conseil d'Etat.

Cette Constitution fédérative ne pouvait être révisée que par une décision prise par le Landrath dans deux sessions consécutives et à la majorité des deux tiers de ses membres. Elle fut remplacée, le 1^{er} décembre 1844, par une Constitution qui fit du Valais un Etat unitaire, en proclamant la « souveraineté » du peuple et en supprimant toute participation des Dizains à l'exercice du pouvoir suprême.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ Les 3 Lignes (Bünde) existaient encore.

⁴⁹² Inutile de rappeler qu'en 1848 le Canton des Grisons a cessé d'être un Etat souverain et par conséquent un Etat fédératif.

⁴⁹³ Cf. *Snell* II, p. 548—591.

⁴⁹⁴ L'évêque de Sion envoyait aussi quatre délégués à cette assemblée.

⁴⁹⁵ Cf. *Snell* II, p. 815—878.



LISTE DES OUVRAGES CITÉS DANS CETTE ÉTUDE.

A. Auteurs.

- Auerbach*, Das neue deutsche Reich und seine Verfassung. Berlin 1871.
- Bake*, Beschouwingen over den Statenbond en den Bondsstaat. Academisch Proëfschrift. Amsterdam 1881.
- Behr*, Das deutsche Reich und der rheinische Bund. 1808.
- Block, Maurice*, Dictionnaire général de la politique. 2 vol. Paris 1863—1864.
- Blumer*, Dr J.-J., Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts. 2^e édition, publiée par Dr J. Morel. 2 vol. Schaffhouse 1877—1880.
- Bluntschli*, Dr J.-C., Geschichte des schweizerischen Bundesrechts. 2 vol. Zurich 1848—59.
- Allgemeines Staatsrecht. Munich 1852.
 - Die Lehre vom modernen Staat. 5^e édition de son Staatsrecht. 3 vol. Stuttgart 1875.
 - Geschichte der neueren Staatswissenschaften. Allgemeines Staatsrecht und Politik seit dem 16. Jahrhundert bis zur Gegenwart. 3^e édition. Munich et Leipzig 1881.
 - Gesammelte kleine Schriften. 2 vol. Nördlingen 1879—1881.
- Bluntschli*, Dr J.-C., et *Brater*, Dr K., Deutsches Staatswörterbuch. 11 vol. Stuttgart et Leipzig 1857—1870.
- Bodin, Jean*, Les six livres de la République. Paris 1576.
- Böhlau*, Kompetenz-Kompetenz? 1869.
- Borel, Eugène*, La révision fédérale. Neuchâtel 1866.
- Brater*, v. *Bluntschli*.
- Brie*, Prof. Dr S., Der Bundesstaat. Eine historisch-dogmatische Abhandlung. I. Leipzig 1874.
- Zur Lehre von den Staatenverbindungen. Erster Artikel, dans *Grünhut's* Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Vol. XI (1884), p. 85—159.
- Brunner, R.*, Antrag betreffend Revision des Gemeindestimmregisters der Stadt Bern. Berne 1886.
- Calhoun, John-C.*, Works. 6 vol. New-York 1854—1856.

- Cherbuliez, A.-E.*, De la démocratie en Suisse. 2 vol. Paris et Genève 1843.
- Cooley, Th.-M.*, A Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union. Boston 1871.
- The general Principles of constitutional Law in the United States of America. Boston 1880.
- Dawson, H.-B.*, v. *Federalist*.
- Dreyss, Ch.*, Chronologie universelle. 2 vol. Paris 1873.
- Dubs, Dr J.*, Le droit public de la Confédération suisse. 2 vol. Neuchâtel et Genève 1878—1879.
- Escher, H.*, Handbuch der praktischen Politik. 2 vol. Leipzig 1863—1864.
- Federalist*, The, V. dans les Revues.
- Freeman, Edw.-E.*, History of Federal Government, from the foundation of the Achaian League to the disruption of the United States. London and Cambridge 1863.
- Gagern, Fr. de*, Denkschrift über den Bundesstaat. 1833.
- Gareis, Dr C.*, Allgemeines Staatsrecht, dans *Marquardsen* (v. ce mot). 1^{er} vol., 1^{re} section.
- Geffcken*, v. *Heffter*.
- Gerber, Fr. de*, Grundzüge des deutschen Staatsrechts. 2^e édition. Leipzig 1869.
- Gierke, Otto*, Die Grundbegriffe des Staats und die neueren Staatsrechtstheorien, dans la « Tübinger Zeitschrift » (v. dans les Revues), vol. XXX (1874), p. 152—198 et 265—335.
- *Laband's* Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, dans *Schmoller* (v. ce nom), vol. VII (1883), 4^e partie, p. 1—99.
- Gottard, Louis*, Article « Vénézuéla », dans *Block* (v. ce nom).
- Greger, José*, Die Republik Argentinien. Bâle.
- Grünhut, Dr C.*, v. dans les Revues.
- Guye, Dr P.-H.*, Die Schweiz in ihrer politischen Entwicklung als Föderativstaat. Bonn 1877.
- Haenel, A.*, Studien zum deutschen Staatsrechte. I. Die vertragsmässigen Elemente der deutschen Reichsverfassung. Leipzig 1873.
- Hamilton*, v. *Federalist*.
- Heffter, Dr A.-W.*, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart. 7^e édition, publiée par Dr F. Geffcken. Berlin 1881.

- Held, Joseph de*, System des Verfassungsrechtes der monarchischen Staaten Deutschlands. 1856.
- Die Verfassung des deutschen Reiches, vom staatsrechtlichen Standpunkt aus betrachtet. Leipzig 1872.
- Hilty, K.*, Vorlesungen über die Politik der Eidgenossenschaft. Berne 1875.
- Vorlesungen über die Helvetik. Berne 1878.
- Hirth*, v. dans les *Revue*s.
- Holst, H. de*, Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika, dans *Marquardsen* (v. ce nom), vol. IV, tome I, 3^e partie.
- Hornung, J.*, Comment la révision nous ferait passer de l'Etat fédératif à l'Etat unitaire. Genève 1872.
- dans la *Revue de droit international* (v. dans les *Revue*s), XV, p. 302.
- Hugo, Ludolphe*, Dissertatio de statu regionum Germaniæ et regimine principum summæ imperii reipublicæ æmulo, etc. 1661.
- Jay*, v. *Federalist*.
- Jefferson, Th.*, Memoirs. 4 vol. London 1829.
- Jellinek, Dr George*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Ein Beitrag zur juristischen Konstruktion des Völkerrechts. Vienne 1880.
- Die Lehre von den Staatenverbindungen. Vienne 1882.
- Jousserandot, Louis*, L'Edit perpétuel, restitué et commenté. 2 vol. Paris 1883.
- Kaiser, Dr Simon*, Das schweizerische Staatsrecht in drei Büchern. 3 vol. St-Gall 1858—1860.
- Laband, Paul*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 3 vol. Tubingue 1876—1882.
- Das Staatsrecht des deutschen Reiches, dans *Marquardsen* (v. ce nom), vol. II, tome I.
- Laboulaye, Edouard*, Histoire des Etats-Unis. 3 vol. Paris 1866.
- Lardy, Dr Charles*, Les législations civiles des Cantons suisses. 2^e édition. Paris 1877.
- Latzina, François*, La République argentine. Buenos-Aires 1883.
- Léon*, La Convention monétaire. 1863.
- Lesignano, M^{me} la Princesse de*, Les Constitutions de tous les Etats civilisés, recueillies, mises en ordre et annotées. Bruxelles 1880.

- Liebe, Dr George*, Staatsrechtliche Studien. I. Sind die zu einem Bundesstaate vereinigten Staaten souverän? Leipzig 1880.
- Staatsrechtliche Streitfragen, dans la « Tübinger Zeitschrift » (v. dans les Revues), vol. 38 (1882), p. 624—641.
- Lincoln, A.*, Message du 4 Juillet 1861.
- Madison*, v. *Federalist*.
- Marquardsen, Dr H.*, Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart in Monographien. 4 vol. Fribourg en Brisgau et Tubingue 1883—1886.
- Meyer, George*, Grundzüge des norddeutschen Bundesrechts. Leipzig 1867.
- Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung. Leipzig 1872.
- Mohl, Rob. de*, Das deutsche Reichsstaatsrecht. Tubingue 1873.
- Encyclopädie der Staatswissenschaften. 2^e édition. Tubingue 1881.
- Morel, Dr J.*, v. *Blumer*.
- Müller, de*, dans la « Kritische Vierteljahrsschrift » (v. dans les Revues), vol. 25, p. 15 et suiv.
- Orelli, A. d'*, Das Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, dans *Marquardsen* (v. ce nom), vol. IV, 1^{re} partie, 2^e section.
- Pereira, Ricardo-S.*, Les Etats-Unis de Colombie. Paris 1883.
- Pfyffer, Casimir*, Zuruf an den eidgenössischen Vorort Luzern bei Uebernahme der Leitung der Bundesangelegenheiten. Lucerne 1831.
- Phillimore, R.*, Commentaries upon international law. 4 vol. London 1854—1857.
- Planta, Dr P.-C. de*, Die Schweiz in ihrer Entwicklung zum Einheitsstaat. Zurich 1877.
- Pütter, J.-E.*, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht. 1777.
- Institutiones juris publici germani. 1777.
- Puffendorff, S. de*, Dissertationes academicæ selectiores.
- De Jure naturæ et gentium.
- Radowitz, J. de*, Reden und Betrachtungen. 1852.
- Ratzel, Fr.*, Die Vereinigten Staaten von Nordamerika. 2 vol. Munich 1880.
- Rönne, Dr L. de*, Das Verfassungsrecht des deutschen Reiches. Leipzig 1872.

- Rosin, Dr H.*, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. Kritische Begriffsstudien, dans *Hirth* (v. ce nom), 1883, p. 265 et suiv.
- Rotteck, Dr K.*, et *Welcker, Ch.*, Staatslexikon. 12 vol. Altona 1845—1848.
- Rousseau, J.-J.*, Oeuvres. 18 vol. Paris 1826.
- Rüttimann*, Ueber die der schweizerischen Eidgenossenschaft für Realisirung des Bundesrechts zu Gebote stehenden Organe und Zwangsmittel. Zurich 1862.
- Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz. 3 vol. Zurich 1867—1876.
- Schäffle, Dr A.*, Bau und Leben des sozialen Körpers. 4 vol. Tubingue 1875.
- Schmoller*, v. dans les *Revue*s.
- Seydel, Dr Max*, Der Bundesstaatsbegriff. Eine staatsrechtliche Untersuchung, dans la «*Tübinger Zeitschrift*» (v. dans les *Revue*s), vol. XXVIII (1872), p. 187—256.
- Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. Würzburg 1873.
- Commentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich. Würzburg 1873.
- Die neuesten Gestaltungen des Bundesstaatsbegriffes, dans *Hirth* (v. ce nom), 1876, p. 654 et suiv.
- Snell, Dr Louis*, Schweizerisches Staatsrecht. 2 vol. Zurich 1839—1844.
- Stettler, Fréd.*, Das Bundesstaatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft gemäss den Entwicklungen seit dem Jahre 1798 bis zur Gegenwart. Berne et St-Gall 1847.
- Tocqueville, Alexis de*, De la démocratie en Amérique. 2 vol. 4^e édition. Paris 1836.
- Treischke, H. de*, Bund und Reich, dans les «*Preussische Jahrbücher*» (v. dans les *Revue*s), vol. 34, p. 513—550.
- Troxler*, Lösung der nationalen Lebensfrage: Worauf muss die Bundesverfassung begründet werden? Rapperswyl 1833.
- Die sieben Todsünden der Bundesurkunde. 1833.
- Ullmer, R.-E.*, Le droit public suisse, traduit par *Eugène Borel*. 2 vol. Neuchâtel 1864—1867.
- Vogel, Charles*, Le monde terrestre. 5 vol. Paris 1877—1884.
- Waitz, Georg*, Ueber das Wesen des Bundesstaats, dans la «*Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur*» (v. dans les *Revue*s), 1853.

Waitz, George, Grundzüge der Politik. 1862.

Webster-Daniel, Works. 6 vol. 1853—1856.

Welcker, Ch., v. *Rotteck*.

Westerkamp, Ueber die Reichsverfassung. Hannover 1873.

Zachariae, K.-S., Jus publicum civitatum quæ fœderi Rhenano adscriptæ sunt. Heidelberg 1807.

Zorn, Dr Philippe, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, vol. I. Berlin et Leipzig 1880.

— Streitfragen des deutschen Staatsrechts, dans la « Tübinger Zeitschrift » (v. dans les Revues), vol. 37 (1881), p. 292—322.

— Neue Beiträge zur Lehre vom Bundesstaat, dans *Hirth* (v. ce nom), 1884, p. 453—483.

B. Revues.

Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaften und Literatur, publiée par *Droysen*. Halle 1851—1854. 7 vol.

Annalen des deutschen Reiches (autrefois des norddeutschen Bundes), publiées depuis 1868 par *George Hirth*.

The Federalist on the new Constitution, written in the year 1788 by *Hamilton, Madison and Jay*. Edition de *H.-B. Dawson* (Morrisiana 1862).

Jahrbücher für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reiche, publiés par *Fr. v. Holtzendorff* depuis 1871, continués par *George Schmoller* (Leipzig).

Kritische Vierteljahrsschrift, publiée depuis 1859 par *Pözl et Brinz* (Munich).

Preussische Jahrbücher, publiés depuis 1858 par *H. de Treischke* (Berlin)

Revue de droit international et de législation comparée, publiée depuis 1869 par le professeur *Rivier* (Bruxelles).

Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften, publiée depuis 1845 par quelques professeurs de la Faculté de droit de Tubingue.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, publiée depuis 1874 par *C.-S. Grünhut* (Vienne).



TABLE DES MATIÈRES.

	Page.
Avant-propos	5

I^{re} partie: La souveraineté.

Chap. I ^{er} . Historique	14
Chap. II. La nature juridique et l'essence de la souveraineté . . .	23
Chap. III. Unité et indivisibilité de la souveraineté. Partage de la souveraineté dans l'Etat fédératif	47
Chap. IV. La souveraineté dans l'Etat fédératif. — Différence entre l'Etat fédératif et la Confédération d'Etats	62
Chap. V. La souveraineté et l'Etat	75

II^e partie: L'Etat fédératif.

Chap. I ^{er} . Les auteurs avant Tocqueville	104
Chap. II. L'école de Tocqueville et ses adhérents	108
A. Exposé de la doctrine	108
B. Critique de la doctrine	111
Chap. III. La doctrine de Calhoun et de Seydel	121
A. Exposé	121
B. Critique	125
Chap. IV. Le système de Laband	138
Chap. V. La théorie de Jellinek	147
Chap. VI. La doctrine de Gierke	155
A. Exposé	155
B. Critique	159
Chap. VII. La notion juridique de l'Etat fédératif	167
A. Définition et caractère juridique de l'Etat fédératif . . .	167
B. Situation juridique des Etats particuliers dans l'organisme fédéral	177
I. Attribution des compétences	179
II. Organisation des Etats confédérés	181
C. Droits des Etats confédérés vis-à-vis de l'Etat fédératif . .	187
D. Evolution de l'Etat fédératif vers l'Etat unitaire	190

III^e partie: Annexes.

	Page.
I ^{re} Annexe: Deux brochures récentes sur l'Etat fédératif	197
II ^e Annexe: Les Etats fédératifs actuels	199
I. La Confédération suisse	199
II. L'Empire allemand	202
III. Les Etats-Unis de l'Amérique du Nord	203
IV. Les Etats-Unis du Mexique	204
V. Les Etats-Unis de Colombie	204
VI. Les Etats-Unis de Vénézuéla	205
VII. La République Argentine	206
III ^e Annexe: Autres exemples d'organisation fédérative	206
I. Le Dominion du Canada	206
II. Le Canton des Grisons	207
III. Le Canton du Valais	208
Liste des ouvrages cités dans cette étude	209

La Faculté de Droit autorise l'impression de la présente dissertation, sans entendre par là exprimer d'opinion sur les propositions qui y sont énoncées.

Le Doyen,
LOUIS JOUSSERANDOT.

